



UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale 481 Sciences Sociales et Humanités
Collège 2EI Études Européennes et Internationales
Centre de Documentation et de Recherches Européennes
(CDRE - EA n° 3004)

LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PUBLIC

Présentée et soutenue publiquement à Bayonne le 18 décembre 2020

par **Amélie DA FONSECA**

JURY

Géraldine BACHOUÉ-PEDROUZO, Maître de conférences, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directrice du Centre de Documentation et de Recherches Européennes

Béatrice BOURGEOIS-MACHUREAU, Conseiller d'État

Olivier DUBOS, Professeur à l'Université de Bordeaux, *Rapporteur*

Henri LABAYLE, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, *Directeur de la recherche*

Rostane MEHDI, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Directeur de Sciences Po Aix, *Rapporteur*



UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale 481 Sciences sociales et Humanités
Collège 2EI Études Européennes et Internationales
Centre de Documentation et de Recherches Européennes
(CDRE - EA n° 3004)

LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PUBLIC

Présentée et soutenue publiquement à Bayonne le 18 décembre 2020

par **Amélie DA FONSECA**

JURY

Géraldine BACHOUÉ-PEDROUZO, Maître de conférences, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directrice du Centre de Documentation et de Recherches Européennes

Béatrice BOURGEOIS-MACHUREAU, Conseiller d'État

Olivier DUBOS, Professeur à l'Université de Bordeaux, *Rapporteur*

Henri LABAYLE, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, *Directeur de la recherche*

Rostane MEHDI, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Directeur de Sciences Po Aix, *Rapporteur*

L'Université de Pau et des Pays de l'Adour n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Ce travail de recherche a été marqué par des rencontres, dont la richesse a contribué au succès de cette entreprise. Que celles et ceux qui, d'une manière ou d'une autre, ont participé à faire de ces années de recherche de belles années de vie, s'en trouvent ici remerciés.

Le Professeur Henri LABAYLE d'abord, directeur de cette thèse et directeur du laboratoire qui l'a accueillie. Son expertise sur l'intégration européenne, l'autonomie qu'il m'a accordée, les missions complémentaires qu'il m'a confiées ainsi que les conditions de travail exceptionnelles dont j'ai bénéficié au sein du CDRE, sont autant de facteurs qui ont façonné cette fin heureuse. Pour tout cela, Monsieur, je vous remercie très sincèrement.

Les acteurs européens de premier plan, ensuite, dont les remarques et conseils ont participé à la détermination des grandes orientations de cette recherche doctorale. Que les juges Jean-Claude BONICHOT, Stéphane GERVASONI, Ezio PERILLO, Robert SPANO ; le regretté avocat général Yves BOT ; l'ancien député européen Emilio DE CAPITANI, l'ancien conseiller de Jacques DELORS, Jean-Charles LEYGUES ; ainsi que l'ancien directeur général à la Commission européenne Peter ZANGL, trouvent ici l'expression de ma reconnaissance, pour les moments d'échange stimulants et enrichissants qu'ils ont bien voulu partager avec moi.

Je tiens également à remercier chaleureusement les membres du CDRE, et particulièrement sa documentaliste, Valérie GARREC. Sa détermination et sa disponibilité en font un formidable soutien aux chercheurs bayonnais. Je n'oublie pas de remercier également son ingénieur de recherches, Maiténa POELEMANS, pour son aide dans la préparation de la soutenance de cette thèse, et plus largement sa bienveillance à l'égard des doctorants du laboratoire.

Les amis juristes qui ont contribué à la réalisation de cette thèse par leurs relectures, leurs encouragements, leur stimulation intellectuelle, leur sens de la fête, leur passion pour Francis CABREL, ou même tout cela à la fois, occupent évidemment une place précieuse dans mon esprit à l'heure de rédiger ces remerciements. Je pense tout spécialement à Maylis LABAYLE, Simon LABAYLE et Joana LOPES.

Que mes proches, en particulier celles et ceux qui, dans la dernière ligne droite, m'ont apporté une aide précieuse permettant de concilier mes responsabilités maternelles avec les impératifs d'une fin de thèse, soient ici remerciés. Daniel, Joana, Maman, Nelly, Papa, Sitwa et Xavier, un grand merci à vous tous.

Enfin, du fond du cœur, je remercie encore Daniel. J'espère que nos deux merveilleuses filles, Elsa et Inès, dont les sourires ont illuminé chaque instant de ces dernières années, seront fières de leur maman. À tous les trois, je veux dire que c'est une page qui se tourne et que d'autres, plus belles encore, s'ouvrent maintenant à nous. Je vous aime.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

a.	Autres
ADUE	Annuaire de droit de l'Union européenne
aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique - Droit administratif
art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
c.	Contre
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cass	Cour de cassation
Cass., civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass., crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Les Cahiers du Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
COM	Document de travail de la Commission européenne
comm.	Commentaire
ComEDH	Commission européenne des droits de l'homme
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CMLR	Common Market Law Review
Dalloz	Recueil Dalloz
déc.	Décision
dir.	Sous la direction de
doc.	Document
éd.	Édition
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
Europe	Revue Europe
fasc.	Fascicule
GC	Grande chambre
gdr	Groupe de recherche
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>id.</i>	<i>idem</i>
JCP G.	JurisClasseur périodique (La Semaine juridique) édition générale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro

NCCC	Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
p.	Page
pp.	Pages
Plén.	Plénière
PPU	Procédure préjudicielle d'urgence
pt.	Point
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAE	Revue des affaires européennes
Rec.	Recueil de jurisprudence
Rec. trav. prép.	Recueil des travaux préparatoires
req.	Requête
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RMCUE	Revue du marché commun de l'Union européenne
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTD h.	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'Homme
s.	Suivant(e)(s)
spéc.	Spécialement
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib.UE	Tribunal de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
v.	Voir
vol.	Volume
UE	Union européenne

SOMMAIRE

Introduction générale

PARTIE I. L'IDENTIFICATION NÉCESSAIRE DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE

TITRE I. UNE CONDITION ORIGINELLE DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE

Chapitre 1. L'identification des sources de la subsidiarité juridictionnelle

Chapitre 2. L'identification de la nature de la subsidiarité juridictionnelle

TITRE II. UNE CONDITION FONCTIONNELLE DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE

Chapitre 1. L'identification d'un principe de répartition des compétences juridictionnelles

Chapitre 2. L'identification d'un principe de régulation des compétences juridictionnelles

PARTIE II. L'EXERCICE AMBIVALENT DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE

TITRE I. LA RÉGULATION DU CONTENTIEUX EUROPÉEN AU BÉNÉFICE DU JUGE NATIONAL

Chapitre 1. L'autonomisation contrastée du juge national

Chapitre 2. La responsabilisation renouvelée du juge national

TITRE II. LA RÉGULATION DU CONTENTIEUX EUROPÉEN AU BÉNÉFICE DU JUGE EUROPÉEN

Chapitre 1. La limitation consentie de l'intervention du juge européen

Chapitre 2. La réévaluation souhaitée de l'accès au juge européen

Conclusion générale

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Dès lors que sa compétence, ses règles de procédures et ses pouvoirs sont déterminés par le système des traités et qu'il est soumis à ses garanties fondamentales, le magistrat étatique ne relève-t-il pas, en définitive, d'un statut européen gouverné tant par le droit [de l'Union] que par la Convention européenne des droits de l'homme ? »¹.

Cette opinion d'un ancien président de la Cour de Cassation et membre du Conseil constitutionnel résume à elle seule une donnée majeure de l'intégration juridique européenne². Celle-ci n'est pas toujours assimilée à sa juste valeur. Le rôle du « magistrat étatique » dans les ordres juridiques de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne est, en effet, organisé selon un impératif de subsidiarité juridictionnelle. Cette notion ne s'épuise cependant pas avec l'identification du rôle de « *premier juge du droit européen* »³ attribué généralement aux juridictions nationales.

Ainsi, la notion de subsidiarité juridictionnelle, au cœur de ce travail de recherche, revêt une signification particulière qu'il convient d'éclairer d'emblée. Développée par la doctrine relativement récemment⁴ au regard de l'ancienneté du phénomène⁵,

¹ G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, n° 20-21, 1992, pp. 133-141, p. 141.

² Il convient de relever les thèses suivantes en droit de la Convention européenne des droits de l'homme : D. SZYMCZAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Thèse, Bruxelles, Bruylant, 2007, 849 p. ; et en droit de l'Union européenne : A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse, Strasbourg, 1983, 608 p. et O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p. ; M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen. Du marché intérieur à la coopération civile*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

³ Résolution du Parlement européen, 9 juil. 2008, *Le rôle du juge national dans le système juridictionnel européen*, (2007/2027(INI)), pt. 30.

⁴ L'apparition de l'expression *subsidiarité juridictionnelle* date de 1997, dans le manuel de droit communautaire du Professeur Denys SIMON. V. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1997, spéc. pp. 271 et 395.

l'expression a été imaginée pour décrire les schémas présidant à l'organisation de l'application et du contrôle du droit européen⁶ par le juge. La subsidiarité juridictionnelle renvoie ainsi, dans un premier temps, à la compétence de principe du juge national et, dans un second temps, à la compétence subsidiaire du juge européen. Notion apparemment voisine du *principe de subsidiarité*, par ailleurs bien connu du droit européen, la question se pose alors de savoir si elle n'en est qu'une application en matière judiciaire ou si, au contraire, elle s'en distingue.

À cet égard, l'appréhension de la subsidiarité juridictionnelle doit être globale dans le cadre particulier, et délimité, de la construction européenne, car elle réclame aussi d'être observée du point de vue de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne. La notion est toutefois difficile à saisir, car ses potentialités et les dynamiques qu'elle entretient sont contradictoires. En attribuant au juge national la compétence de principe de l'application et du contrôle respect du droit européen, elle implique le respect des diversités nationales et du pluralisme. Dans le même temps, en confiant au juge européen une compétence subsidiaire portant sur le même objet, elle doit garantir l'unité européenne et le droit commun.

Elle peut donc tout à la fois être un « *instrument de l'intégration européenne* »⁷, en faisant des juges nationaux des « *acteurs du système juridique [européen]* »⁸ et en

⁵ La subsidiarité juridictionnelle existe depuis l'origine de la construction européenne. V. *infra*, Partie I, Titre I.

⁶ La notion de subsidiarité juridictionnelle est à la fois employée à propos de l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme et de celui de l'Union européenne. V. J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et Société*, 2012, n° 80, pp. 47-71. Pour la Convention, v. aussi P. STEINMETZ, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », Visite du Président et d'une délégation de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel, le 13 février 2009, p. 3, disponible en ligne : www.conseil-constitutionnel.fr ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Montpellier, 2015, p. 155, S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015, p. 7. Pour l'Union, v. notamment D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE*, 1998, n° 1&2, pp. 84-94, M. L. STRUYS, L. FLYNN, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : la dimension juridictionnelle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, pp. 201-250, P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *Cah. dr. eur.*, 2003, pp. 177-202 et J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, « Subsidiarité juridictionnelle ? », *AJDA*, 2004, p. 1082.

⁷ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*

⁸ O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.*, p. 19.

préconisant la complémentarité de leur rôle avec celui des juges européens, comme elle peut constituer une menace pour cette dernière, si l'équilibre entre les différentes interventions n'est pas préservé. En effet, une subsidiarité juridictionnelle exercée au profit exclusif du juge de droit commun ferait primer les diversités nationales au détriment du projet d'intégration. Dans le cas inverse, une subsidiarité juridictionnelle exercée au profit exclusif du juge européen ne permettrait pas non plus de garantir l'unité européenne tant elle soulèverait l'opposition des ordres juridiques nationaux. Attachés à leur identité constitutionnelle, ces derniers ne renoncent en effet pas à leur autonomie.

L'intégration européenne ne peut donc se réaliser qu'à travers la poursuite d'un savant équilibre entre la préservation du droit commun et le respect des diversités nationales. La subsidiarité juridictionnelle doit, dès lors, faire l'objet d'un dosage subtil, permettant d'atteindre cet équilibre nécessaire. L'actualité judiciaire offre régulièrement des illustrations éclatantes de situations dans lesquelles il n'est pas atteint. C'est par exemple le cas lorsque la Cour suprême du Danemark refuse de se conformer à un arrêt rendu par le juge de l'Union⁹, ou bien que le Royaume-Uni refuse d'exécuter un arrêt du juge de la Convention¹⁰.

Compte tenu de la complexité des notions et des enjeux en cause, tels qu'ils viennent d'être très brièvement exposés, s'interroger sur la subsidiarité juridictionnelle dans le contexte de l'intégration européenne impose nécessairement de définir d'emblée les termes de l'étude (**Section 1**). Il conviendra ensuite d'expliquer en quoi cette dimension particulière de l'intégration européenne justifie qu'une thèse de doctorat lui soit consacrée (**Section 2**), pour enfin exposer l'hypothèse de la recherche qui a guidé la conduite de cette dernière (**Section 3**).

⁹ Cour Suprême du Danemark, 6 déc. 2016, *Ajos*, n° 15/2014, qui fait suite à l'arrêt CJUE, 19 avr. 2016, *DI*, aff. C-441/14. V. M.-R. MADSEN, H. PALMER OLSEN, « Legal Disintegration? The Ruling of the Danish Supreme Court in *AJOS* », *Verfassungsblog*, 30 janv. 2017, en ligne : <https://verfassungsblog.de>

¹⁰ V. principalement, CourEDH, GC, 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, req. n° 74025/01 et CourEDH, 13 juin 2017, *Moohan et Gillon c. Royaume-Uni*, req. n° 222962/15 et 23345/15. V. S. DE CACQUERAY, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit des élections. Entre patrimoine européen et suprématie étatique », *Constitutions*, Dalloz, 2016.

Section 1. Les termes de la recherche

Section 2. L'intérêt de la recherche

Section 3. L'hypothèse de la fonction particulière de la subsidiarité juridictionnelle dans le processus d'intégration européenne

Section 1. LES TERMES DE LA RECHERCHE

Définir les principaux termes qui feront l'objet des investigations à venir est un préalable classique dans tout travail de recherche scientifique. Ce passage obligé revêt toutefois une importance particulière en l'espèce, au regard de l'enchevêtrement et de la proximité des notions qui se trouvent au cœur de ce travail doctoral. Ainsi, il conviendra, en premier lieu, de clarifier son objet en définissant la notion de subsidiarité juridictionnelle dans le contexte de l'intégration européenne (§ 1). En second lieu, il conviendra de délimiter le cadre dudit travail, en expliquant justement à quoi renvoie une telle référence à l'intégration européenne (§ 2).

§ 1. L'objet de l'étude : la subsidiarité juridictionnelle

L'étude de la subsidiarité juridictionnelle soulève d'emblée des difficultés quant à l'appréhension de la notion. Caractérisée par sa réversibilité, elle est en effet difficile à saisir au premier abord. À cet égard, la définition elle-même de la subsidiarité juridictionnelle représente un premier défi (**B**). Revenir préalablement à ses origines permet néanmoins d'en éclairer la signification (**A**).

A. La subsidiarité juridictionnelle, un héritage de l'idée subsidiaire

Issue de la notion plus générale d'*idée subsidiaire*, la subsidiarité juridictionnelle hérite de sa dualité, de sa réversibilité et de son insaisissabilité¹¹, ainsi que du « *flou* » et

¹¹ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 15.

de l'« indétermination »¹² qui la caractérisent. Si l'idée subsidiaire fera l'objet de développements plus avant dans ce travail de recherche¹³, il reste utile de préciser d'ores et déjà qu'elle renvoie à l'idée générale selon laquelle rien de ce qui ne peut être fait au niveau inférieur ne doit être entrepris au niveau supérieur¹⁴. Elle constitue ainsi une notion-mère, ayant donné lieu à diverses applications, plus ou moins particulières, de ses prescriptions.

Dans le cadre de cette recherche, la subsidiarité juridictionnelle apparaît donc *a priori* comme une application de l'idée subsidiaire en matière judiciaire. La réalité est cependant plus subtile. En effet, ses relations avec le principe de subsidiarité sont d'autant moins simples que ce dernier ne revêt pas une signification identique en droit de la Convention et en droit de l'Union. Dans l'ordre juridique conventionnel, ce principe fait référence à la subsidiarité des dispositions conventionnelles par rapport aux droits nationaux, et donc à la subsidiarité de l'intervention de la Cour par rapport aux autorités nationales, parmi lesquelles se situent les juridictions nationales. En droit de l'Union, le principe de subsidiarité est défini précisément par l'article 5 du TUE, qui le décrit comme un principe de régulation de l'exercice des compétences partagées entre l'Union et les États¹⁵.

La doctrine a, dès lors, majoritairement choisi d'opposer la « subsidiarité-complémentarité » de l'ordre conventionnel à la « subsidiarité-concurrence » attribuée

¹² C. MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, PUF, Coll. « Léviathan », 1992, 232 p. ; C. DELSOL, « Les fondements anthropologiques du principe de subsidiarité », in B. GUILLEMAIN (dir.), *La subsidiarité, un grand dessein pour la France et l'Europe*, Éditions de Paris, Coll. « Les cahiers de l'as de trèfle », 2005.

¹³ V. *infra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 1.

¹⁴ Pour une illustration, se reporter à l'Encyclique *Quadragesimo Anno* de 1931 : la subsidiarité reconnaît une certaine autonomie aux Églises locales par rapport à l'Église de Rome, autant qu'elle rappelle le rôle second de l'État, qui ne doit intervenir qu'en cas de défaillance des individus.

¹⁵ Article 5 TUE : « 1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences. 3. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

à l'Union européenne¹⁶. Dès lors, cette place éminente reconnue au principe de subsidiarité dans chacun des ordres juridiques européens, pose naturellement la question de savoir la subsidiarité juridictionnelle n'en est qu'une déclinaison particulière en matière juridictionnelle. La question, plus complexe qu'elle n'y paraît, appelle une véritable réflexion, qui sera développée dans ces travaux¹⁷.

En effet, cette recherche n'a pas vocation à traiter du principe de subsidiarité en général, bien connu des européens¹⁸, et bien que sa connaissance soit sensiblement mobilisée à l'appui de la réflexion. Il est ici question de se pencher sur la relation de subsidiarité à partir de laquelle sont fondés les rapports entre le juge européen et le juge national. Les interventions des Cours européennes qui s'inscrivent dans une relation de subsidiarité par rapport aux autorités législatives nationales n'entrent donc pas dans

¹⁶ V. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 28 ; Note du juriste, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *Cour européenne des droits de l'homme*, 8 juillet 2010. Ce choix sera discuté plus avant dans cette introduction.

¹⁷ V. *infra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 2.

¹⁸ Sur le principe de subsidiarité en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, v. notamment L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* ; F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* ; R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Right Law Review*, 2014, vol. 14, n° 3, pp. 487-502 ; F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP. G.*, n° 42, 2013, p. 1917 ; J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2010, n° 22, p. 1364 ; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic, 2009 ; O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 63-130. Sur le principe de subsidiarité dans l'Union européenne, v. notamment X. MARCHAND-TONEL, « La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne », Dossier, *Droit et société*, 2012/1, n° 80 ; H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne », *RDUE*, 1/2005 ; H. GAUDIN, « La répartition des compétences Communauté / États membres. Un janus constitutionnel », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, 2003, p. 629 ; M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Publications du Centre universitaire de Luxembourg, 1998 ; « La subsidiarité », *RAE*, Numéros spéciaux 1&2, 1998 ; G. STROZZI, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *RTD eur.*, 1994, p. 373 ; W. VAN GERVEN, « Les principes de subsidiarité, proportionnalité, coopération en droit communautaire européen », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor M. DIEZ DE VELASCO*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 1281 ; D. CASS, « The word that saves Maastricht ? The principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community », *Common Market Law Review*, 1992, 29 (6), pp. 1107-1136 ; V. CONSTANTINESCO, « La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne », *Aussen-Wirtschaft*, 1991, pp. 207 et s. ; J. DELORS, « Le principe de subsidiarité : contribution au débat », Institut européen d'administration publique (dir.), *Subsidiarité : défi du changement, actes du colloque Jacques Delors « La subsidiarité – principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires ? »*, Maastricht, Institut européen d'administration publique, 1991, coll. « Document de travail », pp. 7-19.

l'objet de l'étude, circonscrite à la subsidiarité opérant entre les juridictions des différents ordres juridiques¹⁹.

L'analyse proposée par le Professeur Denys SIMON²⁰, précurseur en la matière, apporte une réponse positive à la question de savoir si la subsidiarité juridictionnelle peut être considérée comme une déclinaison du principe de subsidiarité. À cette fin, ce dernier définit tout d'abord la subsidiarité juridictionnelle de manière négative. Il explique en effet que la subsidiarité juridictionnelle ne doit pas être confondue avec l'application du mécanisme de la subsidiarité en matière d'exécution du droit européen, ni avec l'invocation du principe de subsidiarité dans le domaine du droit de la concurrence ou la justiciabilité du principe de subsidiarité. Il précise ensuite sa pensée en appréhendant positivement la notion, la présentant à la fois comme un « *instrument de rationalisation de la répartition des compétences juridictionnelles* » et comme un « *instrument de rationalisation du partage des fonctions juridictionnelles* ». Certes incomplète, et finalement discutable²¹, cette appréhension de la subsidiarité juridictionnelle constitue le point de départ de cette recherche doctorale.

B. La subsidiarité juridictionnelle, une notion réversible

Puisant ses origines dans l'idée subsidiaire, elle-même issue de l'adjectif latin *subsidiarius*, signifiant « *qui forme la réserve* »²², la subsidiarité juridictionnelle intervient pour déterminer la localisation du juge appelé à intervenir, dans un système présentant plusieurs niveaux de juridictions. Dans les ordres juridiques de la Convention

¹⁹ Deux exemples peuvent illustrer le propos. Concernant l'ordre juridique de la Convention, lorsque dans l'arrêt *SAS c. France*, la Cour, en vertu du principe de subsidiarité, laisse au législateur national le soin de régler la question sensible du port du voile intégral dans l'espace public, il s'agit d'une application du principe général de subsidiarité, qui implique une action subsidiaire de la Cour par rapport aux autorités nationales. V. CourEDH, GC, 1^{er} juil. 2014, *S.A.S c. France*, req. n° 43835/11. Concernant l'ordre juridique de l'Union, lorsque dans le contentieux des jeux de hasard, la Cour de justice insiste sur l'autonomie des autorités nationales dans l'appréciation de la nécessité d'interdire totalement ou partiellement les jeux et paris, il s'agit d'une application du principe institutionnel de subsidiarité tel que défini par l'article 5 du TUE. V. parmi une jurisprudence abondante en la matière, CJUE, 30 avr. 2014, *Pfleger e. a.*, aff. C-390/12, pt. 45

²⁰ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*

²¹ V. les conclusions de ces travaux, Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 2 ; et Conclusion du Chapitre 2.

²² J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaire Le Robert, Paris, 1993, V° Subsidiaire.

et de l'Union, deux niveaux sont concernés : celui du juge national et celui du juge européen.

La subsidiarité juridictionnelle a ainsi vocation à permettre de dessiner un équilibre²³ entre l'intervention des différentes juridictions, lequel est déterminé par la recherche d'un double impératif de proximité et d'efficacité. Elle doit donc aboutir à la conciliation, à la fois d'une prise de décision « *le plus près possible des citoyens* »²⁴, et d'une action efficace pour préserver l'intégration européenne. La subsidiarité juridictionnelle doit permettre de respecter les diversités nationales tout en préservant le droit commun²⁵ grâce à sa principale caractéristique : la réversibilité.

En effet, la subsidiarité juridictionnelle est une « *médaille à deux faces* »²⁶, l'une négative et l'autre positive²⁷. La première suppose l'inaction de principe du juge européen, tandis que la seconde justifie son intervention lorsque l'action nationale s'avère insuffisante. Ces « deux faces » peuvent également se concrétiser dans les notions de subsidiarité juridictionnelle descendante et ascendante²⁸, qui renvoient respectivement à la décentralisation du contentieux européen et à la centralisation des

²³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n° 1&2, p. 30

²⁴ Préambule du traité sur l'Union européenne, § 13.

²⁵ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* ; B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTD h.*, n° 94, 2013, pp. 251-273.

²⁶ En référence à l'intitulé du Séminaire : *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015.

²⁷ Pour une description de ces deux aspects, v. B. LAPOINTE, « Le principe de subsidiarité sous l'éclairage de l'enseignement social de l'Église : Limitation ou extension des compétences de la Communauté européenne ? », in *L'identité politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du CURAPP », 1994, 496 p., pp. 433-440, spéc. p. 459 ; D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, 412 p., pp. 15-37, spéc. p. 16.

²⁸ Sur ce point, v. J.-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, n°1, pp. 107-140 et R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 591-601.

compétences juridictionnelles indispensables à l'intégration européenne ²⁹. La subsidiarité juridictionnelle se caractérise donc par son « *ambivalence constitutive* »³⁰ qui peut tout autant légitimer l'intervention du juge européen, qu'imposer sa mise en retrait au nom de l'autonomie du juge national³¹. Elle est ainsi une notion réversible, donc difficilement saisissable, en particulier lorsqu'elle est étudiée dans le cadre de l'intégration européenne.

§ 2. Le champ de l'étude : l'intégration européenne

Apporter des précisions quant au sens que revêt l'intégration européenne dans cette étude est un préalable indispensable, dès lors que ce travail de recherche a vocation à appréhender la subsidiarité juridictionnelle dans ce cadre particulier (A). Une fois ces précisions terminologiques apportées, il sera alors possible d'interroger les relations que la subsidiarité juridictionnelle entretient avec l'intégration européenne (B).

A. L'intégration européenne au sens de la recherche

L'expression *intégration européenne* peut sembler vide de sens, dans la mesure où autant de définitions que de cadres d'analyse, de points de vue et d'angles choisis pour l'analyser lui sont donnés. L'intégration européenne peut ainsi viser le processus de construction européenne pris dans son ensemble, ou plus précisément le phénomène d'interpénétration des ordres juridiques. Elle peut également renvoyer, plus techniquement, au choix de la méthode d'intégration dans l'Union européenne, par opposition avec la méthode intergouvernementale, ou même s'entendre sous un angle matériel et faire alors référence au développement de nouvelles politiques dans l'Union européenne.

²⁹ Cela concerne par exemple l'interprétation du droit européen, dont les nécessités de cohérence et d'unité imposent l'intervention du juge européen. V. les développements *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1, B sur les compétences attribuées aux deux Cours européennes par les traités.

³⁰ Employé à propos du principe de subsidiarité, in D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 18.

³¹ D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », *Mélanges en l'honneur de Léontin-Jean CONSTANTINESCO*, Cologne, Carl Heymanns, Verlag, 1983, pp. 707 et s.

Prenant acte de cette confusion dommageable, il est donc fondamental de préciser que la présente thèse n'a pas vocation à élaborer une théorie de l'intégration européenne³². L'expression *intégration européenne* y sera entendue dans son acception la plus neutre et générale, comme étant synonyme de *construction européenne*. Elle fait donc aussi bien référence au « *processus de coopération politique de plus en plus intense en Europe et l'émergence d'institutions politiques communes* »³³, qu'à « *la construction de nouvelles institutions et le transfert de loyautés au niveau supranational, mais également la transformation de structures nationales qui participent ainsi à la formation d'un ensemble plus large* »³⁴.

L'utilisation du vocable retenue dans le cadre de cette thèse, pour englober à la fois l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme et celui de l'Union européenne, ne doit cependant pas surprendre. En effet, la conception classique selon laquelle l'Union européenne serait un ordre juridique d'intégration animé par une « *subsidiarité-concurrence* » et le système conventionnel serait un ordre juridique d'harmonisation guidé par une « *subsidiarité-complémentarité* »³⁵, peut être dépassée³⁶. En effet, peut être observée une certaine dimension intégrative dans l'ordre juridique de la Convention. Tout est question de mesure, tant il est évident que le degré d'intégration n'est pas le même que dans l'Union³⁷. Cela n'a rien d'étonnant cependant, au regard des

³² Une doctrine riche et passionnante a déjà abondamment traité ce sujet. V. parmi d'autres, E. HAAS, *The Uniting of Europe. Political, Social and Economic Forces. 1950-1957*, Stanford, Stanford University Press, 1968, 2^{ème} éd. ; . DIEZ et A. WIENER, « Introducing the Mosaic of Integration Theory », in A. WIENER et T. DIEZ (eds.), *European Integration Theory*, Oxford University Press, 2004 ; S. SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.

³³ T. DIEZ et A. WIENER, « Introducing the Mosaic of Integration Theory », *op. cit.*

³⁴ S. SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, *op. cit.*

³⁵ V. principalement J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 30. Cette distinction est abondamment reprise par la doctrine. V. par ex. B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTD h.*, 2013, n° 94, p. 263.

³⁶ Aussi, la tendance de certains à partir du principe que l'expression *intégration européenne* renvoie naturellement au processus de construction de l'Union n'est pas nécessairement justifiée. V. parmi de nombreux ex., E. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2015, chron. n° 9, www.revuedlf.com

³⁷ V. par ex. B. STIRN, Discours lors du Colloque « L'eupéanisation du droit : quelle influence de l'Union européenne sur le droit français ? », Grenoble, 9 oct. 2014, en ligne : www.conseil-état.fr. Le président de la section du contentieux du Conseil d'État y explique que dans « *le droit de l'Union, il y a*

finalités différentes que poursuivent les deux organisations. Il n'en reste pas moins que la Convention européenne des droits de l'homme pénètre dans toutes les branches du droit national, ce dont résulte « *une relation quasiment fusionnelle [...] entre la Convention et l'ordre juridique national* »³⁸, et qu'elle confère des droits aux particuliers, que ces derniers peuvent faire valoir devant la Cour européenne des droits de l'homme³⁹.

Enfin, et comme souligné précédemment, l'*intégration européenne* peut renvoyer à la construction européenne dans son ensemble, incluant les deux ordres juridiques ici visés, dès lors qu'est considérée l'« *identité juridique européenne autour des valeurs fondamentales qui émergent du texte de la Convention et de la jurisprudence de la Cour* »⁴⁰, dont l'Union se réclame également. L'*intégration européenne* désigne donc, dans le cadre de cette étude, le processus dynamique de construction et de déploiement des ordres juridiques de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne.

Ainsi définie, l'intégration européenne est influencée par une multitude de facteurs, internes et externes. La subsidiarité juridictionnelle constitue l'un d'entre eux. En organisant les rapports entre les juges nationaux et européens, la subsidiarité juridictionnelle s'appliquant à l'intérieur des espaces européens exerce, en effet, une influence sur le processus d'intégration européenne, dont l'étendue n'est pas aisément identifiable. Étudier la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne interroge nécessairement quant aux relations qu'elles entretiennent.

une dimension d'intégration qui n'existe pas de la même manière à l'égard du [...] droit de la Convention européenne des droits de l'homme ».

³⁸ L.-A. SICILIANOS, « Propos introductifs », *La CEDH à 70 ans : dates marquantes et grandes avancées*, Strasbourg, 18 sept. 2020.

³⁹ Sur l'observation d'un ordre juridique d'intégration concernant le système de la Convention européenne des droits de l'homme, v. O. DORD, « Systèmes juridiques nationaux et Cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, pp. 5-18, spéc. p. 18 ; B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *Jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Paris, Mare & martin, 2013.

⁴⁰ L.-A. SICILIANOS, « Propos introductifs », *op. cit.*

B. La richesse des relations entre la subsidiarité juridictionnelle et l'intégration européenne

Les relations entre la subsidiarité juridictionnelle et l'intégration européenne interrogent d'autant plus que la nature du projet européen n'est ni clairement définie, ni probablement clairement assumée⁴¹. Prendre en compte la dimension fédérale de l'intégration européenne⁴², permet alors de comprendre son imprégnation de l'idée subsidiaire⁴³, dont la subsidiarité juridictionnelle est une application particulière⁴⁴. En effet, le principe de subsidiarité est un marqueur caractéristique du fédéralisme⁴⁵. Ce dernier se caractérise par le fait « *d'une part, que les gouvernants de la collectivité composée ont compétence pour déterminer la compétence des gouvernants des collectivités composantes et, d'autre part, que ces derniers conservent cependant la qualité de gouvernants, c'est-à-dire dans le domaine de compétence qui leur est réservé, ils ont un droit de décision autonome* »⁴⁶. Une fois les compétences réparties entre les différents échelons de pouvoir, le principe de subsidiarité intervient pour réguler leur exercice par l'entité fédérale et les entités fédérées⁴⁷. La même dynamique

⁴¹ Sur ce point, v. F. VERGNIOLE DE CHANTAL, *Fédéralisme et antifédéralisme*, P.U.F, Que sais-je ?, 2005, 128 p. V. également J.-P. JACQUÉ, « Quelques considérations sur les rapports de systèmes entre ordres juridiques en Europe », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 1107-1142, spéc. p. 1141, qui évoque un « *fédéralisme à la sauvette* » à propos de l'Union européenne.

⁴² Plus marquée dans le cadre de l'Union européenne, mais observable également dans le système conventionnel. Pour un emploi justifié du terme « fédéral » à l'égard de l'ordre juridique de la Convention, v. B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.* Plus généralement sur la dimension fédérale de l'intégration européenne, v. G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, « Le fédéralisme européen », *Politique européenne*, 2016/3, n° 53, pp. 14-27 ; P. DIOP, « La souveraineté, pierre d'achoppement pour une fédération politique européenne, Centre international de formation européenne », *L'Europe en Formation*, 2012/1, n° 363, p. 63 à 71 ; J.-L. QUERMONNE, « La "fédération d'Etats nations" : concept ou contradiction ? », P.U.F, *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/4, n° 84, p. 677 à 692 ; S. SCHEPERS, *Le droit fédéral en Europe, Un essai historique*, Institut d'administration publique, Bruylant, Bruxelles, 1991, 138 p.

⁴³ V. J. BARROCHE, « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet*, 2014/3, n° 340, pp. 66-75 ; J. BARROCHE, « La subsidiarité chez Jacques Delors, du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne*, 2007/3, n° 23, pp. 153-177.

⁴⁴ Ce point sera développé plus avant dans cette thèse. V. *infra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 1.

⁴⁵ J. HERGENHAN, « Le fédéralisme allemand et la construction européenne », *Notre Europe, Problématiques européennes* n° 5, 2000.

⁴⁶ G. SCELLE, « Essai relatif à l'Union européenne », *R.G.D.I.P.*, 1931, p. 525.

⁴⁷ D. Neven DELPHINE, *Le principe de subsidiarité dans les systèmes fédéraux de répartition des compétences*, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2017.

est observée dans l'organisation juridictionnelle des ordres juridiques européens. La construction européenne ayant vocation à permettre aux États de faire ensemble ce qu'ils ne peuvent pas faire seuls, l'institution des Cours européennes dans chacun des deux ordres juridiques concernés répond à une logique empreinte de subsidiarité qui n'est pas étrangère à la dimension fédérale de l'intégration européenne.

Il n'en reste pas moins que les relations entre la subsidiarité juridictionnelle et l'intégration européenne peuvent *a priori* être d'intensité et de teneur diverses⁴⁸. Il convient donc, en premier lieu, de déterminer l'intensité des liens qui unissent les deux notions. Est-on en présence d'une relation d'indépendance, qui signifierait que la subsidiarité juridictionnelle n'exerce que peu d'influence sur le processus d'intégration européenne ? Ou encore, serait-ce une relation de coordination, dans laquelle la subsidiarité juridictionnelle serait un facteur, parmi d'autres, d'intégration européenne ? Ou enfin, l'intégration européenne serait-elle dépendante de la subsidiarité juridictionnelle, cette dernière se présentant comme une condition indispensable à son succès ? Autant de questions auxquelles il conviendra de répondre à travers cette recherche doctorale.

En second lieu, la teneur de leurs relations, qui peuvent se conjuguer sur un mode positif ou négatif, pose également question. La subsidiarité juridictionnelle est-elle appréhendée comme un facteur, un instrument⁴⁹, une garantie de l'intégration européenne ou, au contraire, peut-elle représenter une contrainte, un obstacle, voire une entrave à cette dernière ? La qualification de ces relations est l'un des enjeux principaux de la recherche, que l'actualité européenne replace au cœur des débats.

⁴⁸ L'irrélevance est écartée d'emblée dans la mesure où, de quelque nature qu'elles soient, les relations entre les deux notions existent. Sur le concept d'*irrelevance* à propos de l'étude des relations entre les ordres juridiques, v. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 106.

⁴⁹ À la manière de Julie DUPONT-LASSALLE, qui pose clairement la question. V. J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*

Section 2. L'INTÉRÊT DE LA RECHERCHE

L'étude de la subsidiarité juridictionnelle n'a que peu intéressé la doctrine européeniste qui l'a longtemps négligée (§ 1). L'actualité a toutefois imposé l'étude de cette dimension particulière, et désormais incontournable, de l'intégration européenne (§ 2).

§ 1. Une composante négligée de l'intégration européenne

Peu d'études doctrinales en langue française ont recours à l'expression *subsidiarité juridictionnelle* – aussi appelée *subsidiarité judiciaire* –, dont l'utilisation demeure relativement marginale⁵⁰. Cela constitue un paradoxe au regard de l'ancienneté

⁵⁰ V., dans l'ordre chronologique : « La subsidiarité », *RAE*, Numéros spéciaux 1&2, 1998, v. les contributions de D. SIMON, J.-C. GAUTRON, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, S. BERRADA, F. FINES, M. LE SOLLEU et L. GRARD ; M. L. STRUYS, L. FLYNN, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : la dimension juridictionnelle », *op. cit.* ; M. VERDUSSEN, E. WILLEMART, « Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, pp. 251-277 ; P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *op. cit.* ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, « Subsidiarité juridictionnelle ? », *op. cit.* ; F. BERROD, « La lutte contre le terrorisme et les droits de l'Homme : étude des affaires terroristes devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes », *L'Europe des libertés*, 2007, n° 24 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et H. GAUDIN, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen – la conviction d'une piste à emprunter », *CCC*, 2010, n°27 ; T. BONTINCK, « L'effectivité des droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne », *op. cit.* ; H. LABAYLE et P. DE BRUYCKER, « L'impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH sur l'asile et l'immigration », *Études du Parlement européen*, Bruxelles, 2012 ; J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.* ; L. GUILLOUD, « Le droit au juge dans l'Union européenne », *RDLF*, 2012, chron. n°7 ; F. MARTUCCI, « L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », in C. KESSEDJIAN (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Éd. Panthéon Assas, 2013, pp. 21-40 ; X. MAGNON, « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », in M. FATIN-ROUGE STEPHANINI et G. SCOFFONI (dir.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, n° 2, 2013, PUAM ; B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2014, pp. 565-593 ; H. LABAYLE, « Obligations positives des États parties à la CEDH et séjour irrégulier : pour un meilleur usage de la subsidiarité juridictionnelle par la CEDH », *www.gdr-elsj.eu*, 19 oct. 2014 ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, ; Dossier thématique du Conseil d'État, *Le juge administratif et le droit de l'Union européenne*, en ligne : www.conseil-etat.fr, 23 sept. 2015 ; V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, Thèse, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, 2015 ; F.-V. GUIOT, « La Cour de cassation et la responsabilité de l'État du fait des décisions de justice : une nouvelle illustration des faiblesses de la subsidiarité juridictionnelle », *www.gdr-elsj.eu*, 23 janv. 2017 ; F.-V. GUIOT, « Le perfectionnement du système juridictionnel européen

du phénomène (A). Cette recherche doctorale a donc vocation à combler la lacune doctrinale en la matière (B).

A. Le paradoxe de l'ancienneté de la subsidiarité juridictionnelle

Alors que le phénomène accompagne la construction européenne depuis ses origines, l'expression *subsidiarité juridictionnelle* n'est apparue qu'en 1997 sous la plume du Professeur Denys SIMON⁵¹. Jusqu'aux années 2010 cependant, le sujet n'a pas mobilisé la communauté scientifique, à l'exception de quelques études ponctuelles consacrées à la fonction du juge national en tant que juge de droit commun du droit européen⁵², ou aux relations de coopération entre juge européen et national⁵³. En effet, évoquée au détour de réflexions connexes, la subsidiarité juridictionnelle demeurait le plus souvent étudiée par le truchement de l'étude du rôle du juge national en tant que juge naturel du droit européen, ou par le prisme de l'analyse des relations entre les juridictions européennes et nationales. Ces travaux n'en faisaient donc pas leur objet d'étude principal dès lors qu'ils se focalisaient sur l'un ou l'autre de ses versants, voire ne les abordaient que partiellement⁵⁴.

Aujourd'hui encore, la subsidiarité juridictionnelle ne constitue que rarement l'objet principal d'une étude doctrinale⁵⁵. Il est par ailleurs intéressant de remarquer que

autour de la Cour de justice de l'Union européenne », Leçon 5, *Publications de l'Université Toulouse Capitole*, 2018, en ligne : <http://publications.ut-capitole.fr>

⁵¹ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, pp. 271 et 395.

⁵² V. principalement A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, *op. cit.* ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.*

⁵³ V. par exemple, O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », *Revue belge de droit international*, n° 1, 1997, pp. 21-68 ; D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, *op. cit.*

⁵⁴ V. par ex. M. VERDUSSEN, E. WILLEMART, « Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », *op. cit.* ; F. BERROD, « La lutte contre le terrorisme et les droits de l'Homme : étude des affaires terroristes devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes », *op. cit.* ; T. BONTINCK, « L'effectivité des droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne », *op. cit.*, pp. 101-121 et B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective *op. cit.*,

⁵⁵ Les exceptions sont rares. V. les numéros 1 & 2 de la Revue des Affaires Européennes 1998, dont la deuxième partie s'intitule « *La subsidiarité : approche juridictionnelle* » et regroupe les contributions de D. SIMON, « *La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ?* » ; F. FINES, « *Subsidiarité et responsabilité* » ; F. TRAIN, « *Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité* » et M. LE SOLLEU, « *Subsidiarité judiciaire et sanctions* ». V. également M. L. STRUYS, L. FLYNN, « *La subsidiarité au sein de l'Union européenne : la dimension juridictionnelle* », *op. cit.* ; P. GILLIAUX, « *L'arrêt Unión de*

les observateurs de la Convention européenne des droits de l'homme n'emploient encore que très rarement l'expression⁵⁶, lui préférant le principe général de subsidiarité pour décrire également ses implications juridictionnelles⁵⁷.

Un relatif et récent engouement pour ce vocable semble cependant quelque peu changer la donne, et ne manque pas d'interroger au regard de l'ancienneté du phénomène qu'il désigne. En tout état de cause, la quasi-virginité de l'objet justifie d'y consacrer une thèse de doctorat.

B. La nécessité de combler une lacune doctrinale

Ce n'est que récemment que l'expression *subsidiarité juridictionnelle* fait florès dans la doctrine européeniste. Après l'article publié en 1998 par le Professeur Denys SIMON, intitulé « *La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ?* »⁵⁸, qui constitue la référence en la matière, l'article de fond publié par Julie DUPONT-LASSALLE⁵⁹ en 2012 a marqué le renouveau de la notion et la généralisation de son emploi. La subsidiarité juridictionnelle deviendrait ainsi presque un « *concept à la mode* »⁶⁰, utilisé aujourd'hui pour décrire des phénomènes pourtant observables depuis les origines de la construction européenne.

Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *op. cit.* ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, « Subsidiarité juridictionnelle ? », *op. cit.* ; J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.* ; H. LABAYLE, « Obligations positives des États parties à la CEDH et séjour irrégulier : pour un meilleur usage de la subsidiarité juridictionnelle par la CEDH », *www.gdr-elsj.eu*, 19 oct. 2014 ; S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », *op. cit.*, et F.-V. GUIOT, « La Cour de cassation et la responsabilité de l'État du fait des décisions de justice : une nouvelle illustration des faiblesses de la subsidiarité juridictionnelle », *op. cit.*

⁵⁶ Pour un exemple d'emploi des termes *subsidiarité juridictionnelle*, v. S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁷ C'est le cas dans la thèse de L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* V. également Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.* ; F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2015.

⁵⁸ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*

⁵⁹ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*

⁶⁰ Expression empruntée à J.-Y. NAUDET, « Le principe de subsidiarité : ambiguïtés d'un concept à la mode », *Journal des Économistes et des Études humaines*, vol. 3, n° 2-3, 1992, pp. 319-331

L'ambition de cette thèse de doctorat consiste, alors, à conceptualiser un phénomène qui, malgré cet engouement récent, reste encore relativement méconnu. Il conviendra ainsi d'en clarifier le sens parfois confus, afin de combler un vide doctrinal préoccupant au regard de l'importance de la notion, laquelle s'impose avec d'autant plus d'acuité que l'actualité la place au cœur des débats contemporains sur l'intégration européenne.

§ 2. Une dimension révélée par les crises de l'intégration européenne

Le contexte de crise de l'intégration européenne démontre en effet l'urgence de consacrer une thèse à la subsidiarité juridictionnelle. Les crises multiples bouleversant la construction européenne (A), mais également plus spécifiquement la crise juridictionnelle (B), justifient d'entreprendre une telle recherche.

A. Le contexte de la « polycrise » de l'intégration européenne

La subsidiarité juridictionnelle s'inscrit au cœur des projets européens dès leurs origines. Elle a accompagné leur développement et la pénétration du droit européen dans les ordres juridiques nationaux et *in fine* permis le déploiement d'un droit commun. Elle n'est cependant pas épargnée par la crise qui les bouleverse, et en particulier celle traversée par l'Union européenne.

L'Union connaît en effet une période de trouble profond, caractérisée par des luttes d'intérêts entre les États membres mais également par une défiance politique à l'égard des valeurs qui soudaient jusqu'alors leurs loyautés⁶¹. En effet, l'intégration européenne « *voit son devenir menacé non plus uniquement par des luttes d'intérêts entre États, mais également par des divergences portant sur l'essentiel* »⁶², à savoir les valeurs⁶³ communes. Les coups dernièrement portés par le gouvernement polonais à

⁶¹ Sur cette idée, v. R. MEHDI et E. BROSSET, « De quoi le droit de l'Union est-il le nom ? À propos du droit de l'Union en tant que droit commun des États membres », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 670-691, spéc. p. 691.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Sur les valeurs dans l'Union européenne, v. la thèse de S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, Thèse, Aix-en-Provence, 2016,

l'État de droit en sont l'illustration la plus frappante. En moins de cinq ans, la réforme institutionnelle entreprise en Pologne a en effet gravement porté atteinte à l'indépendance de son Tribunal constitutionnel et de son Conseil national de la magistrature⁶⁴.

Conséquence d'une succession de crises aux origines diverses, mais pas pour autant déconnectées, cette « *polycrise* »⁶⁵ révèle les fragilités de l'Union et représente une menace pour sa survie. Crise politique⁶⁶, économique, migratoire, crise des valeurs de l'Union⁶⁷, crise sécuritaire et crise sanitaire, sont autant de facteurs⁶⁸ qui témoignent de la vulnérabilité du projet européen et conduisent à remettre en cause ses fondements.

Parmi ces derniers, la subsidiarité juridictionnelle n'est pas épargnée et invite au rapprochement avec le système conventionnel, dont la situation préoccupante relève précisément d'une crise juridictionnelle.

B. Le contexte de la crise juridictionnelle

La construction européenne est également bouleversée par une crise juridictionnelle, à laquelle l'intérêt renouvelé de la doctrine à l'égard de la notion de subsidiarité juridictionnelle ne semble d'ailleurs pas étranger⁶⁹. Les événements récents, intéressant cette dernière et dont les conséquences sur l'intégration européenne ne sont pas encore figées, confirment la nécessité d'y consacrer une recherche d'ampleur. Dans

⁶⁴ V. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Rapport 2020 sur la situation de l'État de droit dans l'Union européenne*, COM/2020/580 final, 30 sept. 2020.

⁶⁵ V. J.-C. JUNCKER, Discours lors de la session plénière du Parlement européen. Conclusions du Conseil européen des 17 et 18 décembre 2015, Bruxelles, 19 janvier 2016, Speech16/112.

⁶⁶ Le Brexit en est une illustration frappante. V. C. BLUMANN, « Brexit : coup de tonnerre dans un ciel chargé », *JCP. Gén.*, n° 41, Oct. 2016, Doctr. 1085.

⁶⁷ J.-P. JACQUÉ, « Crise des valeurs dans l'Union européenne ? », *RTD eur.*, 2016, p. 213 ; S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, *op. cit.*

⁶⁸ S. KAHN, « Les crises de l'Union européenne - les crises de l'Europe : un panorama », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 12, 2016, p. 136.

⁶⁹ Le fleurissement du vocable *subsidiarité juridictionnelle* dans la doctrine européeniste précédemment identifié à partir de l'année 2012, coïncide en effet avec l'émergence de la crise juridictionnelle européenne.

cette perspective, les cas des ordres juridiques de la Convention et de l'Union doivent néanmoins être distingués.

Concernant l'ordre juridique de la Convention européenne, tout d'abord, les choses sont claires tant la crise du système de protection des droits de l'homme qui est observée a été centrée autour de la question de la subsidiarité. Elle tient à deux facteurs principaux : la surcharge de travail de la Cour et les violentes attaques dont cette dernière est l'objet. Assailli de requêtes, le prétoire de la Cour a connu un engorgement tel qu'un processus de réforme d'ampleur a été initié en 2010⁷⁰. Surtout, cette première crise de la surcharge de travail du juge de la Convention a, semble-t-il, décomplexé certains États, au premier rang desquels le Royaume-Uni, qui n'a par exemple plus hésité à l'attaquer frontalement. Initialement focalisées sur le conflit relatif au droit de vote des détenus⁷¹, les tensions se sont amplifiées pour aboutir à une franche remise en cause de l'intervention de la Cour⁷². Les critiques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme émanent d'horizons divers et lui reprochent un activisme au détriment de la souveraineté des États et de l'autonomie de leurs juridictions⁷³. La subsidiarité juridictionnelle est donc devenue à la fois une source de conflits et un enjeu. Dans le même temps pourtant, les revendications nationales réclament un renforcement de la subsidiarité à leur profit. L'adoption des Protocoles n° 15 et 16 à la Convention en est l'une des concrétisations⁷⁴.

⁷⁰ Avec l'entrée en vigueur du Protocole n°14 (STCE n°194) et l'organisation de la *Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme* à Interlaken les 18 et 19 fév. 2010. Ce processus fait l'objet de développements, v. *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1, B.

⁷¹ V. l'arrêt initial sur cette question : CourEDH, GC, 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, req. n° 74025/01,

⁷² F. TULKENS, « Conclusions générales », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, 412 p., p. 398.

⁷³ Y. LÉCUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2019, chron. n° 53, en ligne : <http://www.revuedlf.com>

⁷⁴ Le Protocole n° 15, non encore en vigueur, inscrit le principe de subsidiarité ainsi que la doctrine de la marge nationale d'appréciation dans le Préambule de la Convention, et le Protocole n° 16, entré en vigueur le 1^{er} août 2018, crée le mécanisme des avis consultatifs.

Par ailleurs, si les questions d'encombrement ne sont pas étrangères à l'institution judiciaire de l'Union⁷⁵, il s'avère que la situation, si elle a pu être qualifiée de crise, demeure relative en comparaison à l'asphyxie connue à Strasbourg⁷⁶. La Cour de justice n'est cependant pas épargnée de toute critique en provenance du niveau national. Des dysfonctionnements successifs ont en effet entériné les dissonances entre le juge de l'Union et le juge national ces dernières années. Cela concerne spécifiquement les Cours suprêmes, dont certaines n'ont pas hésité à défier la Cour de justice en refusant de faire application de sa jurisprudence. Que ces frictions ne relèvent en définitive que du malaise, comme ce fût le cas dans l'affaire *Melloni*⁷⁷ ; ou de tensions plus ou moins fortes, comme celles vécues au cours des affaires « *des pensions slovaques* »⁷⁸, *Ajos*⁷⁹ et *M.A.S*⁸⁰, elles ne suffisaient pas, à elles seules, à caractériser une crise juridictionnelle au sein de l'Union.

La décision rendue le 5 mai 2020 par la Cour constitutionnelle allemande⁸¹ bouleverse passablement cet état des relations entre le juge de l'Union et les juridictions nationales. L'opposition radicale manifestée par le juge suprême allemand le conduit à

⁷⁵ V. le colloque organisé en 2012 : F. PICOD, (dir.), « Organisation et rendement de la Cour de justice de l'Union européenne. Comment faire face à la croissance du contentieux européen en temps de crise ? », *Université Panthéon-Assas, Centre de droit européen, Collège européen de Paris*, Colloque, 26 oct. 2012.

⁷⁶ V. *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2.

⁷⁷ Tribunal constitutionnel espagnol, 13 fév. 2014, STC 26/2014, *Boletín oficial del estado* n° 60, 11 mars 2014, p. 85, qui fait suite à l'arrêt CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio fiscal*, aff. C-399/11. V. A. PEYRÓ LLOPIS, « La résistance du Tribunal constitutionnel espagnol face à l'arrêt Melloni de la CJUE. », *RTD eur.*, 2015, n° 1, pp. 230-231.

⁷⁸ Cour constitutionnelle tchèque, 31 janvier 2012, Pl. US 5/12, qui fait suite à l'arrêt CJUE, 22 juin 2011, *Landtova*, aff. C-399/09. V. A. LEVADE, « L'identité constitutionnelle tchèque méconnue : quand la Cour constitutionnelle conteste une décision de la Cour de justice », *Constitutions*, Dalloz, 2012, p. 292.

⁷⁹ Cour Suprême du Danemark, 6 déc. 2016, *Ajos*, n° 15/2014, qui fait suite à l'arrêt CJUE, 19 avr. 2016, *DI*, aff. C-441/14. V. M.-R. MADSEN, H. PALMER OLSEN, « Legal Disintegration? The Ruling of the Danish Supreme Court in AJOS », *op. cit.*

⁸⁰ CJUE, GC, 8 sept. 2015, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14 et CJUE, GC, 5 déc. 2017, *M.A.S et M.B.*, aff. C-42/17. V. H. LABAYLE, « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la saga Taricco devant la Cour de justice », *RFDA*, 2018, p. 521.

⁸¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande (BverG), 5 mai 2020, 2 BvR 859/15-, Rn. 1-237, qui fait suite à l'arrêt CJUE, GC, 11 déc. 2018, *Weiss e.a.*, aff. C-493/17. V. M. KORDEVA, « Le théâtre des juges selon Karlsruhe, Note sous BVerfG, décision du 5 mai 2020 (2 BvR 859/15-, Rn. 1-237) », *Revue générale du droit on line*, 2020, n° 52087 ; D. KELEMEN et a., « National Courts Cannot Override CJEU Judgments », <https://verfassungsblog.de>, 26 mai 2020.

remettre en cause le principe de primauté et l'autorité des arrêts de la Cour de justice⁸². Cette décision marquante laisse penser que le malaise est profond. Il ne s'agit en effet plus seulement de divergences de points de vue, mais d'une volonté délibérée d'affronter la Cour de justice. La situation a été jugée suffisamment grave pour que cette dernière y consacre un communiqué de presse dans la foulée, lequel rappelle la Cour constitutionnelle allemande à ses obligations⁸³.

La tutelle du juge européen ainsi remise en cause, ces dissonances, parfois radicales, démontrent que la subsidiarité juridictionnelle est au cœur de la crise juridictionnelle qui se dessine. En effet, par ses revendications, le juge national exprime l'idée selon laquelle l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle est déséquilibré à son détriment, et il réclame en définitive son réajustement. Reste à savoir si la subsidiarité juridictionnelle, objet de la contestation, recèle dans le même temps, et paradoxalement, les potentialités nécessaires à la résolution de la crise.

Section 3. L'HYPOTHÈSE DE LA FONCTION PARTICULIÈRE DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE DANS LE PROCESSUS D'INTÉGRATION EUROPÉENNE

La complexité, nourrie par différents facteurs, de mener une étude de la subsidiarité juridictionnelle dans le processus d'intégration européenne a nécessité l'élaboration d'une méthode particulière pour la canaliser (§ 1). Sa mise en œuvre a abouti à une problématisation du sujet (§ 2) auquel cette thèse a finalement permis d'apporter des réponses (§ 3).

⁸² J. ZILLER, « L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. À propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne », *Blogdroiteuropeen*, Working paper 4/2020, mai 2020, www.blogdroiteuropeen.com.

⁸³ CJUE, Communiqué de presse à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020, 8 mai 2020, n° 58/20.

§ 1. L'option d'une approche spécifique

De façon peut-être présomptueuse, il est possible d'estimer qu'existe une identité de problématiques entre les deux ordres juridiques européens, malgré des différences qui ont été soulignées plus haut. Celles-ci n'interdisent pas de penser que les problématiques soulevées relèvent, en définitive, bien des mêmes ressorts. Rarement envisagée en tant que telle, l'analyse croisée de la subsidiarité juridictionnelle dans les deux ordres juridiques européens est révélatrice (A). Cette approche n'épuise cependant pas les choix méthodologiques de cette thèse de doctorat, qui fait également appel aux ordres juridiques national et international lorsque cela s'avère nécessaire (B), et ce malgré les difficultés particulières soulevées quant à l'analyse d'une jurisprudence abondante (C).

A. Une analyse croisée des ordres juridiques de la Convention et de l'Union

À première vue, l'étude de la subsidiarité juridictionnelle pourrait faire l'objet d'un traitement séparé, l'un s'intéressant à l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme et l'autre portant sur l'ordre juridique de l'Union européenne. Le choix d'une étude croisée de la subsidiarité juridictionnelle dans les deux ordres juridiques est cependant assumé, car il répond à des préoccupations scientifiques et pédagogiques.

L'identité de problématiques entre les deux ordres juridiques, bien qu'elle ne soit pas parfaitement symétrique, réside dans les enjeux majeurs soulevés par l'appréhension respective de la subsidiarité juridictionnelle dans chacun d'entre eux. Ces enjeux sont sensiblement les mêmes, tout comme les modes d'expression de sa contestation sur le plan national. Cette intuition préliminaire a, par la suite, été validée dans le contexte actuel de crise juridictionnelle dans l'intégration européenne, tel qu'il a été décrit précédemment au cours de ce propos introductif. Cette approche croisée a donc été conservée, dans la mesure où l'étude des deux ordres juridiques, qui reposent sur la subsidiarité juridictionnelle tout en rencontrant des difficultés parfois distinctes, est révélatrice de la malléabilité du concept et de ses potentialités pour gérer des situations de crise.

L'analyse croisée des deux ordres juridiques européens constitue donc une constante de ce travail. Elle a néanmoins impliqué de résoudre un certain nombre de problèmes, tenant aussi bien à l'étendue des connaissances qu'une telle approche suppose de maîtriser, que de celui de l'acquisition d'une méthodologie qui permette d'en rendre compte de manière claire.

Tout d'abord, l'analyse croisée des ordres juridiques de la Convention et de l'Union implique une connaissance approfondie de ces deux ordres juridiques, de leur histoire, de leur mode de fonctionnement et de leur actualité. Elle a donc nécessité un effort constant de « double spécialisation » en droit de la Convention et en droit de l'Union. Ensuite, il était primordial d'éviter toute confusion entre les deux sphères de recherche, et pour cela, de veiller au cloisonnement des données collectées. Prenant en compte ces impératifs, le premier temps de la recherche a consisté à collecter simultanément les données nécessaires dans les deux champs investis, tout en prenant soin de les séparer de manière physique.

À mesure de la délimitation du sujet et de l'identification des différents éléments le composant, cette méthode de travail a été confortée. En effet, autant les problématiques soulevées que les réponses qui y sont apportées dans chacun des deux ordres juridiques, si elles présentent des similitudes, ne se confondent pas pour autant. Conserver un certain hermétisme entre les deux s'est ainsi révélé pertinent. Aussi, en gardant le confort du lecteur à l'esprit, il est apparu indispensable de distinguer les réflexions tenant à chacun des ordres juridiques étudiés, afin de lui offrir le plus clairement possible les clés de compréhension des problématiques rencontrées.

La présente thèse laisse ainsi apparaître ce parti pris méthodologique. Pour chaque question traitée, les premières investigations s'attachent au droit de la Convention, les secondes au droit de l'Union, pour ensuite confronter les différentes observations issues de cette analyse préalable lorsque cela s'avère pertinent. Cette manière de procéder garantit une certaine clarté d'esprit et de présentation, lesquelles sont loin d'être acquises lorsqu'il s'agit de travailler concomitamment sur deux ordres juridiques distincts.

B. Le recours parfois nécessaire à d'autres ordres juridiques

Parce que l'idée subsidiaire n'est pas propre au droit européen, il est utile de se référer ponctuellement au droit international ainsi qu'aux droits nationaux, au sein desquels elle puise d'ailleurs ses origines. Sans être pour autant systématiques, de telles références surviendront particulièrement aux fins de définir la subsidiarité juridictionnelle et d'en identifier la nature. Par ailleurs, les relations entre les juridictions nationales et européennes n'étant pas exclues de toute influence politique, le renvoi aux droits nationaux, à leur mise en œuvre ainsi qu'au jeu politique national sera parfois éclairant. Le conflit entre le Royaume-Uni et la Cour européenne des droits de l'homme, à l'origine d'une réforme significative de cette dernière, ou la crise de l'État de droit en Pologne, terreau d'un dialogue vigoureux entre le juge national et la Cour de justice, en sont des illustrations.

Enfin, étudier la subsidiarité juridictionnelle implique, par définition, de s'intéresser au rôle de juge de droit commun du droit européen exercé par les juridictions nationales. La réception de la jurisprudence européenne par ces dernières fait dès lors partie intégrante de l'objet d'étude, et conduit à porter l'attention sur un certain nombre de décisions de justice rendues par les juridictions des États européens⁸⁴.

C. La méthode de traitement de la jurisprudence⁸⁵

La recherche de la jurisprudence pertinente soulève des difficultés propres à l'étude de la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne. Inscrit dans les

⁸⁴ Une double limite s'est néanmoins imposée à cet égard. La première concerne l'obstacle linguistique. La connaissance approfondie de l'ordre juridique national français et de la langue française en fait naturellement une référence dominante dans ces travaux alors que les références aux autres droits nationaux restent secondaires. La seconde tient aux décisions de justice nationales choisies pour étayer le propos. Ce sont principalement des décisions de juridictions suprêmes, dans la mesure où un traitement de l'ensemble de la jurisprudence nationale est non seulement impossible mais également inutile, car non représentatif des orientations jurisprudentielles générales. En effet, la position des juridictions suprêmes, situées au sommet de la hiérarchie juridictionnelle, en fait des juges représentatifs de leur jurisprudence nationale.

⁸⁵ L'analyse des principaux textes de droit positif a rapidement conduit à constater l'absence révélatrice de la subsidiarité juridictionnelle. L'étude de la règle de droit ne concerne, dès lors, que quelques règles particulières qui matérialisent la subsidiarité juridictionnelle, et ne soulève pas de grandes questions de méthode.

moteurs de recherches de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, le mot-clé *subsidiarité juridictionnelle* ne donne lieu à aucun résultat. Quant au mot-clé *subsidiarité*, il pêche par l'excès contraire car son interrogation renvoie à d'innombrables résultats, qui n'ont pas nécessairement de lien direct avec la subsidiarité juridictionnelle. Leur tri est donc matériellement impossible au regard de la quantité de données proposées. En outre, la détermination d'autres mots-clés ne s'est pas non plus révélée fructueuse. En effet, après avoir dressé une liste des manifestations connues de la subsidiarité juridictionnelle⁸⁶, les résultats demeuraient trop nombreux.

Deux options centrales ont alors permis de débloquer la réalisation de ce travail de recherche. D'une part, le choix a été fait de s'attacher à principalement étudier les arrêts rendus en Grande Chambre, afin de limiter la quantité de données qu'il convenait d'exploiter. D'autre part, il a été décidé de se fier aux revues juridiques spécialisées, lesquelles font ressortir la jurisprudence marquante dans les domaines concernés. Le croisement de ces deux approches a permis de sélectionner un nombre raisonnable de décisions de justice intervenues entre les débuts de la construction européenne et le commencement de cette recherche doctorale. Le suivi assidu de l'actualité européenne a ensuite naturellement permis d'identifier les décisions intéressant la subsidiarité juridictionnelle rendues au cours des dernières années.

La question d'une éventuelle délimitation matérielle de la recherche s'est également rapidement posée au regard du volume des données concernant le sujet. Pourtant, une telle délimitation du sujet, si elle présentait la vertu de considérablement réduire la quantité des données qu'il convenait de traiter, n'a pas été retenue. Un tel sujet de principe ne supporterait en effet pas une délimitation matérielle arbitraire, et « *condamne* » donc à une ouverture totale de ce point de vue⁸⁷.

⁸⁶ Dans cette liste, se trouvaient, par exemple, la notion d'effet direct du droit européen, la règle de l'épuisement des voies de recours internes, le droit à un recours effectif, le renvoi préjudiciel, l'avis consultatif, la doctrine de la marge nationale d'appréciation, l'autonomie procédurale nationale et le critère du *préjudice important*.

⁸⁷ Entretien avec le juge Jean-Claude BONICHOT, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

Ne peut cependant être niée une relative prépondérance d'illustrations matérielles tenant au mandat d'arrêt européen, au droit d'asile ou au droit de l'immigration. Cette recherche a en effet reçu l'influence du laboratoire dans lequel elle a été réalisée, spécialisé sur les questions relevant de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne. Il s'avère que ce travail s'y est parfaitement intégré dans la mesure où les matières qui le composent, touchant particulièrement aux éléments centraux de la souveraineté nationale et plaçant au cœur de cet espace l'individu et les droits fondamentaux qui lui sont attachés, offre en réalité un terrain particulièrement fertile au « *dialogue des juges* »⁸⁸.

§ 2. La problématisation de la recherche

L'étude de la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne, menée sous l'angle d'une analyse croisée des ordres juridiques de la Convention et de l'Union, recouvre des enjeux essentiels (A), dont l'identification est nécessaire pour envisager la relation ambivalente entre les deux notions (B).

A. Les enjeux essentiels de la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne

Au regard des considérations qui précèdent, deux difficultés majeures se dégageaient de l'objet d'étude retenu, dès les prémises de ces travaux. Celui-ci supposait, premièrement, d'analyser et de maîtriser une notion complexe et relativement peu défrichée par la doctrine, tout au moins dans le contexte pertinent pour cette étude. Deuxièmement, il s'agissait, en outre, d'en étudier l'appréhension au sein de deux ordres juridiques profondément différents. S'ils se rejoignent en effet notamment en ce qui concerne la place fondamentale qu'ils réservent à la fonction juridictionnelle, chacun se démarque néanmoins en ce qui concerne aussi bien les aspirations profondes qu'ils poursuivent, que leur structuration et les modes de fonctionnement auxquels ils obéissent.

⁸⁸ Selon l'expression du commissaire B. GENEVOIS dans ses conclusions dans l'affaire *Cohn Bendit* (CE, Ass., 22 déc. 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn Bendit*, Rec. p. 524).

La première intuition fondatrice de cette recherche est née d'un constat simple. Il s'avère que sans que l'expression *subsidiarité juridictionnelle* ne soit familière, chacun en « fait » pourtant, à l'image de monsieur Jourdain. Les enseignements selon lesquels, en premier lieu, le juge national est le juge de droit commun du droit de l'Union, et en second lieu, la Cour de justice de l'Union européenne intervient dans le cadre de sa compétence d'attribution en tant que garante de l'ordre juridique de l'Union, ne sont autres que la concrétisation des deux versants, descendant et ascendant, de la subsidiarité juridictionnelle dans l'Union européenne.

Naissait alors un premier pressentiment selon lequel la subsidiarité juridictionnelle ne serait pas une simple application du principe de subsidiarité, tel que défini par l'article 5, paragraphe 3 du TUE, en matière judiciaire et que, loin d'être une « *notion-gadget* »⁸⁹, cette dernière revêt une importance significative dans le processus d'intégration européenne.

La première interrogation qui en a émergé concerne la qualification de la subsidiarité juridictionnelle : cette dernière est-elle un principe ? Si oui, constitue-t-elle un principe juridique, un principe autonome du principe de subsidiarité ? Du reste, la subsidiarité juridictionnelle recouvre-t-elle les mêmes réalités dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme et dans celui de l'Union européenne ?

La seconde réflexion était relative à l'influence de la subsidiarité juridictionnelle dans le processus d'intégration européenne : est-elle en définitive un obstacle ou un facteur d'intégration européenne ? Comment son exercice par les juridictions nationales et européennes influence-t-il la construction européenne ? Fonctionne-t-elle comme une variable d'ajustement utile à l'intégration européenne, notamment en temps de crise ?

Il a ainsi précocement été supposé que les clés de compréhension de la subsidiarité juridictionnelle se trouvaient dans son ambivalence. Principe d'application quotidienne qui ne dit pas son nom, elle paraît tout à la fois assurer au juge national

⁸⁹ *Ibid.*

l'exercice de sa double fonction⁹⁰ et garantir au juge européen l'exercice de compétences exclusives destinées à protéger le droit commun. Réversible et mouvante, la subsidiarité juridictionnelle semble être à même de déplacer le curseur de l'équilibre entre centralisation et décentralisation, et elle paraît donc susceptible d'apaiser les situations de tension, condition idoine de l'intégration supranationale. Garante à la fois du respect de la diversité et de la préservation du droit commun, la subsidiarité juridictionnelle ne pouvait qu'être un élément central de l'intégration européenne.

B. La relation ambivalente entre la subsidiarité juridictionnelle et l'intégration européenne

Ce sont *in fine* les relations entre les différents ordres juridiques⁹¹ qui se jouent lorsque les ordres juridiques nationaux s'emparent de la subsidiarité juridictionnelle dans un tel contexte de crise. En effet, s'il est remarquable que « *les différentes juridictions [...] déploient, à travers un dialogue constructif, de louables efforts pour tenter de démêler l'écheveau des contradictions inhérentes aux rapports de systèmes* »⁹², les conflits entre ces dernières sont « *une réalité contentieuse incontournable* »⁹³. Plus encore, si « *la sagesse a prévalu jusqu'à présent grâce à*

⁹⁰ Sur le « *dédoublage fonctionnel* » du juge national, v. les développements du Professeur Olivier DUBOS dans sa thèse de doctorat : O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, op. cit., pp. 121 et s.

⁹¹ Nous nous reportons à la définition suivante de l'ordre juridique : « *On appelle ordre juridique l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine* ». Sur cette notion, v. C. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *P.U.F.*, 2001/1, n° 33, pp. 19-40, spéc. p. 20. Pour plus de détails sur la notion et les débats qui lui sont liés, v. parmi d'autres : H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. Ch. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962 ; S. ROMANO, *L'ordre juridique (Ordinamento giuridico)*, op. cit. ; N. BOBBIO, « *Teoría del ordenamiento jurídico* », in *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1995, pp. 151-270 ; H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1997 ; J.-L. HALPÉRIN, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIXe siècle », *P.U.F.*, 2001/1, n° 33, pp. 41 et s. ; G. TMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », *P.U.F.*, 2001/1, n° 33, pp. 3 et s. et B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016.

⁹² J.-P. JACQUÉ, « Quelques considérations sur les rapports de systèmes entre ordres juridiques en Europe », op. cit., p. 1108.

⁹³ *Ibid.*, p. 1141.

l'attitude coopérative des juridictions suprêmes »⁹⁴, le contexte actuel montre bien que des oppositions plus graves sont susceptibles d'apparaître.

Face aux dissonances⁹⁵ actuelles, l'apaisement des relations entre les ordres juridiques nationaux et européens appelle « *de nouveaux outils de régulation et de restructuration* »⁹⁶. Les relations entre lesdits ordres juridiques ne s'organisent en effet plus sous un mode hiérarchique mais relèvent d'une « *logique réticulaire* » qui doit faire « *primer des solutions pragmatiques d'ajustement, d'harmonisation et de coordination* »⁹⁷.

Ces solutions sont notamment recherchées dans la subsidiarité juridictionnelle, véritable curseur de l'intervention des juridictions. Sa mobilité permet une adaptation au plus près des impératifs en présence. La réversibilité de la subsidiarité juridictionnelle doit effectivement lui permettre de satisfaire simultanément les deux objectifs fondamentaux de l'intégration européenne : la préservation de la diversité et la garantie d'un droit commun.

Cette recherche doctorale s'inscrit ainsi à la fois dans le temps long, en entreprenant d'analyser un phénomène qui modélise la construction européenne depuis ses origines, mais également dans le temps court, en proposant une mise en perspective d'un certain nombre d'événements récents dont les conséquences sur l'intégration européenne demeurent incertaines.

L'actualité a en effet bouleversé les premières réflexions élaborées dans les prémisses de ce travail doctoral. Les crises de l'intégration européenne, et particulièrement la crise juridictionnelle, ont fait apparaître de nouvelles lignes de fracture et témoignent que le processus qui faisait, pour partie, l'objet de la thèse, n'est

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Pour une approche de la notion de « dissonance » dans le contexte juridique, v. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, Évreux, s.e, 1979, p. 264.

⁹⁶ J.-M. SAUVÉ, « Repenser le rôle du juge ordinaire. Les voies d'un pluralisme ordonné : de la circulation des droits à l'intégration des ordres juridiques », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 713-724, spéc. p. 714.

⁹⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Repenser la coexistence des ordres, repenser leurs relations », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 151-167, spéc. p. 155.

ni linéaire, ni irréversible. La subsidiarité juridictionnelle s'est retrouvée au cœur des contestations de l'idée européenne par les autorités nationales, qui ont parfois violemment rejeté la tutelle du juge européen. À la fois source de conflits et porteuse de réponses, la subsidiarité juridictionnelle a acquis une place centrale dans les débats relatifs à l'intégration européenne.

Démontrant qu'elle est un instrument vivant, les revendications dont elle fait l'objet conduisent alors à développer une hypothèse à ce sujet : la subsidiarité serait une condition initiale de l'existence et de la réalisation de l'intégration européenne, qui se mue dans le contexte actuel de crise en garantie de cette dernière, à condition qu'elle fasse l'objet d'un exercice rééquilibré. L'avenir de l'intégration européenne apparaît à nouveau conditionné par la subsidiarité juridictionnelle, cette fois par un exercice habile de cette dernière, qui doit parvenir à atteindre le point d'équilibre dans l'articulation des interventions des juges national et européen. La survie de l'intégration européenne doit en effet beaucoup à « *la tolérance et à l'ouverture réciproque des juridictions nationales et européenne* »⁹⁸, dont ces dernières semblent parfois manquer aujourd'hui.

Dès lors, l'accompagnant depuis ses débuts, la subsidiarité juridictionnelle entretient des relations étroites avec l'intégration européenne, qui fluctuent au fil du développement de l'entreprise européenne. L'observation de ces relations évolutives entre la subsidiarité juridictionnelle et l'intégration européenne permet de caractériser leur ambivalence. Condition de son existence et de son fonctionnement dès les origines, elle a déjà présenté un certain risque pour le projet européen⁹⁹, qui ne s'est toutefois pas concrétisé. Aujourd'hui, cette ambivalence est parfaitement révélée par la crise de l'intégration européenne au cœur de laquelle la subsidiarité juridictionnelle est dans le même temps source de conflits et porteuse de potentielles solutions.

⁹⁸ J.-P. JACQUÉ, « Quelques considérations sur les rapports de systèmes entre ordres juridiques en Europe », *op. cit.*, p. 1110.

⁹⁹ Comme le rappelle Julie DUPONT-LASSALLE lorsqu'elle identifie les risques liés à l'autonomie procédurale des juges nationaux et les risques liés à l'attitude des juges nationaux, *in* J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*

§ 3. La conduite de la démonstration

L'ensemble des réflexions précédemment décrites a conduit à développer l'idée que la subsidiarité juridictionnelle constituerait une véritable condition de l'intégration européenne (A). Cette opinion sera soutenue au moyen d'une démonstration structurée (B).

A. La thèse de la subsidiarité juridictionnelle en tant que condition de l'intégration européenne

Aux origines de la construction européenne, la subsidiarité juridictionnelle, condition de son existence et de son fonctionnement, s'impose comme une condition au succès de l'intégration. Aujourd'hui cependant, les multiples crises secouant le projet européen font évoluer son rôle. Elle devient le terrain de nouvelles contestations en provenance du niveau national et prend place au cœur de la crise de l'intégration.

Brandie comme un objet de revendications, elle est dans le même temps présentée comme la clé de résolution des conflits. Sa malléabilité autorise en effet toutes les appropriations et un rééquilibrage semble alors nécessaire. Faire bouger les lignes de la régulation du contentieux européen, par un exercice adapté de la subsidiarité juridictionnelle, peut alors constituer une réponse favorable à la poursuite de l'intégration. Dès lors, si elle était une condition de l'intégration européenne, la crise actuelle confirme, sur des fondements nouveaux, le rôle essentiel de la subsidiarité juridictionnelle dans la poursuite de ladite intégration européenne.

B. Le plan de l'étude

Le paradoxe du vide doctrinal à propos d'une dimension aussi fondamentale de l'intégration européenne ainsi mise à jour réclame que l'on procède à l'identification de ce qu'est, précisément, la subsidiarité juridictionnelle. Le contexte actuel de crise juridictionnelle traversée par les ordres juridiques de la Convention et de l'Union, en faisant de la subsidiarité juridictionnelle un nouveau terrain de contestation du niveau national, confirme cette nécessité. Aussi, cette recherche a pour ambition d'apporter des réponses à nombre de questions essentielles sur la subsidiarité juridictionnelle,

intéressant autant sa nature que ses fonctions. Ce premier travail d'identification permettra ensuite d'affirmer que la subsidiarité juridictionnelle est, effectivement, une condition de l'intégration européenne (**Partie I**).

La crise juridictionnelle qui bouleverse les ordres juridiques européens confirme non seulement ce besoin de clarification mais elle appelle également à une nouvelle lecture de la subsidiarité juridictionnelle dans le contexte de l'intégration européenne.

En effet, cette dernière constitue à la fois une source de conflits et, paradoxalement, une clé de leur résolution. Jugé déséquilibré au détriment du niveau national par ce dernier, l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle est au cœur des revendications nationales, qui le contestent autant qu'elles en exigent le rééquilibrage à leur profit. Face à l'engorgement du prétoire des Cours européennes et à la contestation nationale à leur encontre, les solutions opérationnelles sont donc recherchées dans la subsidiarité juridictionnelle. La régulation du contentieux européen qu'elle permet doit alors s'effectuer au bénéfice des deux niveaux de juridiction. La seconde partie de la thèse s'attache dès lors à observer l'exercice ambivalent dont la subsidiarité juridictionnelle fait l'objet dans ce contexte de crise, et qui conditionne à nouveau l'intégration européenne (**Partie II**).

PREMIÈRE PARTIE

L'IDENTIFICATION NÉCESSAIRE DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE

« Pour paraphraser une formule désormais célèbre, la subsidiarité "intrigue, dérange, divise"¹⁰⁰. Il en est a fortiori ainsi quand on utilise ce concept en lui accolant l'adjectif "judiciaire" [...]. Avant de tenter d'évaluer la portée opérationnelle de cette notion, il semble indispensable d'en préciser les contours »¹⁰¹.

Le Professeur Denys SIMON introduisait ainsi ses propos relatifs à la subsidiarité juridictionnelle dans son article de référence publié en 1998. Si à l'époque il était l'un des premiers universitaires à employer l'expression pour rendre compte de la complexité des relations entretenues entre les juridictions nationales et les juridictions européennes, le vocable s'est peu à peu répandu au sein de la doctrine européeniste. Demeurant néanmoins peu plébiscitée, l'expression intervient pour décrire l'organisation et le fonctionnement des systèmes juridictionnels européens. En dépit d'articles doctrinaux incontournables¹⁰², la subsidiarité juridictionnelle n'a à ce jour pas encore fait l'objet d'une étude approfondie, détaillée et globale permettant d'en cerner la signification et les implications. Ce travail de recherche a dès lors vocation à pallier ce manque.

Cette recherche implique ainsi, dans un premier temps et comme le suggérait déjà le Professeur Denys SIMON à la fin des années 1990, de procéder à l'identification de la subsidiarité juridictionnelle. La question est *a priori* simple : qu'est-ce que la subsidiarité juridictionnelle ? Derrière cette première interrogation qui pourrait paraître simpliste, se cache en réalité une série de questions dont l'étude doit permettre de définir la subsidiarité juridictionnelle, « ce qui permet de la reconnaître et de la distinguer des autres, l'ensemble des caractères qui permettent de l'identifier »¹⁰³. Les éléments qui marquent sa singularité,

¹⁰⁰ Le Professeur Denys SIMON reprend la célèbre formule du Professeur Robert KOVAR utilisée à l'égard des directives, v. R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », in *Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden-Nomos Verlag, 1987, p. 359.

¹⁰¹ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 84.

¹⁰² V. principalement in « La subsidiarité », *RAE*, Numéros spéciaux 1&2, 1998, les contributions de D. SIMON, J.-C. GAUTRON, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, S. BERRADA, F. FINES, M. LE SOLLEU et L. GRARD ; M. STRUYS, L. FLYNN, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : la dimension juridictionnelle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, pp. 201-250 ; M. VERDUSSEN, E. WILLEMART, « Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, *op. cit.*, pp. 251-277 ; P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *Cah. dr. eur.*, 2003, pp. 177-202 ; H. LABAYLE et P. DE BRUYCKER, « L'impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH sur l'asile et l'immigration », *Études du Parlement européen*, Bruxelles, 2012 ; J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration européenne », *op. cit.*.

¹⁰³ Les éléments de définition sont tirés de la définition d'« identité » du dictionnaire du Professeur Gérard CORNU : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2004, p. 453.

son caractère fondamental¹⁰⁴, permettant de déterminer sa nature¹⁰⁵ et ses fonctions au sein des ordres juridiques européens devront alors être recherchés.

Identifier la subsidiarité juridictionnelle est d'autant plus indispensable que dès les origines du processus d'intégration, elle se situe au fondement de l'architecture judiciaire des ordres juridiques européens. Elle semble conditionner à la fois leur existence et leur fonctionnement. Son respect est aujourd'hui brandi par le niveau national comme une condition à la poursuite de l'intégration¹⁰⁶. Son identification est donc nécessaire afin de cerner les enjeux qu'elle recouvre dans le processus d'intégration européenne.

Ce travail fondamental d'identification repose sur deux idées centrales. La première consiste à observer que la subsidiarité juridictionnelle s'impose comme une condition à l'existence de l'intégration européenne dès ses origines avec les premiers traités européens dans les années 1950. Ce premier constat suppose d'en rechercher les sources et de s'interroger quant à sa nature, pour démontrer que la subsidiarité juridictionnelle est une condition originelle de l'intégration européenne (**Titre I**).

La seconde conduit à remarquer que la subsidiarité juridictionnelle remplit deux fonctions centrales dans le développement de l'intégration européenne, que sont la répartition et la régulation des compétences juridictionnelles. L'identification des fonctions de la subsidiarité juridictionnelle devrait permettre d'affirmer que cette dernière est une condition fonctionnelle de l'intégration européenne (**Titre II**).

Titre I. Une condition originelle de l'intégration européenne

Titre II. Une condition fonctionnelle de l'intégration européenne

¹⁰⁴ Les éléments de définition sont tirés de la définition d'« identité » du dictionnaire Larousse, *Le petit Larousse illustré*, Larousse, éd. limitée, 2011, p. 517.

¹⁰⁵ Élément de définition tiré de la définition d'« identification » du dictionnaire Larousse, *op.cit.*

¹⁰⁶ V. par ex., Cour constitutionnelle fédérale allemande (BverG), 5 mai 2020, 2 BvR 859/15-, Rn. 1-237.

TITRE I. UNE CONDITION ORIGINELLE DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE

L'architecture contentieuse mise en place dans les ordres juridiques européens témoigne de la préoccupation des auteurs des traités de réserver une place particulière au juge national dans la construction européenne, mais également d'organiser de manière efficace l'exercice de la fonction judiciaire. Or cette définition et cette organisation de l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les deux ordres juridiques européens, au cœur desquels est placé le juge national, reposent sur la subsidiarité juridictionnelle. Au niveau politique, il semble que les fonctions confiées au juge national, premier juge du droit européen et garant de l'ordre juridique étatique, fait de la subsidiarité juridictionnelle un élément incontournable du consentement des États à s'unir dans des ensembles plus vastes.

Une première intuition découle de ces deux réflexions, selon laquelle la subsidiarité juridictionnelle conditionne l'intégration européenne depuis ses origines. Combinée au constat *a priori* paradoxal selon lequel l'expression même de *subsidiarité juridictionnelle* est absente du droit écrit, elle conduit à se poser la question des sources de la subsidiarité juridictionnelle. En effet, inhérence à la construction européenne¹⁰⁷ signifie-t-elle absence formelle du droit européen ? L'identification de ses sources doit alors permettre de prendre la mesure du caractère fondamental de la subsidiarité juridictionnelle dans la construction du processus d'intégration européenne (**Chapitre 1**).

La seconde interrogation majeure qui émerge naturellement de ces précédentes observations concerne sa nature. La première question est la suivante : si les États ont accepté de créer ensemble deux nouveaux ordres juridiques fondés sur la subsidiarité juridictionnelle, n'est-ce pas parce que cette dernière n'est finalement que la déclinaison du principe de subsidiarité, déjà bien connu de ces derniers ? Cette question conduit concomitamment à se

¹⁰⁷ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, 412 p., pp. 61 et s.

demander si la subsidiarité juridictionnelle est un principe, et, le cas échéant, un principe juridique (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'identification des sources de la subsidiarité juridictionnelle

Chapitre 2. L'identification de la nature de la subsidiarité juridictionnelle

CHAPITRE 1. L'IDENTIFICATION DES SOURCES DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE

Le Professeur Philippe JESTAZ souligne avec malice que « *les sources du droit ne coulent pas de source* »¹⁰⁸. Ramenée à la seule subsidiarité juridictionnelle, l'identification des sources constitue une question épineuse. Notion polysémique en science juridique¹⁰⁹, les sources telles qu'elles sont entendues ici renvoient modestement à la « *forme sous l'action de laquelle la [subsidiarité juridictionnelle] naît au Droit ; (...) la source formelle qui préside à [son] élaboration [et] à [son] énoncé* »¹¹⁰. S'interroger sur les sources de la subsidiarité juridictionnelle apparaît indispensable¹¹¹ tant la notion est mystérieuse¹¹². Cela implique néanmoins de se confronter à un premier constat désarçonnant : l'expression n'existe nulle part ailleurs que dans la doctrine. Formellement absente des textes et de la jurisprudence, la subsidiarité juridictionnelle semble pourtant être une condition de la construction européenne. Comment expliquer ce paradoxe ?

L'hypothèse avancée consiste à penser que si la subsidiarité juridictionnelle n'est pas inscrite dans le droit positif européen, c'est parce qu'inhérente à la logique des systèmes, elle est tout simplement évidente¹¹³. Elle ne serait dès lors pas un instrument ou un outil

¹⁰⁸ P. JESTAZ, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.*, 1993, n° 1, pp. 73-85, spéc. p. 73.

¹⁰⁹ M. LEHOT, *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, Thèse, Le Mans, 2001, pp. 24 et s.

¹¹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 862.

¹¹¹ P. DEUMIER, « Règle recherche source désespérément (histoire d'un transfert normatif de l'ordonnance royale de 1681 vers la coutume internationale) », *RTD civ.*, 2009, p. 490.

¹¹² Pour l'emploi de cet adjectif à propos du principe de subsidiarité, v. D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, 412 p., p. 18 ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Montpellier, 2015, p. 84.

¹¹³ À propos du caractère évident de la nécessité d'articuler le jeu des compétences entre juridictions nationales et européennes à la lumière du principe de subsidiarité, v. J. VERHOEVEN, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 375.

contribuant au développement de la construction européenne, mais une composante de cette dernière, un gène faisant partie de son ADN (**Section 1**).

Mettre en lumière l'évidence de la subsidiarité juridictionnelle dans la construction européenne ne doit cependant pas empêcher de poser la question de sa base juridique. L'étude du droit européen doit permettre d'identifier les éléments attestant de son existence (**Section 2**).

Section 1. L'évidence de la subsidiarité juridictionnelle

Section 2. L'existence de la subsidiarité juridictionnelle

SECTION 1. L'ÉVIDENCE DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE

La subsidiarité juridictionnelle prend racine dans les raisons qui ont justifié la création de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne. Garantes du respect de la norme européenne, les deux juridictions sont en effet conçues comme des juges subsidiaires¹¹⁴, qui n'ont pas vocation à connaître de chaque affaire dans laquelle le droit européen est en cause (§ 1).

D'autre part, « *le concept-clé qu'il faut avoir à l'esprit* »¹¹⁵ lorsqu'il est question d'identifier les sources de la subsidiarité juridictionnelle, est celui de l'effet direct du droit européen dans les ordres juridiques nationaux. En créant des droits directement dans le chef

¹¹⁴ J. VERHOEVEN, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 375-385.

¹¹⁵ Entretien avec le juge Stéphane GERVASONI, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

des particuliers, l'effet direct fait du juge national « *le juge européen de droit commun* »¹¹⁶ (§ 2).

§ 1. La subsidiarité juridictionnelle imprégnant la genèse des juridictions européennes

L'étude des motivations qui ont conduit à l'instauration de la Cour européenne des droits de l'homme d'une part, et de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹⁷ d'autre part (A), permet d'observer que le rôle de ces dernières est conçu selon une « *logique* »¹¹⁸ empreinte de subsidiarité. Essentiellement instituées pour garantir l'autonomie et le respect de l'ordre juridique européen duquel elles dépendent, l'intervention des deux Cours européennes a vocation à demeurer subsidiaire (B).

A. Les raisons de la création des juridictions européennes

Les deux ordres juridiques européens ont vu le jour à la même période de l'Histoire. Ces deux systèmes ne répondaient toutefois pas à la même logique, ni ne poursuivaient les mêmes objectifs. Il convient dès lors de revenir distinctement sur les raisons qui ont motivé la création de la Cour européenne des droits de l'homme (1) et de la Cour de justice des Communautés européennes (2).

1. La création de la Cour européenne des droits de l'homme

La nécessité d'une *garantie collective*¹¹⁹. Face aux horreurs de la Seconde guerre mondiale, émerge dans l'immédiat après-guerre la nécessité d'inscrire les droits et libertés fondamentaux des individus dans un traité international de dimension européenne. Après l'expérience fasciste, la mise en place d'un filet de sécurité européen contre les dérives

¹¹⁶ Cette expression est utilisée pour faire référence au juge national en tant que « *juge de droit commun de la Convention et du droit [de l'Union européenne]* », v. G. CANIVET, Allocution de bienvenue, *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne*, op. cit., spéc. p. 14.

¹¹⁷ La Cour de justice des Communautés européennes est devenue la Cour de justice de l'Union européenne depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009.

¹¹⁸ A. VULBEAU, « Contrepoint - Subsidiarité et décentralisation », *Informations sociales*, 2010, n° 162, pp. 85-85 ; J. BARROCHE, « La subsidiarité française existe-t-elle ? », VII^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, *Association française de droit constitutionnel*, 2008, disponible en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC4/BarrocheTXT.pdf>

¹¹⁹ CourEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, A. 25, § 5.

totalitaires s'avère nécessaire¹²⁰. L'idée est celle d'un « *système de garantie collective* »¹²¹ européenne, matérialisé par la rédaction d'une Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant les droits et libertés élémentaires, qui paraissent tellement évidents qu'ils n'avaient jamais auparavant fait l'objet d'une consécration textuelle.

La démarche d'instaurer un mécanisme européen de protection des droits fondamentaux est déjà elle-même empreinte de subsidiarité. En effet, ce qu'un État ne peut pas faire seul – empêcher que le scénario de la Seconde guerre mondiale ne se reproduise sur le continent – est entrepris collectivement, au niveau européen.

Le choix du mécanisme de garantie collective. Une fois acquise la volonté d'inscrire les droits et libertés dans une Convention européenne, se pose immédiatement la question du mécanisme institutionnel qui garantira concrètement ces droits et libertés. Trois systèmes sont alors envisagés lors des travaux préparatoires de la Convention¹²².

Le premier consacre un simple droit de pétition ouvert aux individus devant le Conseil de l'Europe.

Le second préconise la création d'une Commission propre au Conseil de l'Europe et dont la fonction serait de veiller au respect des dispositions de la Convention par les États parties, en examinant les plaintes des particuliers, en prescrivant des enquêtes et, après tentative de conciliation, en publiant des recommandations aux États.

Enfin, la troisième proposition envisage un système hybride, reposant à la fois sur la Commission décrite précédemment, et sur un organe juridictionnel. Un véritable « *contrôle juridictionnel en deux étapes* » est imaginé par la Commission des questions juridiques et

¹²⁰ La nécessité d'un texte n'était pour autant pas acquise pour tous. Un certain nombre de gouvernements s'y sont dans un premier temps opposés. V. E. BATES, *The evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, 571 p., spéc. pp. 77-78.

¹²¹ *Rec. trav. prép.*, Vol. I, Commission préparatoire du Conseil de l'Europe, Comité des ministres, assemblée consultative, 11 mai-8 septembre 1949 (extraits) dans P.-H. TEITGEN, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Confluences, coll. « Voix de la cité », 2000, 61 p., spéc. p. 14.

¹²² *Ibid.*, spéc. pp. 27-39.

administratives de l'Assemblée consultative, et ardemment défendu par son rapporteur Pierre-Henri TEITGEN¹²³.

Bien que rencontrant de vives critiques de la part de certains États¹²⁴, c'est la dernière option qui est finalement retenue¹²⁵. Il est décidé de mettre en place un système de garantie des dispositions conventionnelles fondé sur un double degré institutionnel : une Commission et une Cour européenne des droits de l'homme, facultative¹²⁶. Au préalable et non sans peine également¹²⁷, a été consacré le recours individuel, qui implique que les particuliers pourront adresser leurs plaintes directement à la Commission.

La nécessité d'un organe juridictionnel. Les arguments qui ont motivé la création d'une juridiction, dont la fonction sera de veiller au respect des dispositions de la Convention, tiennent tout d'abord à l'insuffisance d'un système fondé uniquement sur une Commission. À cet égard, Pierre-Henri TEITGEN fait valoir que si les recommandations d'une Commission

¹²³ Ass. cons., doc. 77, 1^{ère} session, 15^{ème} séance, *Rec. trav. prép.*, t. I, pp. 101-107. P.-H. TEITGEN présenta le rapport « Organisation d'une garantie collective des libertés essentielles et des droits fondamentaux » devant l'Assemblée consultative le 5 septembre 1949, rapport sur la base duquel fut adoptée la Recommandation n° 38 du 8 septembre 1949, qui demandait la conclusion d'une Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹²⁴ La Belgique, via son représentant le ministre H. FAYAT, ne jugeait pas nécessaire « de donner une compétence à une cour internationale pour la défense » des droits de l'homme. V. *Rec. trav. prép.*, t. I, pp. 241-242. MM. ROLIN (Belgique) et UNGOED-THOMAS (Royaume-Uni) ont déposé un amendement avançant qu'il ne devrait pas y avoir de Cour européenne. V. *Rec. trav. prép.*, t. I, pp. 242-244.

¹²⁵ Le droit de pétition devant le Conseil de l'Europe est rapidement exclu car jugé insuffisant dans la mesure où ce droit existe déjà et n'entraîne pas d'obligation pour l'autorité saisie d'y donner suite. La seconde option recueille davantage de sympathie mais sera finalement écartée au profit du système, plus complet, du « *contrôle juridictionnel en deux étapes* » reposant en premier lieu sur la Commission et ensuite sur le contrôle d'une Cour spécialisée. V. *Rec. trav. prép.*, Vol. I, Commission préparatoire du Conseil de l'Europe, Comité des ministres, assemblée consultative, 11 mai-8 septembre 1949 (extraits) dans P.-H. TEITGEN, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., spéc. pp. 29-30.

¹²⁶ En l'absence de majorité et face aux vives oppositions quant à la création d'une juridiction (Pays-Bas, Royaume-Uni, Norvège, Suède, Grèce, Turquie), le compromis se cristallise autour de l'idée d'une Cour dont la compétence doit être expressément acceptée par chaque État. V. E. DECAUX, « Les États parties et leurs engagements », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1230 p., spéc. pp. 11-14.

¹²⁷ Les délégués du Royaume-Uni et de la Grèce défendaient une position défavorable au recours individuel. À ce titre, la délégation britannique proposa l'adoption du système de la déclaration facultative, qui sera finalement retenu.

pourront être ignorées par les États, ainsi que l'expérience passée l'a démontré, il en sera autrement des décisions judiciaires rendues par une Cour¹²⁸.

Ensuite, la sanction d'un contrôle judiciaire, plutôt que politique, paraît plus appropriée dans la mesure où l'objectif du système conventionnel est de prévenir les éventuelles dérives totalitaires qui pourraient resurgir dans les États européens. À ce titre, la dimension idéologique de l'instauration d'une Cour européenne des droits de l'homme a pour avantage d'apporter une certaine sécurité morale aux citoyens européens. La juridiction est, en effet, érigée comme un rempart contre les violations de leurs droits élémentaires. Le deuxième atout de l'option juridictionnelle est que, symboliquement forte, cette image encouragera plus largement les citoyens à adhérer au projet européen.

Enfin, deux remarques viennent à l'appui des justifications de la création d'une juridiction. Dans un premier temps, si au niveau interne, « *seule la fonction juridictionnelle assure le respect du droit* », un raisonnement par analogie suggère qu'il en soit de même au niveau international¹²⁹. Dans un second temps et pour contrer les arguments tenant à la souveraineté des États, la question se pose de savoir quel danger encourent ces derniers face au contrôle juridictionnel, s'ils sont réellement résolus à protéger les droits de l'homme¹³⁰.

La nécessité d'une juridiction européenne. Au cours des discussions portant sur l'instauration d'un contrôle juridictionnel garantissant les dispositions de la Convention, les regards se sont dans un premier temps tournés vers la Cour internationale de justice. Or deux raisons principales s'opposent à ce que le contrôle du respect des dispositions de la Convention soit confié à une Cour internationale.

D'une part, l'idée de *conscience de l'Europe* implique que les droits et libertés soient protégés par une Cour propre au continent européen¹³¹. D'autre part, Pierre-Henri TEITGEN souligne que les juges de la Cour internationale de justice appartiennent, pour certains, à des

¹²⁸ E. BATES, *The evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, op. cit., pp. 70-74.

¹²⁹ E. DECAUX, « Les États parties et leurs engagements », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, op.cit., spéc. p. 13.

¹³⁰ E. BATES, *The evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, op. cit., p. 73.

¹³¹ *Ibid.*, p. 72.

pays qui sont à l'opposé des idéaux européens¹³². Ce dernier argument est bien évidemment à replacer dans le contexte de guerre froide qui règne à l'époque des négociations.

Dès lors, si cette mission n'est pas confiée à la juridiction internationale préexistante, il devient indispensable de créer une Cour européenne. Cette dernière sera instituée en 1959 à Strasbourg.

2. La création de la Cour de justice des Communautés européennes¹³³

Un contrepoids à la Haute Autorité. Alors que Jean MONNET n'avait à l'origine envisagé que la création d'une Haute Autorité, les négociations du traité CECA¹³⁴ ont rapidement conduit à l'émergence des autres institutions, à savoir l'Assemblée, le Conseil des ministres et enfin la Cour de justice¹³⁵. La nécessité d'une juridiction propre à la Communauté s'impose rapidement aux négociateurs¹³⁶, qui prennent la mesure de la crainte des États face à « l'arbitraire »¹³⁷ potentiel de la Haute Autorité, et conçoivent alors la Cour comme une garantie contre tout éventuel « excès de pouvoir »¹³⁸ de l'exécutif communautaire.

L'institution de la Cour de justice est ainsi une manière de rassurer les États, en leur signifiant clairement que la Haute Autorité n'aura en aucun cas des « pouvoirs illimités », et que les institutions de la Communauté constituent un « ensemble harmonieux de poids et de

¹³² E. DECAUX, « Les États parties et leurs engagements », *op. cit.*, p. 10.

¹³³ Sur les origines de la Cour de justice, v. F.-V. GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse, Bordeaux, 2014, 1054 p., spéc. pp. 130 et s.

¹³⁴ Les négociations du traité CECA se sont étendues du 9 mai 1950, date de la Déclaration Schuman, au 18 avril 1951, date de la signature du traité. V. le dossier sur le site du Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe : <http://www.cvce.eu>

¹³⁵ E. ROUSSEL, *Jean Monnet*, Fayard, 1995, 1004 p., spéc. p. 556.

¹³⁶ V. le Mémoire sur les institutions annexé au « Rapport sur les travaux poursuivis à Paris par les délégations des six pays du 20 juin au 10 août 1950 », sur le site du Centre Virtuel de la connaissance de l'Europe : <http://www.cvce.eu>

¹³⁷ M. LAGRANGE, « La Cour de justice des Communautés européennes du plan Schuman à l'Union européenne », in *Mélanges Fernand DEHOUSSE*, Paris/Bruxelles, Nathan/Labor, 1979, pp. 127-137.

¹³⁸ V. le Mémoire sur les institutions annexé au « Rapport sur les travaux poursuivis à Paris par les délégations des six pays du 20 juin au 10 août 1950 », *op. cit.*

contrepoids »¹³⁹. Dans cet ensemble, la Cour aura pour tâche de veiller à ce que les décisions de la Haute Autorité soient conformes aux objectifs assignés par le traité¹⁴⁰.

Une Communauté de Droit. En 1952, lors de la séance inaugurale de la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Joseph MEURICE explique également que dans la mesure où la démocratie implique le respect du droit, l'existence d'une Cour de justice au sein de la Communauté est indispensable¹⁴¹. La Cour de justice a donc été créée pour veiller au respect des traités communautaires dans une « *Communauté de droit* »¹⁴².

Les deux Cours européennes ont donc été créées au cours des années 1950 pour accomplir des tâches que seules des juridictions supranationales¹⁴³ sont en mesure d'accomplir. La première, la Cour de justice, doit veiller au respect des traités fondateurs des Communautés européennes. La seconde, la Cour européenne des droits de l'homme, assure le respect des droits et libertés protégés par la Convention du même nom. L'organisation juridictionnelle des deux ordres juridiques a donc été fondée « *sur la philosophie de la subsidiarité en ce sens que seules les compétences qui n'auraient pu être utilement exercées par les juridictions nationales ont été attribuées* » aux Cours européennes¹⁴⁴. Il convient à présent d'examiner plus en détail le rôle de chacune d'elles.

¹³⁹ J. MEURICE, Allocution lors de la séance inaugurale de la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Luxembourg, 10 décembre 1952, sur le site du Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe : <http://www.cvce.eu>

¹⁴⁰ Discours de Robert SCHUMAN devant l'Assemblée nationale sur l'état des négociations concernant le plan Schuman, 25 juillet 1950, sur le site du Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe : <http://www.cvce.eu>

¹⁴¹ J. MEURICE, Allocution lors de la séance inaugurale de la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *op. cit.*

¹⁴² CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlement européen*, aff. C-294/83, *Rec.*, p. 1339. Sur la notion de *Communauté de droit*, v. Walter HALLSTEIN, « Eine Rechtsgemeinschaft », in *Die Europäische Gemeinschaft*, Düsseldorf, Econ Verlag, 1973, p. 31 ; J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000.

¹⁴³ F.-V GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 131 et s.

¹⁴⁴ G.-C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne », in *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe*, T.M.C Asser Press, La Haye, 2013, pp. 37-48, spéc. p. 38.

B. La définition du rôle des juridictions européennes

Le Professeur Jacques VELU expliquait, à propos du mécanisme de la Convention, que « du point de vue institutionnel, il s'agissait d'instaurer un système de sauvegarde effectif se situant en partie à l'échelon national, en partie à l'échelon européen et pouvant, sous certaines conditions, être mis en mouvement par l'individu »¹⁴⁵. La logique du système conventionnel repose sur l'idée d'un double niveau de contrôle juridictionnel, le premier étant régulier et le second subsidiaire **(1)**.

Pour les Pères fondateurs de la Communauté, cette dernière « est une institution juridique originale et progressiste dans le droit international, dont la sauvegarde est confiée à la Cour »¹⁴⁶. Juridiction dont la fonction première est d'assurer la sauvegarde de l'ordre juridique nouvellement créé, la Cour de justice n'a pas vocation à connaître de tous les litiges mettant en cause le droit communautaire et se limite à exercer les compétences qui lui sont attribuées par les traités¹⁴⁷ **(2)**.

1. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme

La détermination conventionnelle des droits¹⁴⁸. S'intéresser au caractère subsidiaire du contrôle juridictionnel de la Convention européenne des droits de l'homme nécessite, au préalable, de souligner que la Convention renvoie aux États eux-mêmes la responsabilité d'assurer la protection des droits garantis, ainsi que la mise en œuvre des limitations à ces droits. La Convention a, en effet, un caractère second par rapport aux droits nationaux. Le

¹⁴⁵ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, Complément, Tome VII, Bruylant, Bruxelles, 1990, 1185 p., p. 41.

¹⁴⁶ J. BECH, Allocution lors de la séance inaugurale de la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Luxembourg, 10 décembre 1952, sur le site du Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe : <http://www.cvce.eu>

¹⁴⁷ Selon l'article 4 du Traité instaurant la CEE, « Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent Traité ».

¹⁴⁸ V. J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., p. 707.

principe de subsidiarité est ainsi au premier chef « *consubstantiel à l'instrument conventionnel* »¹⁴⁹. C'est le volet normatif de la subsidiarité.

La mission de la Cour européenne des droits de l'homme est de veiller au respect des droits protégés par la Convention. Dans la mesure où les dispositions conventionnelles jouent un rôle subsidiaire par rapport aux droits nationaux, il est évident que la première des sanctions de ces droits doit intervenir dans l'ordre interne et ainsi être assurée par les juridictions de cet ordre juridique¹⁵⁰. À cet égard, la Cour affirme dès 1968, dans l'« affaire linguistique belge », 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* »¹⁵¹.

De plus, les droits et obligations que la Convention garantit interviennent principalement entre les États et leurs sujets de droit, et non pas entre les États eux-mêmes. De ce fait, la garantie des droits est naturellement invoquée par les individus devant leurs tribunaux nationaux. Certains voient également, dans la compétence subsidiaire de la Cour, une certaine manière de ménager la souveraineté des États¹⁵² tout autant qu'une manière de favoriser l'intervention prioritaire du juge idoine¹⁵³. Ainsi, la subsidiarité n'est pas seulement « *inscrite dans le fond du droit européen* » mais aussi « *dans son architecture contentieuse* »¹⁵⁴.

¹⁴⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^{ème} éd., Paris, PUF, 2019, 967 p., spéc. p. 193.

¹⁵⁰ F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », in *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme*, RUDH, 1991, pp. 259-274.

¹⁵¹ CourEDH, 23 juil. 1968, « Affaire linguistique belge », GACEDH, n° 9, § 10.

¹⁵² E. PICARD, « Commentaire de l'article 26 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1230 p., spéc. pp. 592-593.

¹⁵³ M. VERDUSSEN, E. WILLEMART, « Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », *op. cit.*, p. 262.

¹⁵⁴ H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, p. 87.

L'idée de *filet de sécurité*. L'idée même de « *filet de sécurité* »¹⁵⁵, ou encore de « *dernier rempart* »¹⁵⁶, relative au contrôle de la Cour, suppose son intervention en dernier recours, uniquement si les acteurs premiers – les juridictions nationales – ont été défaillants.

Or la subsidiarité juridictionnelle consiste précisément à faire du juge national le juge naturel de la Convention, et de la Cour européenne, le juge second. Se retrouve ici la définition originelle de la subsidiarité, plongeant ses racines dans le nom latin « *subsidiarii* », qui désignait les troupes de réserve, destinées à être appelées en renfort des troupes régulières¹⁵⁷. Dans le système conventionnel, les juridictions nationales constituent les troupes régulières tandis que la Cour européenne des droits de l'homme représente la troupe de réserve.

L'absence de fondement normatif. Tant la subsidiarité des dispositions de la Convention par rapport aux droits nationaux que la subsidiarité du contrôle de la Cour par rapport à celui des juridictions nationales ne s'appuient sur aucun fondement normatif. Qualifié de principe fondamental « *sous-tendant tout le système de la Convention* » par le jurisconsulte de la Cour¹⁵⁸, ou encore de « *notion drainante* »¹⁵⁹, le principe de subsidiarité est

¹⁵⁵ F. STOLFI, Discours de bienvenue, in *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : un travail continu*, Conseil de l'Europe – Comité directeur pour les droits de l'homme, 2009, pp. 231-238, spéc. p. 237 ; J. PETERSEN, « Agenda de la réforme du système européen des droits de l'homme », in *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : un travail continu*, Conseil de l'Europe – Comité directeur pour les droits de l'homme, 2009, pp. 60-62, spéc. p. 61 ; F. TULKENS, Discours lors du 37^{ème} Congrès-Forum de la FIDH, « *Justice, nouveaux défis – Le droit à un recours effectif devant une juridiction indépendante* », Erevan, 6-8 avr. 2010.

¹⁵⁶ F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « Réflexions partielles sur l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme à la garantie de quelques droits des étrangers », in *L'homme et la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; N. HERVIEU, « Entretien avec Françoise TULKENS, ancienne juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue des Droits de l'Homme*, n° 3, juin 2013, en ligne : <http://wp.me/P1Xrup-1RK>.

¹⁵⁷ F. GAFFIOT, *Dictionnaire abrégé Latin-François illustré*, Paris, Hachette, 1963, p. 619 : *Subsidiarius*, a, um (*subsidium*), qui forme la réserve / *subsidiarii, orum*, m, troupes de réserve ; *subsidiior, ari* (*subsidium*), int., former la réserve ; *subsidium, ii*, n (*subsido*), 1. ligne de réserve (dans l'ordre de bataille) / réserve, troupes de réserve / 2. [d'où] soutien, renfort, secours, *integros subsidio adducere* : amener des troupes fraîches comme renfort / 3. [fig.] aide, appui, soutien, assistance / moyen de remédier, ressources, arme, *subsidia ad omnes casus comparare* : se ménager des moyens de parer à toute éventualité, des ressources pour toute éventualité / 4. Lieu de refuge, asile.

¹⁵⁸ Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *Cour européenne des droits de l'homme*, 8 juillet 2010.

¹⁵⁹ S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 62.

néanmoins formellement absent de la Convention et de ses Protocoles¹⁶⁰. C'est donc en dehors de tout renvoi à une quelconque base juridique que les commentateurs indiquent que le principe de subsidiarité « *fonde l'économie de la Convention* »¹⁶¹, ou encore qu'il est une « *caractéristique fondamentale de la Convention* »¹⁶².

C'est dire que le caractère subsidiaire du système conventionnel, tant du point de vue des dispositions conventionnelles que de leur contrôle, est à ce point évident qu'il n'a été pas été inscrit dans les textes. Et l'observation de la doctrine laisse penser que le simple rappel de son inhérence au système conventionnel suffit à caractériser son évidence.

2. *Le rôle de la Cour de justice*¹⁶³

Une juridiction suprême. L'article 31 du traité CECA indique que « *La Cour assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité et des règlements d'exécution* ». Cette disposition sera reprise dans les traités CEE et EURATOM¹⁶⁴. Envisagée comme la « *gardienne de la loi du Traité* »¹⁶⁵, la Cour de justice a pour fonction première d'assurer l'autonomie et l'indépendance de la Communauté européenne vis-à-vis des États membres¹⁶⁶.

Lors de son installation en décembre 1952, Jean MONNET évoque une « *Cour fédérale européenne suprême* » qui n'a pas pour objectif la représentation des intérêts nationaux. Au même titre que les autres institutions, la Cour de justice bénéficie de compétences propres

¹⁶⁰ La situation devrait changer avec le Protocole n° 15, non encore entré en vigueur, qui prévoit l'inscription du principe de subsidiarité dans le Préambule de la Convention.

¹⁶¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 192.

¹⁶² O. JACOT-GUILLARMOD, « Présentation générale », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1230 p., spéc. pp. 53-54.

¹⁶³ Note confidentielle sur la Cour de justice, 27 septembre 1950, sur le site du Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe : <http://www.cvce.eu>

¹⁶⁴ À la différence près que les articles 164 CEE et 136 EURATOM suppriment la référence aux règlements d'exécution et mentionnent alors que « *La Cour de Justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité* ».

¹⁶⁵ J. MONNET, Allocution lors de la séance inaugurale de la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Luxembourg, 10 décembre 1952, sur le site du Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe : <http://www.cvce.eu>

¹⁶⁶ Entretien avec le juge Ezio PERILLO, Bayonne, 15 avr. 2014.

afin de poursuivre la réalisation des objectifs de la Communauté¹⁶⁷. En tant que juridiction suprême, elle assure le maintien des compétences respectives des institutions communes¹⁶⁸. Elle est ainsi conçue comme une véritable juridiction constitutionnelle¹⁶⁹. En attestent les dispositions de l'article 95, alinéa 4, du traité CECA¹⁷⁰.

Des compétences d'attribution. En tant que « *gardienne du bien de la Communauté* »¹⁷¹, la Cour de justice n'a pas vocation à connaître de tous les litiges dans lesquels est en cause le droit communautaire. Son activité se limite en effet à ses compétences d'attribution. Concentrées sur la préservation de l'ordre juridique communautaire nouvellement créé, les compétences de la Cour en font le seul juge de la légalité des actes de la Haute Autorité. La Cour est alors un juge administratif¹⁷², et un recours en annulation calqué sur le recours pour excès de pouvoir français est prévu dans cet objectif¹⁷³.

Ainsi, le politique et l'économique relèvent de la Haute Autorité, alors que le juridique revient à la Cour, qui « *fera valoir la règle objective du droit face à des intérêts divergents* »¹⁷⁴. Cette compétence exclusive de la Cour de justice se retrouve également dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité¹⁷⁵, voulu obligatoire pour toutes les juridictions nationales, quel que soit leur rang dans la hiérarchie juridictionnelle nationale.

¹⁶⁷ L'article 37 du traité CECA évoque la sauvegarde des « *intérêts essentiels de la Communauté* ».

¹⁶⁸ Sur le principe de l'équilibre institutionnel, v. F. LE BOT, *Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne*, Thèse, Paris, 2012, 578 p.

¹⁶⁹ M. LAGRANGE, « La Cour de justice des Communautés européennes du plan Schuman à l'Union européenne », *op. cit.*

¹⁷⁰ Article 95, alinéa 4, du traité CECA : « *Ces modifications font l'objet de propositions établies en accord par la Haute Autorité et par le Conseil, statuant à la majorité des cinq sixièmes de ses membres, et soumises à l'avis de la Cour. Dans son examen, la Cour a pleine compétence pour apprécier tous les éléments de fait et de droit. Si, à la suite de cet examen, la Cour reconnaît la conformité des propositions aux dispositions de l'alinéa qui précède, elles sont transmises à l'Assemblée et entrent en vigueur si elles sont approuvées à la majorité des trois quart des voix exprimées et à la majorité des deux tiers des membres qui composent l'Assemblée* ».

¹⁷¹ J. BECH, Allocution lors de la séance inaugurale de la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *op. cit.*

¹⁷² E. ROUSSEL, *Jean Monnet*, *op. cit.*, p. 623.

¹⁷³ M. LAGRANGE, « La Cour de justice des Communautés européennes du plan Schuman à l'Union européenne », *op. cit.*

¹⁷⁴ J. BECH, Allocution lors de la séance inaugurale de la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *op. cit.*

¹⁷⁵ Article 41 du traité CECA : « *La Cour est seule compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité des délibérations de la Haute Autorité et du Conseil, dans le cas où un litige porté devant un tribunal national mettrait en cause cette validité* ».

Selon Joseph BECH, la Cour de justice remplira « *une triple fonction de juridiction internationale, d'instance préposée à l'ordre interne de la Communauté et de juridiction nationale* »¹⁷⁶. C'est en effet en tant que « *juge interne de la Communauté* »¹⁷⁷ que la Cour contrôle la légalité des décisions de la Haute Autorité. Dans cette perspective, un système de voies de recours est imaginé¹⁷⁸. Le recours en annulation bien sûr¹⁷⁹, mais également les recours en carence¹⁸⁰ et en responsabilité extracontractuelle de la Communauté¹⁸¹ traduisent son rôle de garant de l'ordre juridique communautaire. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité¹⁸² est également prévu dans le traité CECA. Le renvoi préjudiciel en interprétation¹⁸³ et le recours en constatation de manquement¹⁸⁴ seront introduits avec les traités CEE et EURATOM, et complètent l'architecture contentieuse des Communautés.

Le choix de la décentralisation juridictionnelle. Ainsi a été fait le choix de ne pas créer avec l'institution des Communautés, un réseau de juridictions chargées d'appliquer le droit issu du traité¹⁸⁵. Le juge communautaire étant cantonné aux compétences qui lui sont attribuées, cela suppose que l'application du droit communautaire « *pour tout le reste* » se fera devant les juridictions nationales¹⁸⁶.

En effet, « *la caractéristique essentielle du pouvoir judiciaire dans les Communautés est qu'il ne réside pas exclusivement dans la Cour de justice des Communautés, mais comprend, dans un même ensemble, la totalité des juridictions des États membres et cette*

¹⁷⁶ J. BECH, Allocation lors de la séance inaugurale de la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *op. cit.*

¹⁷⁷ M. LAGRANGE, « La Cour de justice des Communautés européennes du plan Schuman à l'Union européenne », *op. cit.*

¹⁷⁸ Discours de Robert SCHUMAN devant l'Assemblée nationale sur l'état des négociations concernant le plan Schuman, 25 juillet 1950, sur le site du Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe : <http://www.cvce.eu>

¹⁷⁹ Article 33 du traité CECA.

¹⁸⁰ Article 35 du traité CECA.

¹⁸¹ Article 34 du traité CECA.

¹⁸² Article 41 du traité CECA.

¹⁸³ Articles 177 CEE et 150 EURATOM.

¹⁸⁴ Articles 169 CEE et 141 EURATOM.

¹⁸⁵ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op.cit.* ; J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *RAE*, 1998, n° 1&2, pp. 3-8.

¹⁸⁶ Entretien avec le juge Ezio PERILLO, Bayonne, 15 avr. 2014.

*Cour de justice. Au point qu'il est à peine exagéré de dire que le juge communautaire de droit commun est le juge dans les États membres »*¹⁸⁷.

Une subsidiarité politique, économique et juridictionnelle. L'idée, lors de la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, et après elle de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, est pour les États de faire ensemble ce qu'ils ne parviennent pas à faire seuls¹⁸⁸. La subsidiarité politique – mise en commun de compétences – et économique – gestion commune des ressources¹⁸⁹ – sont alors accompagnées par la subsidiarité juridictionnelle.

La Cour de justice a vocation à faire ce que les juridictions nationales ne peuvent pas faire seules en raison de la dimension supranationale de la tâche à accomplir¹⁹⁰. Il est clair que seule une juridiction d'envergure européenne sera en mesure d'assurer la sauvegarde de l'ordre juridique communautaire, de garantir son autonomie et de veiller à l'uniformité d'application du droit issu des traités dans l'ensemble des États formant la Communauté¹⁹¹.

En définitive, si les juridictions nationales assurent l'application quotidienne du droit communautaire, le juge subsidiaire qu'est la Cour de justice a vocation à n'exercer que les compétences qui lui sont attribuées par le traité et qui doivent lui permettre de sauvegarder cet ordre juridique européen.

Remonter aux origines de la création des deux juridictions européennes permet de prendre la mesure de l'objectif qui leur est originairement assigné : elles sont toutes deux

¹⁸⁷ J. MERTENS de WILMARS, « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire », *Cah. dr. eur.*, 1976, pp. 135-148.

¹⁸⁸ Sur cette idée, v. notamment J. RIDEAU, « Compétences et subsidiarité dans l'Union européenne et les Communautés européennes », *Annuaire Européen d'Administration Publique*, Vol. XV, 1992, pp. 615-661, spéc. p. 624.

¹⁸⁹ Discours de Robert SCHUMAN devant l'Assemblée nationale sur l'état des négociations concernant le plan Schuman, *op. cit.*

¹⁹⁰ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 85.

¹⁹¹ R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 591-601, spéc. p. 600. L'auteur souligne que « cette solution du traité CECA, qui fait des juges nationaux les juges de droit commun de l'ordre juridique de l'Union et de la Cour de justice la garante de l'unité dans l'interprétation et l'application des traités, fut reprise par le Traité de Rome et continue à être, aujourd'hui, le pilier essentiel à la préservation de la nature même du droit institué par les traités ».

gardiennes des traités qui les ont instituées. La subsidiarité juridictionnelle signifie donc que le rôle joué par le juge européen est subsidiaire par rapport à celui des juges nationaux. Dans le même temps, elle implique que l'application du droit européen incombe régulièrement aux juridictions nationales. Dans l'étude de ce second volet de la subsidiarité juridictionnelle, la notion d'effet direct présente un intérêt fondamental.

§ 2. La subsidiarité juridictionnelle exprimée par l'effet direct du droit européen

La reconnaissance de l'effet direct des normes européennes investit le juge national de la mission nouvelle d'assurer le respect des droits que les particuliers tirent du droit européen. Afin de rechercher en quoi la fonction européenne du juge national dépend tout entière de la notion d'effet direct du droit européen¹⁹², il est utile de revenir dans un premier temps sur la reconnaissance de l'effet direct des normes européennes **(A)**, pour ensuite en envisager les effets sur la fonction du juge national **(B)**.

A. La reconnaissance de l'effet direct du droit européen

Le droit européen jouit depuis les origines d'un effet direct dans les ordres juridiques nationaux. Pour être en mesure d'en étudier les implications au regard de la subsidiarité juridictionnelle, il est indispensable d'en connaître les contours **(1)** ainsi que les conditions d'affirmation **(2)**.

1. La définition de l'effet direct

Distinction de l'applicabilité directe¹⁹³. La controverse quant à la définition de l'applicabilité directe¹⁹⁴, bien qu'elle puisse présenter un intérêt, n'est pas utile à la

¹⁹² Entretien avec le juge Stéphane GERVASONI, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

¹⁹³ Sur la notion d'applicabilité directe, v. les travaux de J. VERHOEVEN, « La notion d'"applicabilité directe" du droit international », *Revue belge de droit international*, 1980 – 2, pp. 243-264 ; A. VANDAELE et E. CLAES, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », Working Paper n° 15, *Institut de droit international, Université catholique de Louvain*, 2001.

¹⁹⁴ Selon le Professeur Joe VERHOEVEN, « l'applicabilité directe est un mécanisme de coexistence entre ordres juridiques qui garantit l'application automatique, dans les ordres internes, de règles conçues dans l'ordre international ». V. J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 510 p., p. 293.

démonstration¹⁹⁵. Il convient ainsi de considérer que l'applicabilité directe recouvre une double condition, tenant à la fois à l'applicabilité immédiate, qui suppose que la norme internationale ne nécessite aucune réception dans l'ordre juridique interne pour y être applicable, et à l'effet direct, qui signifie que la norme internationale crée des droits au profit des particuliers dont les juridictions nationales doivent assurer le respect.

Ainsi, l'effet direct n'est que l'un des deux éléments qui conditionnent l'applicabilité directe d'une norme dans l'ordre juridique national. Un bref rappel du contenu de la condition de l'applicabilité immédiate permettra de comprendre que seul l'effet direct présente un intérêt dans le cadre de la démonstration.

L'applicabilité immédiate. L'applicabilité immédiate de la norme internationale signifie que cette dernière est appliquée indépendamment de la législation des États, et ne suppose pas au préalable une réception de ses dispositions dans la législation nationale pour qu'elles soient applicables, ni même l'adoption de mesures d'exécution¹⁹⁶. Bien qu'elle affirme sa préférence pour cette option¹⁹⁷, la Cour européenne des droits de l'homme a « constaté plusieurs fois l'absence d'obligation d'intégrer la Convention aux systèmes juridiques nationaux »¹⁹⁸. Cette question relève du régime constitutionnel des États¹⁹⁹. En

¹⁹⁵ Pour une relativisation de la pertinence de la distinction entre applicabilité directe et effet direct en droit de l'Union européenne, v. J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, op. cit., pp. 295-296. Pour une démonstration fondée sur la distinction entre applicabilité directe et effet direct, à propos du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, v. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^{ème} éd., PUF, Paris, 2008, 843 p., pp. 181-193.

¹⁹⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 181-193.

¹⁹⁷ V. CourEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, § 239.

¹⁹⁸ CourEDH, 26 nov. 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, req. n° 13585/88, § 76.

¹⁹⁹ En droit français, l'intégration des normes internationales dans l'ordre juridique national est commandée par l'article 55 de la Constitution, qui dispose que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». De cette disposition constitutionnelle découle également le rang du droit international dans la hiérarchie des normes, qui occupe un rang supra législatif et infra-constitutionnel, dans la mesure où c'est la Constitution elle-même qui prévoit leur intégration dans l'ordre juridique interne. V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 183. C'est aussi dans l'article 55 de la Constitution française que le juge national trouve son habilitation à faire application des normes internationales. V. les opinions suggérant que l'habilitation du juge national découle du droit international lui-même : J. RIDEAU, « Constitution et droit international dans les États membres des Communautés européennes », *RFDC*, 1990, 2, p. 259 ; J. BOULOUIS, « A propos de l'arrêt *Nicolo* », *RGDIP*, 1990, 1, p. 91.

attestent les nombreux États dans lesquels la Convention a fait l'objet d'une transposition dans l'ordre juridique interne, tels que le Royaume-Uni, la Norvège, ou encore Malte²⁰⁰.

Les traités de l'Union sont également immédiatement applicables. À la différence de la Convention, ce sont les traités eux-mêmes qui règlent la question. Peu importe alors que l'État de destination soit moniste ou dualiste²⁰¹, toute réception des traités dans le droit interne par une norme de transposition est exclue.

L'effet direct. Cette seconde condition se réfère au contenu de la disposition internationale, qui doit créer des droits dans le chef des particuliers pour être directement applicable²⁰². L'effet direct doit être apprécié au regard de deux éléments : l'intention des auteurs²⁰³ et le caractère « *suffisamment précis* » de la disposition.

Concernant la Convention européenne, il apparaît clairement de la volonté des rédacteurs que cette dernière engendre des droits, non pas entre les États eux-mêmes, mais entre les États et leurs sujets de droit²⁰⁴. Son article premier prévoit, en effet, que les États « *reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». Le choix de conjuguer le verbe « reconnaître » à l'indicatif présent n'est pas anodin. Lors des travaux préparatoires, entre les deux propositions qui étaient en jeu, « *les États reconnaissent les droits* » et « *les États s'engagent à reconnaître les*

²⁰⁰ Sur cette question, v. notamment P.-M. MABAKA, « L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique », *RTD h.*, 2002, pp. 11-42.

²⁰¹ Depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, un titre XV est ajouté à la Constitution française, dont l'article 88-1 prévoit expressément la participation de la France à l'Union européenne.

²⁰² R. ABRAHAM, « L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative », in *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme*, *RUDH*, 1991, pp. 275-280, spéc. p. 275 : un traité international est d'effet direct « *lorsque les particuliers peuvent utilement s'en prévaloir devant le juge national, non seulement à l'encontre des dispositions normatives de droit interne, mais aussi directement à l'encontre des actes individuels* ». V. également H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *Revue belge de droit international*, 1996, p. 45.

²⁰³ J. VERHOEVEN, « Applicabilité directe des traités et "intention des parties" », in *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Bruxelles, Story – Scientia, 1991, pp. 895-905.

²⁰⁴ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1990, 128 p., spéc. pp. 11-13. V. aussi C. DOMINICÉ, « L'émergence de l'individu en droit international public », in *L'ordre juridique international, entre tradition et innovation*, Graduate institut publication, 1997, pp. 109-124 ; ainsi que V. VARDABASSO, « La Convention européenne des droits de l'homme », *Relations internationales*, 2007, n° 131, pp. 73-90.

droits », la première a été retenue²⁰⁵. De même, le degré de précision de la norme n'a pas posé de grandes difficultés.

La volonté des auteurs des traités instituant les Communautés européennes, de faire des individus des sujets du droit européen, ne fait pas non plus de doute. Il suffit de se référer au traité CECA, qui vise successivement les « *peuples* » et les « *utilisateurs du marché commun* »²⁰⁶, pour s'en convaincre. De même, les traités CEE et EURATOM visent directement les « *peuples européens* »²⁰⁷, les « *personnes* », les « *travailleurs* »²⁰⁸, et la « *population* »²⁰⁹. Qu'il s'agisse du droit primaire ou du droit dérivé, la triple condition de l'effet direct, bien établie par la jurisprudence de la Cour de justice, nécessite des dispositions « *claires, précises et inconditionnelles* »²¹⁰. Si l'intention générale des auteurs de conférer des droits aux particuliers est établie, il appartient néanmoins à la Cour de justice d'apprécier, au cas par cas, si les dispositions du droit de l'Union européenne présentent un effet direct. Il sera observé, plus avant, que la diversité et la particularité des dispositions du droit de l'Union ont conduit la Cour de justice à développer une jurisprudence fournie en la matière.

Dès lors, en ce qu'il permet aux individus de s'adresser directement à leurs juridictions nationales pour faire valoir des droits qu'ils tirent du droit européen, seul l'effet direct présente un intérêt dans le cadre de cette étude²¹¹.

²⁰⁵ « Faites entrer le témoin suivant », 1940-1958, De la résistance à la V^{ème} République (extraits du chapitre III, Itinéraire européen) dans P.-H. TEITGEN, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Confluences, coll. « Voix de la cité », 2000, 61 p., spéc. pp. 49-51.

²⁰⁶ V. notamment le Préambule et l'art. 3 du traité CECA.

²⁰⁷ V. CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 23 : « Le préambule du traité qui, au-delà des gouvernements, vise les peuples, et de façon plus concrète par la création d'organes qui institutionnalisent des droits souverains dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens (...) ».

²⁰⁸ V. notamment le Préambule et l'art. 3 du traité CEE.

²⁰⁹ V. notamment le Préambule et l'art. 2 du traité EURATOM.

²¹⁰ Parmi une jurisprudence fournie et pour observer l'évolution de cette triple condition, v. CJCE, 26 fév. 1986, *Marshall*, aff. C-152/84, *Rec.*, p. I-723, pt. 46 ; CJCE, 8 avr. 1976, *Defrenne*, aff. C-43/75, *Rec.*, p. I-455 ; CJCE, 12 déc. 1990, *P. Kaefer et A. Procacci*, aff. jtes. C-100/89 et 101/89, *Rec.*, p. I-4647 ; CJCE, 17 sept. 1996, *Cooperativa Agricola Zootechnica S Antonio e.a.*, aff. jtes. C-246/94 à C-249/94, *Rec.*, p. I-4400, pt. 9 ; CJCE, 5 oct. 2004, *Pfeiffer e.a.*, aff. jtes. C-397/01 à C-403/01, *Rec.*, p. I-8835, pts. 103 et 109.

²¹¹ Entretien avec le juge Stéphane GERVASONI, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014 : « Sur la question de la base juridique de la subsidiarité juridictionnelle, le concept-clé qu'il faut avoir à l'esprit est celui de l'effet direct : il n'y a d'application du droit de l'Union par les juridictions nationales comme juridictions de droit commun du droit de l'Union que parce que le droit de l'Union est invocable devant elles ».

2. L'affirmation de l'effet direct

Convention européenne des droits de l'homme. Si l'effet direct est énoncé par Pierre-Henri TEITGEN lors des travaux préparatoires de la Convention, le principe n'est toutefois pas clairement affirmé par la Cour²¹², alors même qu'elle aurait pu le déduire des articles 1 ou 13 de la Convention. Le premier indique, en effet, que « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés* » définis par la Convention. Le second, quant à lui, consacre « *le droit à un recours effectif devant une instance nationale [à] toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés* ».

Quelques allusions seulement peuvent être observées dans sa jurisprudence, par exemple lorsque le juge de la Convention affirme qu'« *en substituant le mot "reconnaissant" à "s'engageant à reconnaître" dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer [...] que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des États contractants* »²¹³. L'effet direct de la Convention européenne des droits de l'homme ne fait néanmoins aucun doute pour les juridictions nationales. Ces dernières l'ont admis sans difficulté, à l'image de la Cour de cassation française, qui affirme dès 1975 que la Convention, « *régulièrement promulguée en France, confère des droits directs aux personnes relevant de la juridiction française* »²¹⁴.

Droit de l'Union européenne. La Cour a très tôt affirmé le principe de l'effet direct du droit de l'Union européenne, dans le célèbre arrêt *Van Gend en Loos*²¹⁵. Aux côtés du principe de primauté²¹⁶, l'effet direct est l'un des principes fondamentaux de la construction

²¹² O. JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1230 p., spéc. p.58.

²¹³ CourEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, A n° 25, p. 91, § 239 ; CourEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, A n° 113, p. 22, § 48.

²¹⁴ Concernant les juridictions françaises, v. Cass. Crim., 3 juin 1975, *Respino*, Bull. crim., n° 141, p. 382 ; Cass. Crim., 30 juin 1976, *Eisner, Glaser, Muñoz-Rojo*, JCP, 1976, II, 18435. Pour le Conseil d'État français, se reporter aux travaux suivants : F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *op. cit.*, et R. ABRAHAM, « L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative », *op. cit.*

²¹⁵ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3.

²¹⁶ CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

de l'Union européenne, qui marque également sa particularité, comme le souligne la Cour de justice dans son *avis 2/13* du 18 décembre 2014²¹⁷.

Se fondant sur « *l'esprit, l'économie et les termes* »²¹⁸ du traité CEE, la Cour confirme que le droit communautaire crée des droits qui « *entrent dans le patrimoine juridique* »²¹⁹ des particuliers et que ces derniers sont en mesure d'invoquer devant leurs juridictions nationales. La Cour affirme, dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, la présomption d'effet direct à l'égard du droit primaire, présomption qui pourra tomber au cours d'un examen au cas par cas des dispositions des traités. Pour les règlements, la question est réglée dans l'arrêt *Politi*²²⁰, dans lequel le juge communautaire reconnaît un effet direct aux règlements dans leur ensemble²²¹.

Concernant le reste du droit dérivé, la situation est plus complexe et fait l'objet d'une riche jurisprudence de la Cour de justice. Pour les directives, le principe est celui de l'absence d'effet direct²²², ces actes de droit de l'Union impliquant par nature leur intégration dans l'ordre juridique national par l'adoption d'actes de transposition. Dans son arrêt *Franz Grad*²²³, la Cour évoque pourtant la possibilité d'étendre l'effet direct des règlements aux autres normes de droit dérivé, dont les directives. La Cour reconnaît ensuite l'effet direct vertical des directives, fondé sur l'effet utile et le défaut d'exécution²²⁴, mais leur dénie tout effet direct horizontal²²⁵. Pour pallier le principe de leur absence d'effet direct, la Cour développe une jurisprudence propre à l'invocabilité²²⁶ des directives, au titre desquelles

²¹⁷ CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *avis 2/13*, concernant le projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. V. également CJUE, 8 mars 2011, *avis 1/09*, *Rec.*, p. I-01137 (concerne le projet d'accord visant à la création d'une juridiction du brevet européen).

²¹⁸ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 22.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 23.

²²⁰ CJCE, 14 déc. 1971, *Politi*, aff. 43/71, *Rec.*, p. 1039.

²²¹ L'effet direct des règlements est actuellement prévu par l'art. 288 TFUE.

²²² J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, op. cit., pp. 301-303.

²²³ CJCE, 6 oct. 1970, *Franz Grad*, aff. 9/70, *Rec.*, p. 825.

²²⁴ CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec.*, p. 1337.

²²⁵ CJCE, 26 fév. 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Rec.*, p. 723.

²²⁶ V. les développements in O. DUBOS, C. LAURENT-BOUTOT, « Le rôle du juge de droit commun dans l'application du droit externe : la composition des ordres juridiques », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 741-769, spéc. pp. 752 et s.

l'invocabilité par le levier de l'interprétation conforme²²⁷, l'invocabilité de réparation²²⁸, ou encore l'invocabilité d'exclusion²²⁹. L'œuvre de la Cour de justice a ainsi contribué à étendre l'effet direct à la majorité des normes de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Une fois l'effet direct des dispositions conventionnelles et du droit de l'Union européenne admis, il importe d'en observer les conséquences au regard de la subsidiarité juridictionnelle.

B. Les conséquences de l'effet direct du droit européen

La première conséquence de l'effet direct du droit européen réside dans son invocabilité par les individus directement devant leurs juridictions nationales, qui fait ainsi du juge national, le juge européen de droit commun **(1)**. Cela implique, dans un second temps, une mutation du rôle du juge national dans son ordre juridique interne **(2)**.

1. La reconnaissance du juge national en tant que juge européen de droit commun

Le principe. L'effet direct, en permettant à la norme européenne de créer des droits dans le chef des particuliers²³⁰, que ces derniers vont alors être en mesure de faire valoir devant leurs tribunaux nationaux²³¹, place le juge national dans le rôle de juge européen de droit commun. Le jeu de l'effet direct du droit européen implique, en effet, qu'il appartient en premier lieu aux juridictions nationales, tant de garantir les droits et libertés inscrits dans la Convention que de veiller au respect des droits que les individus tirent du droit de l'Union. Autrement dit, « *il n'y a d'application du droit [européen] par les juridictions nationales*

²²⁷ CJCE, 10 avr. 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, *Rec.*, p. 1891 ; CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, aff. 106/89, *Rec.*, p. I-4135. V. D. SIMON et A. RIGAUD, « L'arrêt Marshall II et l'effet direct des directives : une solution d'espèce à une question de principe », *Europe*, oct. 1993, chron. n° 9.

²²⁸ CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes. C-6/90, *Rec.*, p. I-5357.

²²⁹ CJCE, 18 déc. 1997, *Inter-environnement Wallonie*, aff. C-129/96, *Rec.*, p. I-7411.

²³⁰ F. PICOD, « Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels », in *50^{ème} anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, Actes du colloque*, Luxembourg, 13 mai 2013, pp. 81 et s., en ligne : http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf

²³¹ R. ABRAHAM, « L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative », *op. cit.*

*comme juridictions de droit commun que parce que le droit [européen] est directement invocable devant elles »*²³².

La proximité du juge national. Faire du juge national le juge naturel du droit européen correspond au versant de la subsidiarité juridictionnelle qui ordonne que le premier juge compétent pour connaître d'une affaire est le juge se situant au plus près du litige. Or c'est bien ce que permet l'effet direct.

Parce que le droit de la Convention et le droit de l'Union créent directement des droits dans le chef des particuliers, ces derniers sont directement invocables par les justiciables devant leurs juridictions nationales, qui sont « *en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer* »²³³. C'est ce que rappelle régulièrement la Cour de justice par la formule selon laquelle, dans le cadre du renvoi préjudiciel, « *le juge national, qui est le seul à avoir une connaissance directe des faits de l'affaire, est le mieux placé pour apprécier [...] la nécessité d'une décision préjudicielle pour rendre son jugement* »²³⁴.

L'effet direct a donc pour conséquence de faire du juge national le juge européen de droit commun. Cette nouvelle fonction, acquise hors de son ordre juridique national, emporte des conséquences sur l'office de ce dernier.

2. La mise en œuvre de la compétence européenne du juge national

Le principe de primauté. Si l'effet direct de la norme européenne offre *de facto* un titre à statuer au juge national, ce dernier, dans l'exercice de sa compétence, ne peut faire fi de la question de la primauté, qui influencera sa façon d'appliquer la norme européenne²³⁵. Les

²³² Entretien avec le juge Stéphane GERVASONI, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

²³³ V. parmi de nombreuses décisions : CourEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, GACEDH, n° 7, § 4 ; CourEDH, 21 fév. 1986, *James et al. c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79, § 46 ; CourEDH, 10 nov. 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 44774/98 ; CourEDH, 1^{er} juil. 2014, *S.A.S c. France*, req. n° 43835/11.

²³⁴ V. parmi de nombreux exemples : CJCE, 22 nov. 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, pt. 34, Rec. p. I-0998 ; CJCE, GC, 21 fév. 2006, *Ritter-Coulais*, aff. C-152/03, Rec. p. I-01711, pt. 14 ; CJUE, 24 oct. 2013, *Stoiloviko*, aff. C-180/12, pt. 37 et CJUE, 28 nov. 2018, *Amt Azienda Trasporti e mobilita e.a.*, aff. C-328/17, pt. 31.

²³⁵ M. STRUYS et L. FLYNN, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : la dimension juridictionnelle », *op. cit.*

juges européens ont, chacun, affirmé la primauté du droit issu de leur ordre juridique respectif sur tout le droit interne.

La primauté de la Convention sur l'ensemble du droit national a été consacrée par la Cour européenne dans une décision de 1987, dans laquelle elle considère que l'ensemble des normes nationales doivent respecter la Convention, qu'elles soient législatives ou même constitutionnelles²³⁶. La Cour de justice a également très tôt affirmé la primauté²³⁷ du droit communautaire sur le droit national, dans son célèbre arrêt *Costa c. E.N.E.L*²³⁸, pour ensuite expliquer que le principe vaut pour l'ensemble du droit national, normes constitutionnelles incluses²³⁹. Inhérent au droit communautaire²⁴⁰, le principe de primauté revêt un caractère absolu²⁴¹.

Pour les juridictions nationales cependant, c'est la Constitution qui demeure la norme suprême de l'ordre juridique interne. Si la Cour de cassation²⁴² et le Conseil d'État²⁴³ admettent la supériorité du droit international et européen sur les dispositions législatives nationales en application de son article 55, la Constitution demeure néanmoins la norme bénéficiant de la primauté dans l'ordre interne²⁴⁴. Les jurisprudences judiciaire *Fraisse*²⁴⁵ et

²³⁶ CourEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, série A, n° 113. V. également CourEDH, 29 oct. 1992, *Open Door c. Irlande*, GACEDH, n° 72 ; CourEDH, 1^{er} juil. 1997, *Gitonas et autres c. Grèce*, Rec. 1997-IV ; CourEDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, GACEDH, n° 6, § 29-30 ; CourEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c. France*, GACEDH, n° 29.

²³⁷ Sur le principe de primauté en droit de l'Union européenne, v. D. CARREAU, « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? », *RTD eur.*, 1978, pp. 381 s. ; D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p ; V. CONSTANTINESCO, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatsintegration, Gedächtnisschrift für L.-J. CONSTANTINESCO*, Carl Heymanns Verlag, 1983, pp. 109 s. ; B. de WITTE, « Retour à "Costa", la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTD eur.*, 1984, pp. 425 et s. ; D. RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTD eur.*, 2005, pp. 285 et s. ; D. RITLENG, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTD eur.*, 2009, pp. 677 et s.

²³⁸ CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

²³⁹ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, *Rec.*, p. I-1125.

²⁴⁰ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, *Rec.*, p. 629.

²⁴¹ CJCE, 13 juil. 1972, *Commission c. Italie*, aff. C-48/71, *Rec.*, p. 529.

²⁴² Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, D, 1975, 496, concl. A. TOUFFAIT.

²⁴³ CE, Ass. plén., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *Rec.*, p. 190.

²⁴⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 184-186.

²⁴⁵ Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisse e.a.*, 99-60.274, Publié au bulletin.

administrative *Sarran et Levacher*²⁴⁶ sont établies en la matière. Cette position se comprend aisément par le fait que les juridictions nationales se refusent à opérer un contrôle de conventionnalité de la Constitution, dont elles tirent leur habilitation à statuer.

L'élargissement de l'office du juge national²⁴⁷. La compétence européenne du juge national trouve ses fondements dans les principes d'effet direct et de primauté du droit européen dans l'ordre juridique national²⁴⁸. Dès lors que dans la fonction du juge national, est incluse celle de trancher des litiges dans lesquels l'application du droit européen est en cause, ce dernier n'est plus seulement mis au service de l'ordre juridique interne, mais désormais également des ordres juridiques européens. Le juge national voit son office élargi, dans la mesure où s'ajoute à ses tâches traditionnelles, celle d'assurer le respect des droits que les particuliers tirent du droit européen²⁴⁹.

Une seconde dimension de la fonction juridictionnelle des juridictions nationales apparaît alors. L'effet direct, en ce qu'il crée des droits au profit des particuliers que le juge national est tenu de sauvegarder, accorde à ce dernier de nouveaux pouvoirs qui viennent s'ajouter aux missions attachées à la fonction juridictionnelle traditionnelle²⁵⁰. Ce dernier doit à ce titre non seulement écarter l'application de toute norme nationale contraire ou incompatible avec le droit européen²⁵¹, mais encore interpréter les règles nationales conformément aux dispositions européennes utiles²⁵², et enfin réparer le préjudice subi du fait

²⁴⁶ CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher e.a.*, *Rec.*, p. 368.

²⁴⁷ Sur cette question, v. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.*

²⁴⁸ M. STRUYS, L. FLYNN, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : la dimension juridictionnelle », *op. cit.*

²⁴⁹ Sur cette question, v. A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, *op. cit.*, et O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.*

²⁵⁰ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.*, pp. 123-246.

²⁵¹ Pour l'UE et l'éviction de règles nationales contraires, v. CJCE, 5 avr. 1979, *Ratti*, aff. C-148/78, *Rec.*, p. 1629 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 3^{ème} éd., 2001, pp. 309 s. Pour des exemples d'éviction de lois nationales incompatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme par des juridictions nationales, v. CA Limoges, 13 mars 2000, *Saint-Damien c. CMSA Corrèze*, D, 2000, IR, 127 et CAA Nancy, 5 déc. 2000, *Caisse primaire d'assurance maladie de Metz et Caisse régionale d'assurance vieillesse d'Alsace-Moselle*, *AJDA*, 2001, 278, note P. ROUSSELLE ; Cass. crim., 4 sept. 2001, *Amaury*, n° 00-85.239.

²⁵² CJCE, 10 avr. 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, *Rec.*, p. 1891. V. Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *RFDA*, 1988, pp 1 s. V. également R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire. L'exemple français*, Thèse, Université Rennes I, 1994, p. 116.

du non respect du droit européen par les autorités nationales²⁵³. Dans sa fonction de juge naturel de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge national est également amené à « *enrichir* »²⁵⁴ le droit national, voire à le « *compléter* »²⁵⁵ face à ses insuffisances ou lacunes²⁵⁶.

L'histoire des Cours européennes renseigne ainsi sur l'esprit de subsidiarité juridictionnelle qui transparaît déjà dans la genèse de la construction des ordres juridiques européens, et a présidé à l'émergence d'un système juridictionnel européen fondé sur un double niveau d'intervention, national et européen. Cette répartition fait des juges de Strasbourg et Luxembourg les garants des ordres juridiques nouvellement créés, dont l'action est subsidiaire par rapport aux juridictions des États, et place ces dernières en tant que juges de droit commun du droit européen.

Dès lors, si le droit positif ne consacre pas *expressis verbis* la subsidiarité juridictionnelle, la question de ses sources peut être résolue en se fondant sur l'idée de l'évidence²⁵⁷ de cette dernière. La subsidiarité juridictionnelle n'est dès lors pas simplement « *tacite* »²⁵⁸ ou implicite²⁵⁹, elle est « *évidente* »²⁶⁰. Elle guide la mise en place des deux juridictions européennes et fonde dans le même temps la compétence européenne des juridictions nationales, *via* les principes d'effet direct et de primauté du droit européen. Pour

²⁵³ CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes C-6/90, *Rec.*, p. I-5357. V. D. SIMON et A. BARAV, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », *RMC*, 1987, pp. 165 et s.

²⁵⁴ CE, 3 juil. 1998, *Bitouzet*, *RFDA*, 1998, 1243, concl. R. ABRAHAM.

²⁵⁵ Cass. plén., 11 déc. 1992, *Marc X... et René X...*, *JCP*, 1993, II, 21991.

²⁵⁶ R. DE GOUTTES, « La CEDH et le juge français », *RIDC*, 1999, pp. 7 s.

²⁵⁷ Pour une évocation de l'évidence du principe de subsidiarité dans l'ordre juridique de l'Union européenne, v. M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, pp. 131-200, spéc. p. 136, où l'auteur indique à propos du principe de subsidiarité : « *bien qu'il paraisse s'imposer de soi* ».

²⁵⁸ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 26, à propos du principe de subsidiarité dans le droit de l'Union européenne.

²⁵⁹ Sur le caractère implicite du principe de subsidiarité avant son inscription dans le traité de Maastricht, v. E. MATTINA, « Subsidiarité, démocratie et transparence », *RMUE*, 1992, n° 4, pp. 203-213, spéc. pp. 205 et s. et J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, Coll. « Le Droit en questions », 1997, 128 p.

²⁶⁰ Entretien avec le juge Jean-Claude. BONICHOT, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

reprendre les mots du juge Jean-Claude BONICHOT, la subsidiarité juridictionnelle « *découle de la logique même du système (...) elle n'a pas besoin de points d'encrage* »²⁶¹.

Il n'est pas inutile cependant de poser la question de sa base juridique²⁶², afin de ne pas laisser penser que la subsidiarité juridictionnelle ne serait qu'une idée vaporeuse et pour démontrer qu'elle a une existence en droit. À cet égard, la recherche des manifestations de la subsidiarité juridictionnelle dans les textes et la jurisprudence européens devrait permettre de révéler sa réalité juridique.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Entretien avec le juge Stéphane GERVASONI, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

SECTION 2. L'EXISTENCE DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE

Parce qu'elle est inhérente à la logique des systèmes européens, la subsidiarité juridictionnelle n'a jamais fait l'objet d'une consécration expresse dans les traités. La question de sa base juridique se pose néanmoins, et une observation attentive des textes permet d'en trouver des traces écrites.

Ces indicateurs textuels, ces « *traces de subsidiarité* »²⁶³ juridictionnelle, reflètent l'esprit de subsidiarité juridictionnelle qui irrigue le projet européen tout entier (§ 1). De même, dans la jurisprudence des Cours européennes, le mot n'est pas employé, mais un certain nombre d'indications confirment que l'intervention des juridictions nationales et européennes est articulée autour de la subsidiarité (§ 2).

§ 1. L'existence textuelle de la subsidiarité juridictionnelle

Si l'expression ne figure pas dans les traités, la subsidiarité juridictionnelle n'y reste pas moins inscrite en filigrane. Certaines règles portent en effet l'empreinte de la subsidiarité qui commande l'organisation des systèmes juridictionnels européens. Ces règles sont d'ordre procédural et diffèrent dans l'ordre juridique de la Convention (A) et de l'Union (B).

A. Les révélateurs de la subsidiarité juridictionnelle dans la Convention européenne des droits de l'homme

Le Protocole n° 15, dont l'article premier inscrit le principe de subsidiarité dans le Préambule de la Convention²⁶⁴, n'est pour l'heure pas entré en vigueur, faute de ratification

²⁶³ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER*, Paris, Pedone, 2008, pp. 219-231, p. 227. V. également F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Publications du Centre universitaire de Luxembourg, 1998, pp. 72 et s.

²⁶⁴ Article 1^{er} du Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme modifiant le Préambule de la Convention en y ajoutant un considérant : « *Affirmant qu'il incombe au premier aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir les 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* ».

par l'ensemble des États parties à la Convention²⁶⁵. Le principe de subsidiarité demeure dès lors sans base juridique expresse.

Néanmoins, inscrite dans le Préambule de la Convention, l'idée de « *garantie collective* » met déjà sur la piste d'un système juridictionnel fondé sur la subsidiarité²⁶⁶. Plus concrètement, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes **(1)** et le droit à un recours effectif **(2)** concrétisent au plan procédural « *l'esprit de subsidiarité* »²⁶⁷ qui préside au déploiement du système européen de garantie des droits.

1. L'épuisement préalable des voies de recours internes

L'origine de la règle. L'article 35, paragraphe 1, de la Convention (ex-article 26) prévoit que « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus (...)* ». Cette condition de recevabilité²⁶⁸ des recours portés devant la Cour européenne des droits de l'homme est une règle traditionnelle de droit international. Elle répond à la préoccupation des États de voir les juridictions internationales n'intervenir que subsidiairement par rapport aux mécanismes nationaux de protection des droits.

Il s'agit donc de « *l'application particulière d'une règle de droit international général, à laquelle la jurisprudence reconnaît au demeurant un caractère coutumier* »²⁶⁹. La raison d'être de cette règle est à rechercher dans la préservation de la souveraineté des États²⁷⁰, qui

²⁶⁵ En novembre 2020, ne manque qu'une ratification, celle de l'Italie.

²⁶⁶ V. C. PICHERAL « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, 412 p., p. 114 : « *la subsidiarité "ascendante" exprimée par la création même d'un mécanisme de garantie collective, en vue d'un développement des droits de l'homme* ».

²⁶⁷ P. J. C. KAPTEYN, « Community Law and the principle of subsidiarity », *RAE*, 1991, n° 35, p. 38.

²⁶⁸ Pour un aperçu de la controverse liée à la nature de la règle, v. O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 63-130, spéc. pp. 73-77.

²⁶⁹ M. VERDUSSEN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel », in *Liber Amicorum Marc-André EISSEN*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 435-451. La CIJ a consacré le caractère coutumier de cette règle : CIJ, 22 juil. 1952, *Anglo-Iranian Oil Company*, *Rec.* 1952, p. 93 ; CIJ, 19 mai 1953, *Ambatielos*, *Rec.* 1953, p. 10 ; CIJ, 21 mars 1959, *Interhandel*, *Rec.* 1959, p. 27.

²⁷⁰ E. PICARD, « Commentaire de l'article 26 », *op. cit.*, p. 592.

peuvent renoncer à en bénéficier, et doit leur permettre de procéder aux réparations des violations des droits avant d'encourir une sanction d'origine internationale.

La signification de la règle. La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes conditionne la recevabilité des recours introduits à Strasbourg. Elle signifie qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales de réparer les violations de la Convention²⁷¹. Pour la Cour, il est indispensable qu'avant sa saisine, « *la situation relative à la question en jeu ait fait l'objet d'une décision définitive au niveau interne, faute de quoi le principe de subsidiarité en serait atteint* »²⁷². Dans la mesure où l'exécution des obligations conventionnelles repose principalement sur le niveau national, ce n'est qu'en cas de défaillance de ses autorités, au premier rang desquelles les autorités juridictionnelles²⁷³, que l'État pourra voir sa responsabilité engagée devant la Cour européenne²⁷⁴. Selon le Professeur Frédéric SUDRE, c'est une règle « *sécurisante pour les États [qui] équilibre l'audace de la reconnaissance du droit de recours individuel* »²⁷⁵.

Cette règle recouvre une double dimension verticale et horizontale²⁷⁶. Elle implique que le requérant « *doit avoir tenté toute la hiérarchie juridictionnelle prévue par la loi* » et utilisé tous les « *recours normalement disponibles et suffisants dans l'ordre juridique interne* »²⁷⁷, mais également que ce dernier ait mis les autorités nationales en mesure de remédier aux prétendues violations. Le juge de Strasbourg considère, en effet, que « *les États n'ont pas à répondre de leurs actes devant un organisme international avant d'avoir eu la possibilité de*

²⁷¹ J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme – Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013, spéc. p. 49. V. également CourEDH, 18 sept. 2009, *Varnava et a. c. Turquie*, req. n° 16064/90 et a., § 164 : « *Il est dans l'intérêt du requérant et de l'efficacité du mécanisme de la Convention que les autorités internes, qui sont mieux placées pour ce faire, prennent des mesures pour redresser les manquements allégués à la Convention* ».

²⁷² Pour deux exemples récents, v. CourEDH, 11 déc. 2018, *Lekic c. Slovénie*, req. n° 36480/07, § 65 et CourEDH, 29 janv. 2019, *Ebru Dinçer c. Turquie*, req. n° 43347/09, § 47.

²⁷³ J.-M. SAUVÉ, Intervention dans le cadre du Séminaire « *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?* », *Dialogue entre juges*, 30 janv. 2015, Strasbourg, p. 27 : « *Parmi les autorités auxquelles s'adresse le principe de subsidiarité, les juges nationaux occupent une place spéciale* ».

²⁷⁴ V. notamment : CourEDH, 20 janv. 2000, *Yahiaoui c. France*, req. n° 30962/96.

²⁷⁵ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 55.

²⁷⁶ M. PUÉCHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, vol. II, 2004, pp. 1299-1315, spéc. p. 1301.

²⁷⁷ CourEDH, GC, 16 sept. 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, req. n° 21893/93, § 65. V. aussi M. PUÉCHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », op. cit., pp. 1300-1301.

redresser la situation dans leur ordre juridique interne »²⁷⁸. Pour cela, le requérant doit formuler devant les autorités nationales, au moins en substance, les griefs qui seront susceptibles d'être invoqués devant la Cour européenne des droits de l'homme²⁷⁹. Le Professeur Frédéric SUDRE évoque, à cet égard, un double « *épuisement des griefs* » et « *des instances* »²⁸⁰.

L'expression de la subsidiarité juridictionnelle²⁸¹. La règle de l'article 35, paragraphe 1, de la Convention met en lumière l'existence de « *deux phases successives* »²⁸² dans la garantie des droits et libertés de la Convention. La première, nationale, apparaît comme essentielle. Exprimant la complémentarité du recours à la juridiction européenne, l'épuisement des voies de recours internes illustre la subsidiarité juridictionnelle au plan procédural²⁸³. La Cour européenne des droits de l'homme insiste d'ailleurs sur les caractères « *primordial* » de la subsidiarité du contrôle européen et « *indispensable* » de cette règle au sein du mécanisme conventionnel²⁸⁴.

Renvoyant à la fonction du juge national en tant que juge naturel de la Convention, l'épuisement préalable des voies de droit nationales s'inscrit dans « *une triple logique de proximité avérée, de justesse présumée et d'efficacité supposée* »²⁸⁵. Cette observation du Professeur Marc VERDUSSEN confirme l'idée selon laquelle cette règle est une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle dans son versant procédural. Si la subsidiarité ne dit rien de la justesse, la proximité et l'efficacité sont bien les deux faces d'une même pièce²⁸⁶. Le juge

²⁷⁸ CourEDH, GC, 25 mars 2014, *Vučković et autres c. Serbie*, req. n° 17153/11, § 70.

²⁷⁹ CourEDH, GC, 21 janv. 1999, *Fressoz c. France*, req. n° 2918395, § 37.

²⁸⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 335.

²⁸¹ Le lien entre la subsidiarité du contrôle juridictionnel de la Convention et la règle de l'épuisement préalable des recours internes est clairement établi par la doctrine. V. S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », op. cit., p. 69 : « 1.1.2. La logique originellement subsidiaire imposée par l'épuisement préalable des recours internes ».

²⁸² D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, op. cit., p. 255.

²⁸³ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 55.

²⁸⁴ CourEDH, GC, 25 mars 2014, *Vučković et autres c. Serbie*, req. n° 17153/11, § 69.

²⁸⁵ M. VERDUSSEN, « La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité », in F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 318.

²⁸⁶ M. VERDUSSEN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel », op. cit., p. 436 : la règle de l'épuisement préalable des recours internes repose sur « l'idée que les procédures nationales jouissent d'une présomption de plus grande efficacité ».

de la Convention abonde en ce sens lorsqu'il exprime, au sujet de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, qu'il « *n'est pas une juridiction de première instance* » et qu'il n'a pas vocation à effectuer « *les tâches qui, par principe et dans un souci d'effectivité, incombent aux juridictions internes* »²⁸⁷.

Le juge national jouit effectivement d'une proximité avec les individus, les circonstances de l'affaire et le droit applicable, qui lui procure une légitimité dont ne bénéficie pas une juridiction internationale²⁸⁸. De cette proximité découle une efficacité présumée de ses décisions, en ce qu'elles sont mieux acceptées²⁸⁹ et exercent une contrainte plus directe. Or le tandem proximité – efficacité est l'une des marques de la subsidiarité, dès lors que l'on comprend cette dernière comme la recherche du meilleur niveau de décision. Le prolongement de la règle de l'épuisement préalable des voies de droit nationales est à rechercher dans l'obligation faite aux États d'offrir des voies de recours effectives devant les instances nationales²⁹⁰.

2. Le droit à un recours effectif

Le lien avec la règle de l'épuisement des voies de recours internes. L'article 13 de la Convention²⁹¹ prévoyant le droit à un recours effectif entretient d'« *étroites affinités* »²⁹² avec la règle de l'article 35, paragraphe 1. En effet, si le requérant qui se présente devant le juge de la Convention doit avoir épuisé les recours offerts par son droit national, encore faut-il que

²⁸⁷ CourEDH, GC, 25 mars 2014, *Vučković et autres c. Serbie*, req. n° 17153/11, § 70 et CourEDH, GC, 1^{er} mars 2010, *Demopoulos e.a. c. Turquie*, req. n° 46113/99, § 69.

²⁸⁸ Sur le lien entre proximité et légitimité du juge, v. P. FLORES et B. BERNABÉ, « Le juge d'instance, un office d'équité ? », in *Être juge aujourd'hui*, Institut des hautes études sur la justice, Compte rendu par S. PERDRIOLLE et C. KADRI, en ligne : <http://ihej.org/seminaires-passes/etre-juge-aujourd'hui/le-juge-dinstance-un-office-dequite/>

²⁸⁹ B. MERCADAL, « La légitimité du juge », *RIDC*, 2002, vol. 54, n° 2, pp. 277-291, spéc. p. 278. L'auteur explique que « *c'est donc bien l'appréciation portée sur la décision du juge qui fonde la légitimité du juge [...] qu'il soit national ou international* ».

²⁹⁰ Le droit au recours effectif est garanti par l'article 13 de la Convention. V. M. PUÉCHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme *op. cit.*, p. 1299.

²⁹¹ L'article 13 de la Convention prévoit que « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ».

²⁹² CourEDH, GC, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96.

ces derniers soient effectifs. Si tel n'est pas le cas, la condition de l'épuisement des voies de recours nationales ne tient plus et la requête devient recevable à Strasbourg. Autrement dit, « la règle de l'article 13 [constitue], dans le droit interne, la base nécessaire de l'obligation prescrite à l'article [35 § 1] »²⁹³. Ces deux règles sont des garanties pour l'État, qui « doit pouvoir d'abord redresser le grief allégué par ses propres moyens dans le cadre de son ordre juridique interne »²⁹⁴.

La nature de la règle. L'exigence de recours internes effectifs est « à la fois une obligation et une garantie »²⁹⁵ pour les États. L'article 13 crée, en effet, une obligation positive à la charge des États de mettre à disposition des individus des recours effectifs, dont l'usage leur permettra d'obtenir la réparation des violations de la Convention dont ils sont victimes. Cette exigence offre également une garantie aux États, puisque le mécanisme de contrôle institué au niveau national doit permettre de redresser les violations de la Convention à leur source²⁹⁶. Les recours internes sont supposés se substituer au recours devant la juridiction européenne, la réparation de la violation par les autorités nationales empêchant que l'affaire ne soit portée à Strasbourg²⁹⁷.

La question de la nature de l'exigence posée par l'article 13 n'est cependant pas tranchée. Le droit à un recours effectif est-il un droit subjectif dans le chef des individus ou un mode procédural de sauvegarde des droits ? La doctrine semble s'accorder sur le caractère hybride de cette règle, qui à la fois garantit « un droit général de recours »²⁹⁸ à tout individu qui se prétend victime d'une violation des droits substantiels protégés par la Convention, et se présente comme « un mode de sanction et de sauvegarde des droits consacrés par les articles

²⁹³ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, Complément, Tome VII, Bruylant, Bruxelles, 1990, 1185 p., p. 95.

²⁹⁴ CommEDH, 2 sept. 1959, *Nielsen c. Danemark* (déc.), Ann. Conv., II, 413.

²⁹⁵ G.-A. RUSU, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Montpellier, 2013, spéc. p. 319.

²⁹⁶ A. DRZEMCZEWSKI, C. GIAKOUMOPOULOS, « Commentaire de l'article 13 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1230 p., pp. 455-474, spéc. p. 455.

²⁹⁷ G.-A. RUSU, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 375 et s.

²⁹⁸ A. DRZEMCZEWSKI, C. GIAKOUMOPOULOS, « Commentaire de l'article 13 », op. cit., p. 457.

2 à 12 de la Convention et 1 à 3 du Protocole additionnel »²⁹⁹. La lecture des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme fait néanmoins pencher la balance à l'avantage du caractère institutionnel et procédural de l'exigence de l'article 13 plutôt que de son caractère matériel³⁰⁰. L'article 13 serait ainsi « *la déclinaison procédurale de l'obligation générale de protection prévue à l'article 1 de la Convention* »³⁰¹.

Le caractère juridictionnel du recours. Les dispositions de l'article 13 visent un recours effectif devant une « *instance nationale* ». Synonyme d'autorité nationale, l'instance n'est pas nécessairement un organe juridictionnel. La Cour l'a d'ailleurs précisé dans sa jurisprudence³⁰². Ainsi, contrairement aux articles 5 et 6 de la Convention, l'article 13 n'exige pas que le recours soit porté devant une autorité juridictionnelle. L'instance nationale peut dès lors être une autorité quasi juridictionnelle, administrative ou encore politique³⁰³.

Cette affirmation doit néanmoins être nuancée. Même si la Cour européenne indique, dans une jurisprudence constante³⁰⁴, que le recours national ne doit pas nécessairement être de nature juridictionnelle, les conditions qu'elle impose tenant à l'indépendance et aux garanties que peut offrir l'instance nationale³⁰⁵ laissent penser qu'« *une instance non judiciaire ne répondra aux prescriptions de l'article 13 que si elle statue comme le ferait mutatis mutandis un tribunal* »³⁰⁶. En effet, « *exiger qu'en plus du critère organique (indépendance et*

²⁹⁹ P. MERTENS, « Le droit à un recours effectif devant l'autorité nationale compétente dans les Conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 1968, pp. 446-470.

³⁰⁰ *Rec. trav. prép.*, t. II, p. 485 ; t. III, p. 651.

³⁰¹ G.-A. RUSU, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 327.

³⁰² CourEDH, 6 sept. 1978, *Klass c. Allemagne*, req. n° 5029/71, série A., n° 82, § 67 : « *l'"instance" dont parle l'article 13 (art. 13) peut ne pas être forcément, dans tous les cas, une institution judiciaire au sens strict* ».

³⁰³ Pour plus de précisions sur ce point, v. G.-A. RUSU, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 448 et s.

³⁰⁴ V. notamment : CourEDH, 6 sept. 1978, *Klass c. Allemagne*, req. n° 5029/71, série A., n° 82, § 67 : « *l'"instance" dont parle l'article 13 (art. 13) peut ne pas être forcément, dans tous les cas, une institution judiciaire au sens strict* ». V. également CourEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 et 7136/75, § 113 b : « *l'instance dont parle l'article 13 (art. 13) n'a pas besoin d'être une institution judiciaire* ». V. aussi CourEDH, 23 sept. 1998, *Steel et autres c. Royaume-Uni*, Rec. 1998 –VII, § 115 : « *l'article 13 ne saurait être interprété comme exigeant un contrôle juridictionnel* ».

³⁰⁵ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, *op. cit.*, pp. 101-102 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 649 ; A. DRZEMCZEWSKI, C. GIAKOUMOPOULOS, « Commentaire de l'article 13 », *op. cit.*, p. 474.

³⁰⁶ J.-F. FLAUSS, « Le droit à un recours effectif : l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour », in G.-A. BEAUDOIN (dir.), *Vues canadiennes et*

impartialité de l'instance) le recours réponde aux critères formels énumérés (principalement le caractère contradictoire de la procédure, la motivation de la décision) et aboutisse à une décision ayant l'autorité de la chose jugée revient en réalité à exiger que ce recours ait un caractère juridictionnel »³⁰⁷. Quoiqu'il en soit, si elles ne sont pas les seules, les juridictions nationales demeurent les premières autorités concernées par l'exigence de recours effectif³⁰⁸. D'ailleurs, le Conseil d'État français semble tenir pour acquis le caractère juridictionnel du recours exigé par l'article 13 de la Convention³⁰⁹.

La matérialisation³¹⁰ de la subsidiarité juridictionnelle. En consacrant la priorité des voies de droit nationales sur l'intervention de la Cour européenne³¹¹, l'article 13 exprime la subsidiarité non pas des dispositions de la Convention mais de son mécanisme de contrôle. Le caractère, à la fois prioritaire et substitutif, du recours national exigé par l'article 13 a pour corollaire le caractère subsidiaire du recours devant la Cour³¹². Cette dernière explique à cet égard qu'« *une application incomplète des garanties de l'article 13 gênerait le fonctionnement du caractère subsidiaire de la Cour au sein du mécanisme de la Convention* »³¹³.

européennes des droits et libertés, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures (1988), Cowansville (Québec), Éd. Y. Blais, 1989, pp. 255-292.

³⁰⁷ J. VELU, « Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme », in A. BLECKMANN, Ph. DELANNAY, H. GOLSON, R. KOVAR, J.-V. LOUIS, P. MERTENS et J. VELU (dir.), *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Colloque organisé par l'Institut des Études européennes, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 204-205.

³⁰⁸ V. J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2010, n° 22, p. 1364 : « *La tâche d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe en premier lieu aux autorités des États contractants, et, au sein de ces autorités, les juridictions nationales ont une responsabilité particulière, en raison du rôle des tribunaux dans l'État de droit* ».

³⁰⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 650. Référence est notamment faite à l'arrêt *Hofmann* du Conseil d'État (CE, 21 déc. 2001, *Hofmann*, *Rec. RFDA*, 2002, 1115, obs. L. Sermet).

³¹⁰ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », op. cit., p. 67.

³¹¹ CourEDH, GC, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, req. n° 36813/97, § 268 : « *Outre le fait que l'existence d'une voie de recours sur le plan interne s'accorde pleinement avec le principe de subsidiarité propre à la Convention, cette voie est plus proche et accessible que le recours devant la Cour, est plus rapide et se déroule dans la langue de la partie requérante ; elle présente donc des avantages qu'il convient de prendre en considération* ».

³¹² G.-A. RUSU, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 323 et s.

³¹³ CourEDH, GC, 10 sept. 2010, *McFarlane c. Irlande*, req. n° 31333/06, § 112.

Dès lors, il ne fait aucun doute que le droit des individus à un recours effectif au niveau national est une manifestation, au plan procédural, du caractère subsidiaire du contrôle européen³¹⁴. Dans le même temps, l'article 13 de la Convention « *reflète le rôle fondamental des systèmes judiciaires nationaux* »³¹⁵, en ce qu'il exige la réparation des violations de la Convention au niveau national. Il s'ensuit que le droit à un recours effectif « *est primordial pour l'application pratique du principe de subsidiarité* »³¹⁶.

En définitive, en tant que droit subjectif de l'individu, le droit à un recours effectif participe à la protection nationale des droits et liberté. Il illustre ainsi l'application du principe de subsidiarité. En tant que modalité de garantie des droits substantiels, le droit à un recours effectif, visant au premier chef des recours juridictionnels, rend compte de la subsidiarité juridictionnelle.

Dans la Convention, la condition de recevabilité des recours devant la CEDH incarnée par l'épuisement des voies de recours internes ainsi que le droit à un recours effectif reflètent la logique subsidiaire qui commande la garantie juridictionnelle des droits et libertés. Si le droit à un recours effectif apparaît également – bien que présentant certaines différences – dans le droit de l'Union, la procédure préjudicielle lui est spécifique³¹⁷.

B. Les révélateurs de la subsidiarité juridictionnelle dans les traités de l'Union européenne

Le rôle premier du juge national dans l'application du droit de l'Union européenne n'est pas explicitement mentionné dans les traités. Toutefois, l'existence de la procédure

³¹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^{ème} éd., Paris, PUF, 2015, 967 p., p. 649.

³¹⁵ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Direction générale Droits de l'Homme et État de Droit, Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes, 18 sept. 2013, p. 7.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ La procédure d'avis consultatifs prévue par le Protocole n° 16 à la Convention n'est pas similaire au renvoi préjudiciel. V. J.-P. JACQUÉ, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention. Dialogue entre juges*, Actes du séminaire, Strasbourg, 27 janv. 2012, pp. 18-24 ; G. CANIVET, « Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme. Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne ? », *op. cit.* ; Rapport du Groupe des Sages, 15 nov. 2006, CM(2006)203, § 80.

préjudicielle, qui évoque la possibilité, ou l'obligation, pour tout « *tribunal national* »³¹⁸, de s'adresser à la Cour de justice en cas de doute sur l'interprétation ou la validité d'un acte du droit de l'Union, constitue l'un des révélateurs d'une répartition des compétences entre le juge national et la Cour de justice fondée sur la subsidiarité (1).

Plus récemment, le traité de Lisbonne a introduit une disposition mettant à la charge des États membres l'obligation d'établir les voies de recours nécessaires à la protection juridictionnelle effective des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union. Jusqu'alors jurisprudentielle, cette obligation nationale est désormais inscrite dans le marbre des traités (2).

*1. Le renvoi préjudiciel*³¹⁹

Les particularités du renvoi préjudiciel. Né avec la construction communautaire elle-même³²⁰, le renvoi préjudiciel était inscrit dans les premiers traités³²¹. Actuellement prévue à l'article 267 du TFUE³²², la procédure préjudicielle permet – et dans certains cas oblige – les juridictions nationales à saisir le juge de l'Union lorsqu'au cours de l'examen d'un litige, survient une question tenant à l'interprétation ou la validité d'une disposition du droit de l'Union. Si certains manuels de contentieux de l'Union européenne lui attribuent l'appellation de *recours préjudiciel*, cette dernière ne peut effectivement se justifier que d'un point de vue esthétique³²³.

³¹⁸ L'article 41 CECA prévoyant la procédure du renvoi préjudiciel, évoque une question survenant au cours d'un « *litige porté devant un tribunal national* ». Les articles 177 CEE et 150 EURATOM font référence à « *une question soulevée devant une juridiction d'un des États membres* », ou encore à « *une affaire pendante devant une juridiction nationale* ».

³¹⁹ Les dispositions pertinentes du droit de l'Union européenne relatives au renvoi préjudiciel sont l'article 19 § 3 – b TUE, l'article 267 TFUE, les articles 23 et 23 *bis* du Statut de la Cour de justice ainsi que les articles 39 à 47 du Règlement de procédure de la Cour de justice.

³²⁰ À ce propos, la doctrine va jusqu'à souligner le caractère fondamental « *et même d'ordre ontologique* » du mécanisme préjudiciel. V. V. KRONENBERGER, « Actualité du renvoi préjudiciel, de la procédure préjudicielle d'urgence et de la procédure accélérée – quo vadis ? », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 397-428, p. 398.

³²¹ Art. 41 CECA, art. 177 CEE et art. 150 EURATOM.

³²² Art. 177 CE, devenu art. 234 CE et enfin art. 267 TFUE.

³²³ M. WATHELET, *Contentieux européen (2 volumes)*, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 2014, 547 p., pp. 378-467, spéc. p. 378.

Le renvoi préjudiciel n'est en effet pas un recours contentieux mais un mécanisme³²⁴, une procédure non contentieuse³²⁵, un instrument de coopération directe entre juges³²⁶. La Cour de justice indique elle-même que le renvoi préjudiciel est un « *instrument de coopération judiciaire* »³²⁷ qui « *institue une coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales* »³²⁸. Dans la mesure où la mise en œuvre de cette procédure échappe aux parties³²⁹, elle est qualifiée d'objective. Il s'agit alors d'un « *dialogue de juge à juge* »³³⁰. La Cour ne manque pas de souligner la spécificité du « *cadre très particulier de la coopération judiciaire* »³³¹ concrétisée par le renvoi préjudiciel. L'esprit de coopération est au fondement de la « *philosophie* » de cette procédure³³², dès lors que la relation qu'elle établit « *n'est pas conçue sur le mode hiérarchique* »³³³.

Les raisons d'être du renvoi préjudiciel. Les raisons qui expliquent l'existence d'un tel mécanisme sont à rechercher dans le rôle particulier dévolu au juge national dans l'application du droit communautaire³³⁴.

Tout d'abord, « *la terminologie servant ici fidèlement la technique, la notion de "préjudiciel" ne s'entend que par référence à l'existence d'une compétence au principal* »³³⁵. A été fait le choix de ne pas « *mettre en place un véritable ordre de juridictions*

³²⁴ G. VANDERSANDEN, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 174 p., p. 1.

³²⁵ A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 283 p., p. 1.

³²⁶ J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire. Coopération entre CJCE et juges nationaux*, Paris, Litec, 2001, 238 p., p. 2.

³²⁷ CJCE, 15 mai 2003, *Salzmann*, aff. C-300/01, *Rec.*, p. I-4899, pt. 28.

³²⁸ CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *Rec.*, p. I-9641, pt. 90.

³²⁹ CJCE, 19 janv. 1994, *SAT Fluggesellschaft*, aff. C-364/92, *Rec.*, p. I-43.

³³⁰ CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *Rec.*, p. I-9641, pt. 91.

³³¹ CJCE, 1^{er} déc. 1975, *Firma Schwarze*, aff. 16/65, *Rec.*, p. 1083.

³³² G. VANDERSANDEN, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 16.

³³³ J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 357 p., spéc. p. 29. V. également CJCE, 7 sept. 1999, *Beck et Bergdorf*, aff. C-355/97, *Rec.*, p. I-4977.

³³⁴ A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 1.

³³⁵ J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri TEITGEN*, Paris, Pedone, 1984, pp. 23-31, spéc. p. 25.

communautaires auquel aurait été confiée la compétence exclusive pour connaître des litiges relatifs à des questions de droit européen »³³⁶. Ainsi, « faisant application avant la lettre d'une certaine subsidiarité »³³⁷, la responsabilité d'appliquer le droit communautaire est principalement confiée au juge national, de même que la garantie des droits que le droit communautaire accorde aux particuliers³³⁸. Il s'agit, dès les origines, d'un système fondé sur la décentralisation juridictionnelle³³⁹. Le renvoi préjudiciel est un révélateur de la subsidiarité juridictionnelle en ce qu'il accompagne le juge national dans l'application décentralisée du droit de l'Union³⁴⁰.

C'est l'idée exprimée par le Professeur Jacques PERTEK lorsqu'il souligne que la procédure préjudicielle « met en évidence le rôle qui est implicitement attribué au juge national par les traités, celui de "juge communautaire de droit commun" »³⁴¹. L'instauration du mécanisme préjudiciel répond à un objectif principal attaché à la nature particulière de la construction communautaire, celui d'assurer l'unité du droit communautaire³⁴² dans l'application qui en est faite par les juridictions nationales³⁴³. En effet, cette procédure permet d'« éviter que le droit [de l'Union européenne] reçoive une application différente en chacun des États membres »³⁴⁴.

Le partage de fonctions entre la Cour et le juge national. Les juridictions nationales partagent avec la Cour de justice la mission d'assurer « directement et réciproquement (...) l'application uniforme du droit de l'Union dans l'ensemble des États

³³⁶ M. STRUYS, « Le rôle des juridictions nationales dans le contentieux communautaire des aides d'État », in *Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 287.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 1.

³³⁹ C. LADENBURGER, « Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 2011, p. 20. L'auteur évoque « le système décentralisé bâti sur l'article 267 TFUE ».

³⁴⁰ G.-C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne », op. cit., p. 46.

³⁴¹ J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire. Coopération entre CJCE et juges nationaux*, Paris, Litec, 2001, 238 p., spéc. p. 2.

³⁴² CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3. Dans son arrêt *Schwarze*, la Cour évoque la fonction « d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres » grâce à la « coopération judiciaire instituée par l'article 177 ». CJCE, 11 déc. 1962, *Schwarze*, aff. 16/65, *Rec.*, p. 1081, spéc. pp. 1094-1095.

³⁴³ P. PESCATORE, « Commentaire de l'article 177 », in V. CONSTANTINESCO, J.P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON (dir.) *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p., spéc. p. 1078.

³⁴⁴ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 321 p., spéc. pp. 225-226.

membres »³⁴⁵. Dans son *avis n° 1/09*, elle indique à cet égard que « *le juge national remplit, en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* »³⁴⁶.

La mission conjointe des unes et de l'autre ne s'arrête cependant pas là, puisqu'elles doivent également veiller à la protection des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union aux particuliers³⁴⁷. Ainsi, leurs rôles sont complémentaires³⁴⁸ et la distinction entre leurs fonctions, concrétisée par le mécanisme préjudiciel, semble « *nette* »³⁴⁹. L'une des fonctions du renvoi préjudiciel est donc de créer un canal de relations entre les juridictions des deux ordres juridiques afin d'assurer une coopération dans l'exercice de la tâche qu'elles partagent.

La compétence subsidiaire de la Cour de justice. Tout d'abord, le juge national se tourne vers le juge de l'Union s'il rencontre, au cours de l'examen d'un litige pendant devant lui, un doute quant à l'interprétation ou à la validité d'une norme européenne. Celui-ci sera en mesure de lui fournir « *les éléments d'appréciation qui lui sont nécessaires pour la solution des litiges qu'il est amené à trancher* »³⁵⁰. Son intervention est alors subsidiaire, en ce qu'il n'agit qu'en cas de besoin exprimé par le juge de droit commun³⁵¹, pour lui venir en aide face à une difficulté qu'il n'est pas en mesure de surmonter seul³⁵². L'image de la *troupe de réserve*, aux origines du terme *subsidiarité*, illustre parfaitement ce cas de figure. La Cour de justice agit comme un renfort par rapport à l'action régulière du juge national. Elle ne se

³⁴⁵ CJCE, 1^{er} déc. 1975, *Firma Schwarze*, aff. 16/65, *Rec.*, p. 1083.

³⁴⁶ CJUE, 8 mars 2011, *avis 1/09*, Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, *Rec.* 2011, p. I-1137, point 69. V. également CJCE, 16 déc. 1981, *Foglia*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045, pt. 16 ; et CJCE, 15 juin 1995, *Zabala Erasun e.a.*, aff. jtes. C-422/93 à 424/93, *Rec.*, p. I-1667, pt. 15.

³⁴⁷ V. art 19 TUE. V. aussi CJUE, 8 mars 2011, *avis 1/09*, Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, *Rec.*, p. I-1137, point 84.

³⁴⁸ B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 201, spéc. p. 203.

³⁴⁹ CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1158 : « *L'article 177, basé sur une nette séparation de fonctions entre les juridictions nationales et la Cour* ».

³⁵⁰ CJCE, Ord., 26 janv. 1990, *Falciola*, aff. C-286/88, *Rec.*, p. I-191.

³⁵¹ E. VON BARDELEBEN, F. DONNAT et D. SIRITZKY, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris, La documentation française, coll. Réflexe Europe, 2012, 325 p., spéc. p. 176.

³⁵² Le juge national n'est pas compétent pour interpréter ni apprécier la validité d'une norme du droit de l'Union européenne, cette compétence incombant exclusivement à la Cour de justice.

substitue pas lui, il tranchera seul le litige et « *devra assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir* »³⁵³.

Ensuite, dans un tel système juridictionnel décentralisé, l'instauration d'une procédure préjudicielle vient en quelque sorte compenser cette responsabilité première confiée au juge national. La sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique est en effet spécialement confiée au juge de l'Union. En attestent ses compétences d'attribution : la Cour de justice est l'interprète authentique exclusif du droit de l'Union et la seule habilitée à constater l'invalidité d'un acte de droit dérivé. Le risque de voir l'application du droit de l'Union varier dans les différents États membres justifie donc l'intervention de la Cour, qui veillera particulièrement à cette exigence³⁵⁴. Son intervention est alors subsidiaire en ce qu'elle répond à un impératif que les juridictions nationales ne peuvent pas satisfaire seules du fait de la dimension supranationale de cet objectif³⁵⁵.

Ainsi, le renvoi préjudiciel reflète les deux versants de la subsidiarité juridictionnelle³⁵⁶, le premier tenant au rôle du juge national en tant que juge premier du droit de l'Union et le second faisant de la Cour de justice à la fois un appui pour les juridictions ordinaires et la garante de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. La procédure préjudicielle « *est une belle illustration de la subsidiarité, puisqu'on ne confie au juge communautaire que les dossiers qui ne peuvent absolument pas être traités par le juge naturel du droit communautaire qu'est le juge national* »³⁵⁷.

2. Le droit à une protection juridictionnelle effective

Le contenu de la règle. Selon l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, du TUE, « *Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* ». La première

³⁵³ CJCE, 21 avr. 1988, *Pardini*, aff. C-338/83, *Rec.* p. 2041.

³⁵⁴ P. PESCATORE, « Commentaire de l'article 177 », *op. cit.*, spéc. pp. 1076-1080.

³⁵⁵ J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 357 p., spéc. p. 40.

³⁵⁶ M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 141.

³⁵⁷ M. WATHELET, « Propos liminaires », in F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 18.

partie de cette disposition met à la charge des États l'obligation d'assurer des voies de recours pour garantir les droits conférés par le droit de l'Union aux particuliers. La seconde énonce l'objectif de cette obligation³⁵⁸, à savoir garantir une protection juridictionnelle effective des individus³⁵⁹. L'apport de cette disposition est donc double.

D'une part, elle offre une base juridique à la décentralisation de la garantie des droits que les individus tirent du droit de l'Union. La Cour le confirme dans son *avis n° 1/09* en expliquant qu'« ainsi qu'il ressort de l'article 19, paragraphe 1, TUE, il est veillé au respect de cet ordre juridique et du système juridictionnel de l'Union par la Cour et les juridictions des États membres »³⁶⁰.

D'autre part, elle consacre un droit subjectif³⁶¹, le droit au juge³⁶², qui demeurerait jusqu'alors jurisprudentiel³⁶³. À cet égard, l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, du TUE reprend mot pour mot le point 41 de l'arrêt *UPA* rendu par la Cour de justice le 25 juillet 2002³⁶⁴.

³⁵⁸ V. CJCE, 15 oct. 1987, *Heylens*, aff. 22/86, *Rec.*, p. 4099. La Cour affirme que « l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice d'un droit fondamental est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de son droit ».

³⁵⁹ Le droit à un recours effectif est également constitutionnalisé par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui prévoit que « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal (...) ».

³⁶⁰ CJUE, 8 mars 2011, *avis 1/09*, Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, *Rec.*, p. I-1137, point 66.

³⁶¹ V. C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », in *L'homme et le droit. Mélanges en hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Paris, Pedone, 2014, pp. 77-100.

³⁶² F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141-170.

³⁶³ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, *Rec.*, p. 1651 : la Cour de justice fait du droit à un recours juridictionnel effectif un principe général du droit communautaire issu des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (point 18) ; CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt. 39 : « Les particuliers doivent pouvoir bénéficier d'une protection juridictionnelle effective des droits qu'ils tirent de l'ordre juridique communautaire » ; CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.*, p. I-2271, pt. 38 ; CJUE, 8 mars 2011, *avis 1/09*, Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire, *Rec.*, p. I-1137, pt. 68.

³⁶⁴ CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt. 41.

La comparaison avec l'article 13 de la Convention. Deux points méritent l'attention lorsqu'il est question de mettre en perspective les dispositions de l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, du TUE avec le droit à un recours effectif prévu par l'article 13 de la Convention.

Le premier tient à leur caractère dual. Le débat quant à la nature hybride de l'article 13 de la Convention trouve un écho dans les dispositions du TUE, qui prévoit un mode de garantie des droits – *via* l'obligation d'établir des recours nationaux – en même temps qu'il garantit le droit subjectif à une protection juridictionnelle effective. Ces deux aspects font cependant l'objet d'une distinction plus claire dans le droit de l'Union. Alors que c'est la doctrine qui met le doigt sur la nature hybride du droit à un recours effectif garanti par la Convention, la formulation du droit de l'Union ne laisse place à aucun doute en mentionnant successivement l'obligation nationale d'établir des voies de recours puis la garantie d'une protection juridictionnelle effective.

Le second point tient au caractère juridictionnel du recours offert au niveau national. Alors que la question peut faire débat au sujet du droit au recours effectif garanti par la Convention, le traité sur l'Union européenne dissipe tout doute éventuel en mentionnant une protection *juridictionnelle* effective³⁶⁵. La nature juridictionnelle du recours offre une garantie optimale aux individus en même temps qu'elle constitue le lit de la mise en œuvre du renvoi préjudiciel³⁶⁶.

La traduction de la subsidiarité juridictionnelle. Les deux règles qui constituent l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, du TUE convergent vers la même idée. En reportant sur le niveau national la charge d'établir des voies de recours pour assurer l'application du droit de l'Union et l'obligation de garantir le droit à une protection juridictionnelle effective, cette disposition du traité rend compte de la décentralisation du contentieux de l'Union européenne.

En effet, confier au juge national l'application quotidienne du droit de l'Union consacre sa « *qualité de juge de droit commun du droit de l'Union* »³⁶⁷. Cette disposition ne dit

³⁶⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^{ème} éd., Paris, PUF, 2015, 967 p., p. 649.

³⁶⁶ F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », *op. cit.*, pp. 141-170.

³⁶⁷ C. BLUMANN, « L'organisation des juridictions de l'Union au lendemain du traité de Lisbonne », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 17-40, spéc. p. 25.

cependant rien de la Cour de justice. Elle ne traduit alors qu'un versant de la subsidiarité juridictionnelle, qui consiste à considérer le juge national comme le juge naturel du droit de l'Union européenne. La mise en perspective avec le premier alinéa de ladite disposition du TUE permet d'achever la réflexion. Si le juge national dispose de la compétence principale et que la Cour « *assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* », alors cela signifie que la compétence de cette dernière est subsidiaire. La Cour elle-même, dans son arrêt *Unión de Pequeños Agricultores*³⁶⁸, établit la relation entre le droit à une protection juridictionnelle effective et la subsidiarité juridictionnelle³⁶⁹, en prenant appui sur la complétude du système des voies de recours européennes et nationales³⁷⁰.

Le caractère récent de l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, du TUE. Introduite par le traité de Lisbonne³⁷¹, cette disposition est novatrice en ce qu'elle vient « *donner une base juridique certaine à cette compétence des juridictions nationales* »³⁷². Il faut cependant tempérer ce constat. En matière de subsidiarité, la chose précède toujours le mot. Il s'ensuit que le traité de Lisbonne n'a rien « *inventé* »³⁷³, ne faisant qu'officialiser³⁷⁴ une règle qui existait depuis les origines de la construction européenne³⁷⁵. Un certain nombre d'instruments prévus par les traités permettent ainsi d'identifier la logique subsidiaire qui irrigue les systèmes juridictionnels européens. D'autres éléments peuvent être recherchés dans la jurisprudence des juges européens.

³⁶⁸ CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c. Conseil*, aff. C-50/00 P., *Rec.*, p. I-6677.

³⁶⁹ P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de pequeños agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *op. cit.*

³⁷⁰ Sur ce sujet, v. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Thèse, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p.

³⁷¹ Cette disposition faisait également l'objet de l'article I-29 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui n'est jamais entré en vigueur. V. F. PICOD, « Commentaire de l'article I-29 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 1038 p., p. 394.

³⁷² C. BLUMANN, « L'organisation des juridictions de l'Union au lendemain du traité de Lisbonne », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp17-40, p. 27.

³⁷³ Entretien avec le juge Jean-Claude BONICHOT, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

³⁷⁴ C. BLUMANN, « L'organisation des juridictions de l'Union au lendemain du traité de Lisbonne », *op. cit.*, p. 27, et p. 25 : « *La qualité du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union (...) ne reposait clairement sur aucun texte antérieur au Traité de Lisbonne* ».

³⁷⁵ H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne », *RFDA*, 1992, pp. 619-644, spéc. p. 619.

§ 2. L'existence jurisprudentielle de la subsidiarité juridictionnelle

Depuis les origines, la Cour européenne des droits de l'homme affirme expressément dans sa jurisprudence la vocation subsidiaire de son intervention autant que le rôle premier des juridictions nationales dans la garantie des droits conventionnels **(A)**. La Cour de justice, pour sa part, ne dit pas le mot. Il n'en reste pas moins qu'elle développe clairement l'idée d'un exercice des compétences juridictionnelles fondé sur la subsidiarité **(B)**.

A. L'affirmation par la Cour européenne des droits de l'homme

Dans ses décisions, la Cour européenne des droits de l'homme met l'accent sur le caractère subsidiaire de son contrôle. Elle ne cesse en effet de répéter que l'intervention de la juridiction internationale demeure subsidiaire **(1)**. Elle va aussi plus loin, en consacrant, sans toutefois en employer l'expression, le principe de subsidiarité juridictionnelle **(2)**.

1. La consécration de la subsidiarité du contrôle européen

L'affirmation du principe. « *La Cour 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* ». Issue de la décision rendue dans l'« *affaire linguistique belge* »³⁷⁶, cette formule « *inlassablement* » reprise depuis par la Cour, « *constitue l'axe de la répartition des compétences et des rôles* »³⁷⁷ entre le niveau européen et national.

Ainsi la Cour a très tôt, et de manière très claire, affirmé la vocation subsidiaire du mécanisme de sauvegarde européen. Cette dernière érige ainsi le principe de subsidiarité en « *pilier* » du système conventionnel, en se fondant sur « *une lecture combinée des articles 1 et 19* »³⁷⁸ de la Convention.

³⁷⁶ CourEDH, 23 juil. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, GACEDH, n° 9, § 10.

³⁷⁷ F. TULKENS, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 399.

³⁷⁸ CourEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et a. c. Royaume-Uni*, req. n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09.

De la même façon, elle rappelle régulièrement que la subsidiarité de son intervention repose sur les dispositions de l'article 1^{er} de la Convention, au titre duquel « *ce sont les autorités internes qui sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés garantis* », et que cette dernière « *s'exprime dans les articles 13 et 35 § 1 de la Convention* »³⁷⁹. La Cour de Strasbourg ne manque pas de constater, dans une jurisprudence constante et abondante, que « *grâce à leurs contacts directs avec les forces vives de leurs pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer* »³⁸⁰. De même, elle rappelle régulièrement « *qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales de redresser une violation alléguée de la Convention* »³⁸¹. Elle explique notamment que « *le caractère subsidiaire du mécanisme de sauvegarde institué par la Convention (...) confie d'abord à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre* »³⁸².

Plus précisément, au sein de l'ensemble des autorités nationales, les juridictions se voient confier une responsabilité particulière. « *Cette idée toute simple, mais essentielle, que le premier juge des droits de l'homme est le juge national* »³⁸³, fait partie intégrante de la jurisprudence de la Cour, qui établit le lien entre la règle de l'épuisement des voies de recours internes et la mission des juridictions nationales de remédier aux violations des droits de l'homme³⁸⁴. La Cour européenne rappelle qu'« *il incombera toujours en priorité aux autorités nationales, et tout particulièrement aux juges nationaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne* »³⁸⁵.

³⁷⁹ V. parmi de nombreux exemples : CourEDH, 13 déc. 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07, § 77 ; CourEDH, 21 janv. 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, § 287 ; CourEDH, GC, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, req. n° 36813/97, § 140 ; CourEDH, GC, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96.

³⁸⁰ V. parmi de nombreuses décisions : CourEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, GACEDH, n° 7, § 4 ; CourEDH, 21 fév. 1986, *James et a. c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79, § 46 ; CourEDH, 10 nov. 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 44774/98 ; CourEDH, GC, 1^{er} juil. 2014, *S.A.S c. France*, req. n° 43835/11.

³⁸¹ CourEDH, GC, 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n° 26828/06, § 259.

³⁸² CourEDH, 15 juil. 1982, *Eckle c. Allemagne*, série A, n° 51, § 66.

³⁸³ F. TULKENS, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 397.

³⁸⁴ CourEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c. Belgique*, req. n° 9186/80, § 33.

³⁸⁵ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 31. À propos de CourEDH, 11 janv. 2005, *Blücher c. République Tchèque*, req. n° 58580/00, § 62.

L'argument de la proximité. L'idée qui sous-tend l'ensemble de l'œuvre de la Cour consiste à considérer que « *plus proches des réalités nationales, les autorités nationales sont mieux à même d'apprécier les problèmes souvent délicats que soulève l'adaptation de la Convention aux particularités nationales* »³⁸⁶. Parmi ces dernières, les juridictions nationales sont souvent directement visées par le juge de la Convention.

Dans l'arrêt *Palomo Sanchez*, il affirme le principe selon lequel « *grâce à leurs contacts directs et constants avec les réalités du pays, les cours et tribunaux d'un État se trouvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager* »³⁸⁷.

La proximité des juridictions nationales emporterait efficacité de leurs décisions, puisque la Cour européenne ajoute qu'« *il est dans l'intérêt du requérant et de l'efficacité du mécanisme de la Convention que les autorités internes, qui sont les mieux placées pour ce faire, prennent des mesures pour redresser les manquements allégués à la Convention* »³⁸⁸, au premier rang desquelles les juridictions nationales. La subsidiarité du système de garantie des droits de l'homme repose ainsi sur l'argument de la proximité, qui caractérise en principe le meilleur niveau de décision.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme, tout en confiant en premier lieu le soin aux autorités nationales dans leur ensemble de protéger les droits et libertés garantis par la Convention, investit leurs autorités juridictionnelles d'une mission particulière. Ces dernières devraient remédier à toute violation des droits de l'homme afin de rendre inopérantes les perspectives de recours à Strasbourg.

2. La consécration de la subsidiarité juridictionnelle

Précisons d'emblée que l'expression *subsidiarité juridictionnelle* ne fait pas partie du vocabulaire utilisé par la Cour. Cette dernière évoque généralement le *principe de subsidiarité*

³⁸⁶ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., p. 58.

³⁸⁷ CourEDH, 12 sept. 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, req. n° 28955/06, 28957/06 et 28959/06 et 28964/06, § 54.

³⁸⁸ CourEDH, 18 sept. 2009, *Varnava et a. c. Turquie*, req. n° 18888/02, § 69.

ou le *caractère subsidiaire* du mécanisme de contrôle de la Convention, qui recouvrent une dimension plus large – incluant la subsidiarité juridictionnelle mais la dépassant – dans la mesure où ils renvoient au caractère subsidiaire de l'intervention des institutions européennes par rapport à l'ensemble des autorités nationales³⁸⁹.

La consécration jurisprudentielle. L'arrêt de principe cité par tous lorsqu'il s'agit d'évoquer la subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme reste l'arrêt *Handyside*, dans lequel la Cour met en exergue le partage des rôles entre le niveau national et le niveau européen fondé sur une logique de subsidiarité³⁹⁰. Cependant, plus que le simple principe de subsidiarité lui-même, la Cour européenne des droits de l'homme y consacre le principe de subsidiarité juridictionnelle.

En effet, alors que le juge de Strasbourg était confronté à la question de « *la méthode à suivre pour déterminer si les "restrictions" et "sanctions" concrètes dénoncées par le requérant étaient "nécessaires dans une société démocratique", à la "protection de la morale"* », ce dernier se limite à vérifier que les juridictions nationales ont « *agi de bonne foi, de manière raisonnable et dans les limites de la marge d'appréciation consentie aux États* »³⁹¹. C'est à cette occasion que la Cour européenne met en exergue le « *caractère subsidiaire* » de son action par rapport « *aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme* », visant alors clairement dans cette dernière expression les juridictions des États³⁹².

De la même manière, lorsqu'elle indique un peu plus loin que « *grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre* »³⁹³, la Cour vise en premier lieu, au titre des autorités de l'État, les juridictions. Elle consacre ainsi en filigrane le principe de subsidiarité juridictionnelle lorsqu'elle affirme

³⁸⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 28.

³⁹⁰ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 263.

³⁹¹ CourEDH, plén., 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, § 48.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.*

que la marge nationale d'appréciation est accordée « à la fois au législateur national (...) et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur »³⁹⁴.

Lorsque le juge de la Convention affirme ensuite que la marge d'appréciation s'accompagne néanmoins d'un contrôle européen, elle prend le soin de préciser, en se fondant sur l'article 50 du texte conventionnel, que ce contrôle « porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante »³⁹⁵. Plus loin, la Cour européenne explique qu'elle « n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation »³⁹⁶. C'est là la consécration éclatante du principe de subsidiarité juridictionnelle par le juge de Strasbourg.

La consécration en dehors de la jurisprudence. Si la jurisprudence de la Cour européenne fait du juge national « le juge naturel de la Convention »³⁹⁷, ce rôle est également explicitement consacré dans la littérature du juge de la Convention. Dans le cadre des conférences de Haut niveau pour la réforme de la Cour, cette dernière a notamment eu l'occasion de mettre en avant « le rôle du juge national en tant qu'acteur du système de la Convention et premier garant des droits et libertés qu'elle protège »³⁹⁸ ou encore d'affirmer que « les juridictions nationales joueront toujours un rôle vital s'agissant de garantir le respect des droits de l'homme, (...) rôle qui leur est dévolu par la Convention »³⁹⁹.

Le rôle subsidiaire du juge national dans le système conventionnel est également mis en exergue par la Cour européenne des droits de l'homme dans son document de réflexion relatif au Protocole n° 16. Cette dernière indique en effet à propos du mécanisme des avis consultatifs que « pareille application de la Convention par les juridictions internes mettrait plus encore l'accent sur le rôle fondamental que les autorités nationales doivent jouer dans

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ CourEDH, plén., 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, § 49.

³⁹⁶ *Ibid.*, § 50.

³⁹⁷ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2013, p. 45.

³⁹⁸ CourEDH, 20 fév. 2012, Avis préliminaire de la Cour établi en vue de la Conférence de Brighton, § 3, disponible sur le site de la Cour.

³⁹⁹ CourEDH, 26 janv. 2015, Contribution de la Cour à la conférence de Bruxelles, § 7, disponible sur le site de la Cour.

l'application de cet instrument et renforcerait le principe de subsidiarité », ne se privant pas d'ajouter qu' « il est de la plus haute importance de renforcer le rôle des juridictions nationales dans ce domaine »⁴⁰⁰.

Ces éléments constituent des « traces »⁴⁰¹ de subsidiarité juridictionnelle disséminées dans la jurisprudence et les documents émanant de la Cour européenne des droits de l'homme. Le même travail peut être réalisé à propos de la Cour de justice de l'Union européenne.

B. L'affirmation par la Cour de justice de l'Union européenne

La Cour de justice de l'Union européenne, par la consécration de principes essentiels au développement de l'ordre juridique de l'Union européenne, a adoubé le juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union **(1)**. La reconnaissance de cette qualité au juge national est explicite dans l'*avis 1/09* du 8 mars 2011 **(2)**.

1. La reconnaissance du rôle principal du juge national

Le juge communautaire de droit commun. D'origine doctrinale⁴⁰², l'expression n'apparaît que rarement dans la jurisprudence. Pour la première fois employée par le Tribunal en 1990⁴⁰³, elle réapparaît cinq ans plus tard dans l'affaire *Danielsson e.a.*⁴⁰⁴, et plus récemment dans l'*avis 1/09*⁴⁰⁵ rendu par la Cour de justice. Parfois reprise dans les conclusions des avocats généraux de la Cour⁴⁰⁶, l'expression demeure néanmoins

⁴⁰⁰ CourEDH, 16 mars 2012, Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la cour, § 19, disponible sur le site de la Cour.

⁴⁰¹ Sur l'utilisation de ce terme à propos du principe de subsidiarité avant son inscription dans le traité de Maastricht, v. F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, op. cit., pp. 72 et s., et P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », op. cit., p. 227.

⁴⁰² V. en particulier A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, op.cit., et O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, op. cit.

⁴⁰³ TPI, 10 juil. 1990, *Tetra Pak*, aff. T-51/89, *Rec.*, p. II-309, pt. 32.

⁴⁰⁴ TPI, Ord., 22 déc. 1995, *Danielsson e.a.*, aff. T-219/95 R, *Rec.*, p. II-3051, pt. 77.

⁴⁰⁵ CJUE, 8 mars 2011, *avis 1/09*, *Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire*, *Rec.*, p. I-1137, pt. 80.

⁴⁰⁶ L'expression a été utilisée par les avocats généraux de la Cour de justice dans leurs conclusions. Dans l'ordre chronologique, dans les affaires suivantes : *Johnston*, aff. 222/84, conclusions M. DARMON du 28 janv. 1986, p. 1657 ; *Greenpeace Council e. a. c. Commission*, aff. C-321/95 P, conclusions G. COSMAS du 23 sept. 1997, pt.

caractéristique de la doctrine. Il n'en demeure pas moins que le juge de l'Union affirme le principe de la compétence ordinaire des juridictions nationales. Dans cette affirmation de la compétence de principe du juge national, mais également dans la description des relations qu'elle entretient avec ce dernier, la Cour de justice évoque la subsidiarité juridictionnelle sans la nommer.

Les principes fondateurs. Dans les premiers temps de sa jurisprudence, la Cour de justice a dégagé les deux grands principes qui sont au fondement de l'intégration européenne : l'effet direct du droit communautaire dans l'ordre juridique interne et sa primauté sur le droit national⁴⁰⁷. Dans ces deux arrêts emblématiques, *Van Gend en Loos* et *Costa c. E.N.E.L*, la Cour de justice livre déjà des informations essentielles sur le rôle que les juges nationaux auront à tenir dans la construction européenne.

En affirmant tout d'abord dans l'arrêt *Van Gend en Loos* qu'une disposition du traité « engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder »⁴⁰⁸, la Cour énonce clairement le rôle qui était réservé au juge national par les traités. Par le truchement de l'effet direct, les juridictions des États membres deviennent les premiers garants des droits conférés aux particuliers par le traité. La Cour souligne également que le rôle qui lui est dévolu dans le cadre de la procédure préjudicielle « confirme que les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant [l]es juridictions » nationales⁴⁰⁹.

Ensuite, au détour de la distinction qu'elle opère entre l'ordre juridique communautaire et le droit international classique dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L*, la Cour de justice précise que « le traité de la C.E.E a institué un ordre juridique propre (...) qui s'impose à leurs

43 ; *République française c. Ladbroke racing Ltd et Commission des Communautés européennes*, aff. C-83/98 P, conclusions G. COSMAS du 23 nov. 1999, pt. 92 ; *Océano grupo Editorial SA et Salvat Editores SA*, aff. jtes. C-240/98 à C-244/98, conclusions A. SAGGIO du 16 déc. 1999, pt. 37 ; *Alfredo Albore*, aff. C-423/98, conclusions G. COSMAS du 23 mars 2000, pt. 79 ; *Köbler*, aff. C-224/01, conclusions P. LÉGER du 8 avr. 2003, pt. 66 ; *Heemskerk Bv Firma Schaap*, aff. C-455/06, conclusions Y. BOT du 6 mai 2008, pts. 5 et 128 ; *Küçükdeveci*, aff. C-555/07, conclusions Y. BOT du 7 juil. 2009, pt. 55 ; *Ogieriakhi*, aff. C-244/13, conclusions Y. BOT du 14 mai 2014, pts. 61 et 62.

⁴⁰⁷ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3 et CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

⁴⁰⁸ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 25.

⁴⁰⁹ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 23.

juridictions »⁴¹⁰. Dès lors, le juge national devient plus largement le premier garant de l'application du droit issu des traités, qui doit primer sur le droit national.

La protection des droits conférés aux particuliers. La compétence du juge national pour protéger les droits conférés aux particuliers par le droit européen, affirmée pour la première fois en 1963, est constamment reprise par la Cour de justice. Dans l'arrêt *Van Duyn*, elle affirme que le principe de la libre circulation des travailleurs est un droit que les particuliers « *peuvent faire valoir en justice et que les juridictions nationales doivent sauvegarder* »⁴¹¹. Cette obligation mise à la charge du juge national est également rappelée dans l'arrêt *Simmenthal*, dans lequel la Cour, prenant appui sur l'effet direct d'une disposition du droit communautaire, affirme que « *tout juge saisi dans le cadre de sa compétence a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire* »⁴¹².

Dans le même temps présentée comme un droit offert aux particuliers, la compétence de principe du juge national de protéger les droits qui leurs sont attribués par le droit de l'Union n'en reste pas moins une obligation pour les juridictions nationales. Cette dernière s'explique par l'intégration de l'ordre juridique institué par les traités au système juridique des États membres⁴¹³.

L'application du droit de l'Union. S'il est tenu de garantir les droits que les particuliers tirent des normes européennes, le juge national doit plus généralement appliquer le droit de l'Union dans les litiges qui lui sont soumis et dans lesquels ce dernier est en cause. En effet, même en l'absence d'effet direct de l'acte du droit de l'Union, la juridiction nationale doit être en mesure de « *la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire* »⁴¹⁴. C'est le cas d'une directive dans l'affaire *Van Duyn*, dont l'effet direct

⁴¹⁰ CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1158.

⁴¹¹ CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec.*, p. 1337, pt. 7.

⁴¹² CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-107/77, *Rec.*, p. 629, pt. 16.

⁴¹³ CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1158.

⁴¹⁴ CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec.*, p. 1337, pt. 12.

n'est pas consacré mais dont la garantie de l'effet utile implique une prise en compte par le juge de droit commun au cours de l'examen du litige⁴¹⁵.

De la même façon, un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice peut indifféremment concerner une norme du droit de l'Union dotée ou non d'effet direct⁴¹⁶. En attestent les affaires *Mazzalai*⁴¹⁷ et *Heinrich*⁴¹⁸. Il est donc clair que le juge national applique tout le droit de l'Union, et pas seulement dans le but de protéger les droits qu'il confère directement aux particuliers.

Enfin, de la compétence d'attribution de la Cour de justice se déduit que « *c'est devant le juge national que sont portés tous les litiges opposant des particuliers entre eux ou un particulier et un État membre* »⁴¹⁹. Dès lors, le « *système complet de voies de recours et de procédures* »⁴²⁰, évoqué par la Cour et établi par le traité⁴²¹, prend nécessairement appui sur les juridictions des États membres.

2. La reconnaissance expresse de la subsidiarité juridictionnelle

L'expression marquante de l'avis 1/09 du 8 mars 2011. L'avis de la Cour de justice concernant la création d'une juridiction du brevet européen et du brevet communautaire mérite une attention particulière. La Cour y vise expressément les juridictions nationales dans leur rôle de juge ordinaire du droit de l'Union européenne. Le fait est assez rare pour être souligné.

Indiquant dans un premier temps qu' « *il y a lieu de rappeler les éléments fondamentaux de l'ordre juridique et du système juridictionnel de l'Union tels qu'ils ont été conçus par les*

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, op. cit., p. 38.

⁴¹⁷ CJCE, 20 mai 1976, *Mazzalai*, aff. 111/75, *Rec.*, p. 657.

⁴¹⁸ CJCE, 10 mars 2009, *Heinrich*, aff. C-345/06, *Rec.*, p. I-1659.

⁴¹⁹ J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, op. cit., p. 48.

⁴²⁰ CJCE, 23 avr. 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlement européen*, aff. C-294/83, *Rec.*, p. 1339, pt. 23 ; CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pts. 40 à 42.

⁴²¹ Sur cette question, v. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, op. cit.

traités fondateurs »⁴²², la Cour rappelle ensuite que les juridictions nationales ont une « *mission de mise en œuvre du droit de l'Union, en tant que juges de "droit commun" de l'ordre juridique de l'Union* »⁴²³. Si l'idée n'est pas nouvelle, c'est bien la première fois depuis la création des Communautés que la Cour de justice emploie cette expression d'origine doctrinale.

Les expressions complémentaires de l'avis 1/09. Mais encore, l'avis n° 1/09 regorge de renvois au rôle de droit commun du juge national. Le respect de l'ordre juridique de l'Union est assuré « *par la Cour et les juridictions des États membres* »⁴²⁴, qui sont conjointement tenues de « *garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres* »⁴²⁵.

La Cour admet également que les recours directs entre particuliers – ici en matière de brevets, mais ce constat vaut en réalité pour l'ensemble du droit de l'Union – ne relèvent pas de sa compétence mais de celle des juridictions nationales⁴²⁶. Elle conclut que « *les fonctions attribuées, respectivement, aux juridictions nationales et à la Cour sont essentielles à la préservation de la nature même du droit institué par les traités* »⁴²⁷.

Face au silence des traités, le juge de l'Union parvient tout de même à mettre des mots sur l'évidence de l'un des éléments fondamentaux de la construction communautaire : le juge national est le « *juge de droit commun de l'ordre juridique de l'Union* »⁴²⁸.

L'identification de ce faisceau d'éléments révélateurs de la subsidiarité juridictionnelle atteste de son existence dans les ordres juridiques européens. La diversité des éléments répertoriés, qu'il s'agisse des instruments juridiques prévus par les traités ou des

⁴²² Point 64 de l'avis 1/09.

⁴²³ Point 80 de l'avis 1/09.

⁴²⁴ Point 66 de l'avis 1/09.

⁴²⁵ Point 68 de l'avis 1/09.

⁴²⁶ Point 80 de l'avis 1/09.

⁴²⁷ Point 85 de l'avis 1/09.

⁴²⁸ Point 80 de l'avis 1/09.

développements jurisprudentiels la concernant, permet non seulement de donner un appui juridique incontestable à la subsidiarité juridictionnelle, mais également d'observer que cette dernière est une condition originelle de l'intégration européenne.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Ce premier chapitre a permis d'identifier les sources de la subsidiarité juridictionnelle. Question complexe dès lors que ces dernières sont difficilement repérables, elle a conduit vers une interrogation fondamentale : pourquoi la subsidiarité juridictionnelle, si elle est une condition originelle de l'intégration européenne, est-elle si difficile à matérialiser ? Comment une notion aussi cruciale de l'intégration européenne peut-elle être inconnue des traités et absente de la jurisprudence européenne ?

Une recherche remontant à l'origine de la construction européenne a permis de confirmer que la subsidiarité juridictionnelle est bien inhérente⁴²⁹ à la construction européenne, et d'observer que c'est vraisemblablement son caractère évident qui explique ce silence du droit positif. Ce premier constat n'a cependant pas empêché de rechercher des « *points d'encrage* »⁴³⁰. Une étude des textes et de la jurisprudence a, en effet, permis de mettre à jour un faisceau d'éléments qui attestent de la logique subsidiaire sur laquelle sont fondés les systèmes juridictionnels européens.

Il est alors possible d'affirmer, à ce stade de la recherche, que la subsidiarité juridictionnelle n'est ni une chimère, ni une notion évanescence⁴³¹, mais bien un élément situé au cœur du processus d'intégration européenne, une véritable condition de son existence. Reste à en identifier la nature, afin de qualifier la subsidiarité juridictionnelle et de comprendre les rapports qu'elle entretient avec les notions plus familières que sont l'idée subsidiaire et le principe de subsidiarité.

⁴²⁹ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 51.

⁴³⁰ Entretien avec le juge Jean-Claude BONICHOT, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

⁴³¹ Pour l'utilisation de cet adjectif à propos du principe de subsidiarité, v. J. BARROCHE, « Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours », *Droit et Société*, 2012/1, n° 80, pp. 13-29, spéc. p. 28.

CHAPITRE 2. L'IDENTIFICATION DE LA NATURE DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE

En droit, l'étude de la nature d'une chose renvoie, en premier lieu, à la question de son caractère proprement juridique. Elle soulève une série d'interrogations tenant à la définition de la chose étudiée, sa qualification en droit, sa classification dans une catégorie juridique⁴³², son appréhension formelle et substantielle⁴³³...et peut même aboutir à mettre en cause l'existence juridique de la chose étudiée⁴³⁴. De l'évaluation de sa nature découle une série de conséquences, parmi lesquelles la valeur ainsi que la portée contraignante de la chose⁴³⁵.

Ce chapitre sera donc consacré à la recherche de ce qui définit la subsidiarité juridictionnelle en droit, ce qui en compose l'essence et en constitue la substance⁴³⁶. L'identification des critères distinctifs définissant la subsidiarité juridictionnelle doit permettre de caractériser les relations qu'elle entretient avec l'*idée subsidiaire* et le *principe de subsidiarité*, et de découvrir de quelle catégorie juridique elle dépend⁴³⁷.

Le cœur de ce travail d'identification de la nature de la subsidiarité juridictionnelle consiste ainsi à appréhender ses relations avec l'idée subsidiaire, plus ancienne ; et avec le principe de subsidiarité, mieux connu. Ces deux réflexions conduiront naturellement à s'interroger sur la qualification de la subsidiarité juridictionnelle : est-elle un principe, et le cas échéant, est-elle un principe juridique ? L'hypothèse de départ est la suivante : la

⁴³² J. DUFAU, « La nature juridique de la concession de service public », in *Mélanges René CHAPUS. Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 147-157.

⁴³³ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « La double nature du principe d'égalité ? », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. Mélanges en hommage à Francis DELPÈRE*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2007, pp. 1027-1036.

⁴³⁴ N. DELPIERRE, *La nature juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Thèse, Montpellier, 2006, pp. 1-2.

⁴³⁵ *Ibid.*, pp. 4 et s.

⁴³⁶ V. la définition de « nature », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., pp. 596-597.

⁴³⁷ Les éléments de définition sont tirés de la définition de « nature » du dictionnaire du Professeur Gérard CORNU : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 862.

subsidiarité juridictionnelle ne serait finalement qu'une application particulière de l'idée subsidiaire et une déclinaison du principe de subsidiarité en matière juridictionnelle.

La réflexion se décompose ainsi en deux temps. Le premier a vocation à analyser les liens étroits qui unissent la subsidiarité juridictionnelle à l'idée subsidiaire, ancienne et porteuse de nombreuses potentialités (**Section 1**). Le second confirmera, ou infirmera, le postulat de base selon lequel la subsidiarité juridictionnelle ne serait pas un principe autonome⁴³⁸, mais plutôt une déclinaison du principe de subsidiarité, appliqué à l'exercice de la fonction juridictionnelle (**Section 2**).

Section 1. Une application de l'idée subsidiaire

Section 2. Une déclinaison du principe de subsidiarité ?

⁴³⁸ Vincent COURONNE, en définissant le principe de subsidiarité juridictionnelle, évoque à propos du principe de subsidiarité un principe « *avec lequel il ne doit pas être confondu* ». V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, op. cit., p. 86.

SECTION 1. UNE APPLICATION DE L'IDÉE SUBSIDIAIRE

Appréhender les relations entretenues entre la subsidiarité juridictionnelle et l'idée subsidiaire revient finalement à identifier les fondements de la notion. Il est essentiel de s'intéresser aux origines de la subsidiarité dès lors que « *les mots ont une mémoire qui, sans les déterminer complètement, permet de mieux comprendre leur trajectoire* »⁴³⁹.

Il apparaît que la subsidiarité juridictionnelle trouve ses origines dans l'idée subsidiaire, telle que décrite par le Professeur Chantal MILLON-DELSOL. Elle y puise ses caractéristiques propres de dualité et réversibilité, ainsi que le flou⁴⁴⁰ et l'indétermination⁴⁴¹ de ses contours. Il est indiscutable en effet que la subsidiarité juridictionnelle est une application de l'idée subsidiaire⁴⁴² (§ 1).

La subsidiarité juridictionnelle se démarque cependant par le contexte – européen – de son déploiement et le caractère fondamental qu'elle occupe dans le processus d'intégration européenne. Ce dernier, espace privilégié de l'expression de la subsidiarité juridictionnelle, apparaît ainsi comme un cadre particulier qui distingue cette dernière de l'idée subsidiaire, plus générale (§ 2).

§ 1. Des caractéristiques communes

L'étude des deux principales caractéristiques de l'idée subsidiaire confirme que la subsidiarité juridictionnelle en est un héritage. Elle en a repris les traits, qui fondent à la fois

⁴³⁹ J. BARROCHE, « La subsidiarité. Le principe et l'application », *Études*, 2008/6 (Tome 408), pp. 777-788, spéc. p. 777.

⁴⁴⁰ Pour l'utilisation de cet adjectif à propos du principe de subsidiarité, v. D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op.cit.*, p. 17.

⁴⁴¹ Pour l'utilisation de cet adjectif à propos du principe de subsidiarité, v. J. SHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *RMCUE*, 1993, n° 370, p. 318 : « *Dans son indétermination, le principe de subsidiarité suit l'idée fameuse de Napoléon : une constitution doit être brève et obscure* ».

⁴⁴² C. MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, *op. cit.* ; C. DELSOL, « Les fondements anthropologiques du principe de subsidiarité », *op. cit.* ; M. FEIX, « Subsidiarité, proportionnalité et construction européenne. Essai de généalogie des principes », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2011/4, n° 267, pp. 59-70.

sa richesse et sa complexité. Sa dualité (A) et sa réversibilité (B) sont alors à attribuer à l'idée subsidiaire, plus ancienne et générale.

A. La dualité

La première caractéristique de l'idée subsidiaire retrouvée dans la subsidiarité juridictionnelle est la dualité. Idée ancienne (1), l'idée subsidiaire est rendue complexe du fait de la dualité qui la caractérise (2).

1. Une idée ancienne

Avant le XXème siècle. L'adjectif *subsidiarius* existait en langue latine, dans laquelle il signifiait « *qui forme la réserve* ». Est ensuite apparu le nom *subsidiarii* qui désigne les « *troupes de réserve* »⁴⁴³. Pour ce qui est de la langue française, si l'adjectif *subsidaire* existe depuis 1355 et que l'adverbe *subsidairement* est apparu en 1536, le vocable *subsidiarité*⁴⁴⁴ semble être apparu au cours du XXème siècle⁴⁴⁵.

Les origines de la subsidiarité sont donc anciennes et sont datées par les observateurs à l'Antiquité, avec ARISTOTE⁴⁴⁶, qui décrit l'idée subsidiaire comme le fait pour chaque collectivité de se contenter de n'entreprendre que ce qu'elle est en mesure d'accomplir mieux que les autres. Sa pensée sera reprise au XIII^{ème} siècle par SAINT THOMAS D'AQUIN, pour

⁴⁴³ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaire Le Robert, Paris, 1993, V^o Subsidiaire.

⁴⁴⁴ J. BARROCHE, « La subsidiarité. Le principe et l'application », *op. cit.*, pp. 777-788 : « Les trois mots sont issus d'une même racine latine – sub (sous) et sedere (être assis) – qui a donné le nom subsidium et l'adjectif subsidiarius. Dans le langage militaire romain, les subsidiarii étaient les troupes de réserve qui ne servaient pas en temps normal mais constituaient un appoint en cas de défaillance exceptionnelle et pour la seule durée de cette défaillance. En français, on parle plus couramment de supplétifs ; ce qui explique (cf. infra) les premières traductions du latin assimilant subsidiarité et supplétivité ».

⁴⁴⁵ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in Francis DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 21-45 : l'auteur énonce que la première apparition du terme *subsidiarité* dans un texte scientifique en langue française date de 1964. Julien BARROCHE, quant à lui, situe la naissance du substantif *subsidiarité* de manière plus large au cours du XXème siècle. J. BARROCHE, « La subsidiarité chez Jacques Delors, du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne*, 2007/3, n^o 23, pp. 153-177.

⁴⁴⁶ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, v. I - 6, J. TRICOT (traduction), J. VRIN, Paris, Coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 2007 (1^{ère} éd. 1959), 578 p.

lequel les individus sont capables d'accomplir certaines tâches, qui sont autant de compétences individuelles sur lesquelles l'État ne doit pas empiéter.

À partir du XX^{ème} siècle. Cette conception est ensuite reprise à son compte par l'Église catholique, qui l'utilisera à la fois pour justifier une limitation de l'intervention papale dans les affaires des États et pour privilégier l'action des Églises locales et collectivités proches des individus plutôt que l'action étatique. L'Église catholique développe l'idée avec l'Encyclique *Quadragesimo Anno* en 1931. Expliquée par PIE XI, la subsidiarité reconnaît une certaine autonomie aux Églises locales par rapport à l'Église de Rome autant qu'elle rappelle le rôle second de l'État, qui ne doit intervenir qu'en cas de défaillance des individus⁴⁴⁷. Cet argumentaire est invoqué face à la montée des totalitarismes pour justifier une certaine autonomie des corps intermédiaires et des individus⁴⁴⁸. L'État n'aurait donc « *pas à agir mais à régir* »⁴⁴⁹.

D'importants développements seront également apportés en dehors de la pensée catholique, par ALTHUSIUS au XVI^{ème} siècle, qui considère que l'État se compose de différents niveaux d'action dont la coexistence est fondée sur un équilibre entre la base et le sommet reposant sur le principe de subsidiarité, selon lequel l'intervention du niveau supérieur ne se justifie qu'en cas d'insuffisance du niveau inférieur⁴⁵⁰. Ses idées seront reprises par HOBBS, LOCKE, TOCQUEVILLE ou encore PROUDHON pour perdurer encore aujourd'hui⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ V. § 88 de l'Encyclique *Quadragesimo anno* : « *Que l'autorité publique abandonne donc aux groupements de rang inférieur le soin des affaires de moindre importance où se disperserait à l'excès son effort ; elle pourra dès lors assurer plus librement, plus puissamment, plus efficacement les fonctions qui n'appartiennent qu'à elle, parce qu'elle seule peut les remplir ; diriger, surveiller, stimuler, contenir, selon que le comportent les circonstances ou l'exige la nécessité. Que les gouvernants en soient donc bien persuadés : plus parfaitement sera réalisé l'ordre hiérarchique des divers groupements, selon ce principe de la fonction supplétive de toute collectivité, plus grandes seront l'autorité et la puissance sociale, plus heureux et plus prospère l'état des affaires publiques* ».

⁴⁴⁸ B. LAPOINTE, « Le principe de subsidiarité sous l'éclairage de l'enseignement social de l'Église : Limitation ou extension des compétences de la Communauté européenne ? », *op. cit.*, pp. 433-440.

⁴⁴⁹ J. BARROCHE, « La subsidiarité chez Jacques Delors, du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *op. cit.*, pp. 153-177.

⁴⁵⁰ J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁵¹ Pour un historique détaillé de l'idée subsidiaire et du principe de subsidiarité, *ibid.*

2. Une idée complexe

Une question unique. Quelles que soient les implications que les uns ou les autres lui attribuent, l'idée subsidiaire répond à la question de la localisation du niveau d'action dans un système présentant plusieurs échelons potentiellement capables d'intervenir. Dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme autant que dans l'Union européenne, la question concerne principalement deux niveaux d'action, national et européen.

Un double impératif. Dans la réponse qu'elle apporte à cette question, l'idée subsidiaire doit permettre de trouver un équilibre⁴⁵² entre l'intervention des différents niveaux d'action, tout en poursuivant un double objectif d'efficacité⁴⁵³ et de proximité⁴⁵⁴. Rapportée aux ordres juridiques de la Convention et de l'Union, elle doit permettre d'organiser les compétences entre les deux niveaux, en conciliant à la fois la volonté de prendre les décisions « *le plus près possible des citoyens* »⁴⁵⁵ et celle de proposer une action efficace pour la construction européenne.

La difficulté tient au fait que le tandem efficacité-proximité ne constitue pas une équation parfaite, l'action de proximité ne garantissant pas nécessairement une intervention efficace⁴⁵⁶. La recherche d'une conciliation des deux objectifs est alors nécessaire.

Deux facettes. Le nom latin *subsidiarii* désignait les troupes de réserve, destinées à être appelées en renfort des *troupes régulières*⁴⁵⁷. Cette définition contient déjà l'idée d'intervention à la fois secondaire par rapport à un acteur principal, et en tant que secours, en cas de défaillance de sa part. En effet, alors que les troupes régulières interviennent principalement, les troupes de réserve sont dans un premier temps tenues de s'abstenir. En ce

⁴⁵² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 30

⁴⁵³ J.-L. SAURON, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité », *RMCE*, 1998, n° 423, pp. 645-656, spéc. p. 649.

⁴⁵⁴ J. MERTENS DE WILMARS, « Du bon usage de la subsidiarité », *RMUE*, 1992, n° 4, pp. 193-201.

⁴⁵⁵ Préambule du traité sur l'Union européenne, § 13.

⁴⁵⁶ F. LAMOUREUX, Audition à l'Assemblée nationale à Paris le 14 déc. 1992, in *Agence Europe*, n° 5879, 14 et 15 déc. 1992, p. 6. ; E. GAZZO, « Initiative pour la croissance : agir "le plus près possible des citoyens" », Éditorial, *Agence Europe*, n° 5880, 16 déc. 1992.

⁴⁵⁷ F. GAFFIOT, *Dictionnaire abrégé Latin-Français illustré*, *op. cit.*

sens, leur intervention est secondaire. Dans un second temps, si l'action des troupes régulières se révèle insuffisante, les troupes subsidiaires sont tenues d'intervenir en renfort, en complément ou en remplacement de ces dernières. Il s'agit alors d'une intervention de secours.

La doctrine, pour sa part, mentionne deux versants de la subsidiarité, l'un négatif, l'autre positif⁴⁵⁸. Le premier renvoie à l'inaction de principe de l'échelon supérieur tandis que le second caractérise son intervention lorsque l'action de l'échelon inférieur s'avère inefficace⁴⁵⁹. Cette idée est également résumée par Jacques DELORS par la formule selon laquelle « *la subsidiarité, ce n'est pas seulement une limite à l'intervention d'une autorité supérieure vis-à-vis d'une personne ou d'une collectivité qui est en mesure d'agir elle-même, c'est aussi une obligation, pour cette autorité, d'agir vis-à-vis de cette personne pour lui offrir les moyens de s'accomplir* »⁴⁶⁰. Ainsi, la subsidiarité oscille entre devoir de non-ingérence et devoir d'ingérence⁴⁶¹, le point d'équilibre entre les deux résidant dans l'efficacité de l'action entreprise⁴⁶².

Dans cette même dynamique, est évoquée, d'une part, la subsidiarité ascendante, qui implique que tout ce qui ne peut pas être réalisé de manière suffisante par le niveau inférieur incombera au niveau supérieur ; et d'autre part, la subsidiarité descendante, signifiant que tout ce qui peut être entrepris au plus près du citoyen ne doit pas être réalisé par les niveaux de pouvoirs qui en sont les plus éloignés⁴⁶³. Dès lors, un lien entre subsidiarité et décentralisation⁴⁶⁴ s'établit lorsqu'elle est envisagée dans son aspect descendant⁴⁶⁵. En ce

⁴⁵⁸ J. BARROCHE, « La subsidiarité chez Jacques Delors. Du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *op. cit.* ; B. LAPOINTE, « Le principe de subsidiarité sous l'éclairage de l'enseignement social de l'Église : Limitation ou extension des compétences de la Communauté européenne ? », *op. cit.*, p. 459 ; D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 16.

⁴⁵⁹ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 23.

⁴⁶⁰ J. DELORS, *Le Nouveau Concert européen*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1992, p. 165.

⁴⁶¹ C. MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, *op. cit.*

⁴⁶² J. BARROCHE, « La subsidiarité chez Jacques Delors. Du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *op. cit.*, p. 164.

⁴⁶³ Le 24 juin 1992, lors de sa conférence de presse avant le Conseil européen de Lisbonne, Jacques DELORS « a mis en garde contre une application déraisonnable de la subsidiarité qui serait un obstacle à la construction européenne et a rappelé que "la subsidiarité ne joue pas seulement vers le bas" mais peut jouer vers le haut, si une action est plus efficace à un niveau plus élevé ». V. Agence Europe, n°5757, 25 juin 1992, p.3.

⁴⁶⁴ J. BARROCHE, « La subsidiarité. Le principe et l'application », *op. cit.*, p. 785.

sens, la décentralisation n'est qu'une illustration particulière de la mise en œuvre de l'idée subsidiaire. De la dualité de l'idée subsidiaire découle sa réversibilité, dont les principales conséquences doivent être présentées.

B. La réversibilité

La réversibilité de l'idée subsidiaire, qui se retrouve exactement dans la subsidiarité juridictionnelle, repose sur une contradiction intrinsèque à la notion (1), qui rend son instrumentalisation possible (2).

1. Une contradiction intrinsèque⁴⁶⁶

L'ambiguïté de la notion. Selon celle de ses deux facettes qui est mise en avant, la subsidiarité peut à la fois limiter l'action de l'échelon supérieur comme en justifier l'intervention⁴⁶⁷. Ainsi, selon le but recherché par celui qui s'en prévaut, l'idée subsidiaire peut aboutir à un résultat ou à son inverse⁴⁶⁸. C'est en effet « *un concept philosophique, donc subjectif, et donc il peut donner lieu à des interprétations contradictoires* »⁴⁶⁹. Son ambiguïté⁴⁷⁰ s'observe tant dans l'ordre juridique de la Convention que de l'Union.

Convention européenne des droits de l'homme. Dans le système conventionnel, la subsidiarité implique que le juge européen doit, dans un premier temps, s'abstenir d'agir pour laisser le champ libre à l'action des juridictions nationales. Dans un second temps, si

⁴⁶⁵ J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁶⁶ Le Professeur David SZYMCZAK évoque pour sa part une « *ambivalence constitutive* ». V. D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, pp. 15-37.

⁴⁶⁷ J. VERHOEVEN, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 375-385.

⁴⁶⁸ E. MATTINA, « Subsidiarité, démocratie et transparence », *op. cit.*, p. 207.

⁴⁶⁹ J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁷⁰ E. GAZZO, « Lever le voile sur la "subsidiarité" pour ne pas tomber dans les pièges qu'elle peut cacher », *RMUE*, 1992, n° 4, pp. 221-226, spéc. p. 222. ; J.-Y. NAUDET, « Le principe de subsidiarité : ambiguïtés d'un concept à la mode », *Journal des Économistes et des Études humaines*, vol. 3, n° 2-3, 1992, pp. 319-331. ; M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « La subsidiarité : du vice et de la vertu de l'ambiguïté », *Revue politique et parlementaire*, mars-avril 1993, p. 72. ; C. DEGRYSE, *Dictionnaire de l'Union européenne*, Bruxelles, De Boeck Université, 1995, p. 465 ; S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 78 ; X. MARCHAND-TONEL, « La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne. Présentation du dossier », *Droit et société*, 2012/1, n° 80, pp. 5-12 ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 5^{ème} éd., 2013, p. 462.

l'insuffisance du juge de droit commun est avérée, alors il sera tenu d'intervenir pour en pallier les défaillances. Le caractère réversible de la subsidiarité réside en ce que la notion permet tant de légitimer l'intervention de la Cour que de garantir l'autonomie des États et particulièrement de leurs juridictions⁴⁷¹.

Dans ce contexte, la réversibilité de la subsidiarité conduit les acteurs à mettre en avant l'une de ses facettes au détriment de l'autre, courant le risque de rompre l'équilibre que le principe tente de trouver entre le respect des diversités nationales et l'émergence d'un droit commun⁴⁷².

Union européenne. Dans l'Union européenne, la subsidiarité, selon l'interprétation qui en est faite, conduit soit à une limitation des compétences de l'Union européenne au profit des États membres, soit à une extension des compétences de l'Union au détriment de ces derniers⁴⁷³. La manifestation sans doute la plus éclatante de sa réversibilité est à rechercher dans le contexte de l'adoption du traité de Maastricht.

L'inscription du principe de subsidiarité dans les traités européens est en effet une illustration des utilisations contradictoires dont peut faire l'objet l'idée subsidiaire⁴⁷⁴ dans la mesure où c'est son potentiel réversible⁴⁷⁵ qui lui a permis de rencontrer le succès dans la sphère européenne⁴⁷⁶. Ainsi, le traité de Maastricht avait pour objectif de transformer ce

⁴⁷¹ D. SIMON, « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », *Mélanges en l'honneur de Léontin-Jean CONSTANTINESCO*, Cologne, Carl Heymanns, Verlag, 1983, pp. 707 et s.

⁴⁷² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 30 ; B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, pp. 251-273.

⁴⁷³ E. MATTINA, « Subsidiarité, démocratie et transparence », *op. cit.* ; J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, pp. 105-115. V. également et en ce sens J.-M. FAVRET, *Droit et pratique de l'Union européenne*, Paris, Gualino Editeur, 2005, 5^{ème} éd., p. 221.

⁴⁷⁴ Si les fédéralistes autant que les eurosceptiques défendaient la constitutionnalisation du principe par le traité de Maastricht, leurs motivations étaient cependant opposées. Alors que les fédéralistes y voyaient la consécration du caractère fédéral de la construction communautaire, les eurosceptiques percevaient cette inscription comme le signe du retour vers une conception intergouvernementale de la Communauté. V. E. GAZZO, « Une initiative nouvelle – Donner la parole au Parlement », Editorial, *Agence Europe*, n° 5617, 27 nov. 1991 ; E. GAZZO, « Les Douze "résolus" et sans arrière-pensées à Maastricht ? », Éditorial, *Agence Europe*, n° 5663, 7 fév. 1992 ; J. CHARPENTIER, « Quelle subsidiarité ? », *Pouvoirs*, 1994, n°69, p. 53.

⁴⁷⁵ J. BARROCHE, « Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours », *op. cit.*, p. 15.

⁴⁷⁶ G. STROZZI, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *RTD eur.*, 1994, pp. 373-390.

concept philosophique en « *concept opératoire* »⁴⁷⁷. La « *double conception* » de la subsidiarité y est inscrite⁴⁷⁸, comme en témoigne la formulation de l'article 3B du traité⁴⁷⁹.

Cet épisode illustre le fait que l'idée subsidiaire peut être utilisée et interprétée de manière contradictoire selon le but recherché par celui qui l'invoque, selon l'échelon depuis lequel elle est appréhendée⁴⁸⁰. Ainsi que le résume Julien BARROCHE, « *le succès du terme repose donc sur une ambiguïté fondatrice : la double facette du principe et la commodité avec laquelle on peut l'orienter autorisent toutes les appropriations* »⁴⁸¹.

2. Une instrumentalisation possible

Convention européenne des droits de l'homme. Certains vont jusqu'à évoquer « *une certaine instrumentalisation* »⁴⁸² de la subsidiarité. Dans le cadre conventionnel, tel est par exemple le cas lorsqu'un État s'en empare dans le but, à peine dissimulé⁴⁸³, d'aboutir à un « *encadrement réducteur du contrôle du juge européen* »⁴⁸⁴.

La Conférence de Brighton, dont le contexte était largement marqué par le conflit opposant le Royaume-Uni à la Cour sur la question du droit de vote des détenus⁴⁸⁵, a vu s'articuler un double discours. En apparence appelé au secours de l'encombrement de la Cour européenne et encourageant la responsabilisation des États dans la sauvegarde des droits

⁴⁷⁷ M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « La subsidiarité : du vice et de la vertu de l'ambiguïté », *op. cit.*, p. 72.

⁴⁷⁸ J. BARROCHE, « La subsidiarité chez Jacques Delors. Du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *op. cit.*, p. 168.

⁴⁷⁹ Pour un commentaire, v. J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES et J. WEYLAND, *Le traité de Maastricht*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 141-151.

⁴⁸⁰ J. SANTER, Introduction au colloque Jacques DELORS « *Subsidiarité : défi du changement* », organisé par l'Institut européen d'administration publique, Maastricht, 21 et 22 mars 1991, p. 32 : « *Nous savons en effet que le consensus apparent autour du principe de subsidiarité n'est possible que parce qu'il cache des divergences d'interprétation* ».

⁴⁸¹ J. BARROCHE, « La subsidiarité chez Jacques Delors. Du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *op. cit.*, p. 168.

⁴⁸² D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 15.

⁴⁸³ C. HAGUENAU-MOIZARD, « La Cour suprême britannique et la Cour européenne des droits de l'homme : une nouvelle voix dans le dialogue des juges », *RTD h.*, n° 91, 2012, pp. 491-505.

⁴⁸⁴ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP. G.*, n° 42, 2013, p. 1917.

⁴⁸⁵ N. BRATZA, « The relationship between the UK courts and Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, n° 5, 2011, pp. 505 et s.

fondamentaux, l'idée subsidiaire incarne également dans le discours politique britannique un impératif justifiant de « *limiter le rôle de la Cour et l'inciter à une interprétation moins audacieuse du texte conventionnel* »⁴⁸⁶. Ainsi, l'inscription du principe de subsidiarité dans le Préambule de la Convention actée par le Protocole n°15, dont l'impulsion a été donnée à Brighton⁴⁸⁷, pose la question de son instrumentalisation⁴⁸⁸.

Union européenne. De même, la réversibilité de la subsidiarité lui coûte d'être instrumentalisée par les États membres de l'Union européenne⁴⁸⁹ lorsque ces derniers, dans le cadre d'une compétence partagée, souhaitent garder la maîtrise de l'action en dépit du fait que dans le domaine concerné, seule une action européenne serait efficace. Tel est parfois le cas dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice⁴⁹⁰.

La subsidiarité juridictionnelle puise ainsi ses origines dans cette idée si particulière qu'est l'idée subsidiaire. Elle se démarque néanmoins par le cadre particulier dans lequel elle évolue.

§ 2. Un cadre particulier

La subsidiarité juridictionnelle, autant que le principe de subsidiarité, est profondément marquée par ses implications dans la construction européenne **(2)**, bien que cette notion existe également en dehors de ce cadre spécifique **(1)**.

A. L'existence de la subsidiarité juridictionnelle hors de l'intégration européenne

Loin d'être un phénomène propre à la construction européenne, la subsidiarité juridictionnelle s'exerce également au niveau national **(1)** et international **(2)**.

⁴⁸⁶ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1918.

⁴⁸⁷ Art. 12. b) de la Déclaration de Brighton.

⁴⁸⁸ F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *Cah. dr. eur.*, n° 2, 2012, pp. 305 et s.

⁴⁸⁹ V. CONSTANTINESCO, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? », *RMUE*, 1992, n° 4, pp. 227-230.

⁴⁹⁰ H. LABAYLE, « La politique d'asile de l'Union européenne, de la crise à la mutation ? », *JCP G.*, 2015, n° 44, doctr. 1190, pp. 2007-2013.

*1. Une existence au niveau national*⁴⁹¹

La subsidiarité juridictionnelle existe de longue date dans certains ordres juridiques nationaux, dans lesquels le recours constitutionnel est subsidiaire par rapport au contrôle du juge ordinaire. C'est le cas en Allemagne⁴⁹², en Espagne, en Autriche et en Andorre⁴⁹³.

De la même manière, le principe de subsidiarité est historiquement bien connu de certains des États fédéraux tels que l'Allemagne ou l'Autriche⁴⁹⁴. L'étude des origines de la subsidiarité permet en effet d'observer que le terme est ancré dans la tradition du fédéralisme allemand⁴⁹⁵. Issu de la doctrine religieuse catholique, il s'en extrait peu à peu pour intégrer la sphère juridique, et devenir une caractéristique de la forme fédérale de l'État. En Allemagne, le mot n'apparaît pas dans la version originale de la loi fondamentale, mais y figure depuis la révision constitutionnelle induite par le traité de Maastricht⁴⁹⁶.

Le principe de subsidiarité est donc un principe de droit constitutionnel⁴⁹⁷. Comme le souligne Jean-Louis CLERGERIE, il est intéressant de noter que « *le traité de Maastricht parle de subsidiarité sans dire le mot "fédéralisme" alors que la loi fondamentale allemande se réclame du fédéralisme sans jamais employer le terme "subsidiarité"* »⁴⁹⁸.

Le principe de subsidiarité était dans le même temps presque totalement ignoré des États de tradition jacobine comme la France ou l'Italie. Il a néanmoins, et plus récemment,

⁴⁹¹ Sur cette question à propos du principe de subsidiarité, v. C. MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, op. cit.

⁴⁹² A. DITTEMANN, « Le recours constitutionnel en droit allemand », CCC, n° 10, 2001, pp. 72 et s.

⁴⁹³ L. BURGORGUE-LARSEN, « Subsidiarité et juges suprêmes nationaux, du contrôle de constitutionnalité à la collaboration juridictionnelle. Approche de droit comparé », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, p. 307.

⁴⁹⁴ J. SHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », op. cit., pp. 615-619.

⁴⁹⁵ J. ROSSETTO, « La subsidiarité dans les Constitutions des États membres de l'Union européenne : l'exemple de l'Allemagne et de la France », in *Les collectivités territoriales et l'intégration européenne*, Tours, Presse universitaire François Rabelais, 2005, pp. 9 et s. V. également J. BARROCHE, *État, libéralisme et christianisme : critique de la subsidiarité européenne*, Paris, Dalloz, 2012.

⁴⁹⁶ Art. 23-1 de la Loi fondamentale allemande.

⁴⁹⁷ G. DRAGO, « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », RIDC, vol. 46, n° 2, avril-juin 1994, pp. 583-592.

⁴⁹⁸ J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, op. cit.

connu un certain succès dans des États unitaires⁴⁹⁹. L'étude des États unitaires décentralisés, dans la mesure où la décentralisation implique l'autonomie - plus ou moins poussée - des collectivités territoriales, soulève d'ailleurs la question de savoir s'il ne s'agit pas d'une application particulière du principe de subsidiarité⁵⁰⁰.

Ainsi l'article 72, alinéa 2, de la Constitution française, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁵⁰¹, a-t-il largement été interprété par la doctrine comme inscrivant le principe de subsidiarité dans la Constitution⁵⁰². Telle n'est cependant pas l'interprétation retenue par le Conseil Constitutionnel⁵⁰³.

2. Une existence au niveau international

La subsidiarité juridictionnelle n'est pas non plus inconnue du droit international. En atteste l'articulation des compétences entre les juridictions nationales et la Cour pénale internationale, qui répond à une logique empreinte de subsidiarité⁵⁰⁴, bien que le terme usité soit plutôt celui de *complémentarité* de la juridiction internationale⁵⁰⁵.

La subsidiarité juridictionnelle est également présente dans le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui consacre la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes⁵⁰⁶.

⁴⁹⁹ Dans la Constitution portugaise, suite à la révision constitutionnelle de 1992 notamment. V. aussi P. BOISSEAU, « Le principe de subsidiarité et les Constitutions des nouveaux membres de l'Union européenne : les exemples de la Pologne et de la République tchèque », *Les collectivités territoriales et l'intégration européenne*, Tours, Presse universitaire François Rabelais, 2005, pp. 17 et s.

⁵⁰⁰ J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*

⁵⁰¹ Art. 72 al. 2 de la Constitution française : « *Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent être mises en œuvre à leur échelon* ».

⁵⁰² J. BARROCHE, « La subsidiarité française existe-t-elle ? », *op. cit.*

⁵⁰³ CC, 7 juil. 2005, n° 2005-516 DC, Loi de programme fixant les objectifs de la politique énergétique, spéc. cons. n° 12. V. Le dossier intitulé « *Le principe de subsidiarité dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003* » attaché à la décision et disponible en ligne : www.conseil-constitutionnel.fr. V. également R. FRAISSE, « Quelle est la portée du "principe de subsidiarité" ? », *Droit administratif*, 2005, s.n., pp. 21-22.

⁵⁰⁴ B. TAXIL, « La Cour pénale internationale et la Constitution française », *Actualité et Droit International*, février 1999, en ligne : <http://www.ridi.org/adi/199902a3.html>.

⁵⁰⁵ Pour des précisions sur le sujet, v. P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*

⁵⁰⁶ Art. 5, § 2, b du Protocole facultatif du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966.

De même, le principe de subsidiarité trouve application dans le droit international public. L'exemple le plus commun est celui de l'Organisation des Nations Unies, dont l'action demeure subsidiaire par rapport aux organisations régionales. L'expression du principe transparaît dans la Charte des Nations Unies, laquelle indique que « *Le Conseil de sécurité encourage le développement du règlement pacifique des différends d'ordre local par le moyen de ces accords ou de ces organismes régionaux* »⁵⁰⁷.

Si la notion de subsidiarité juridictionnelle existe de longue date dans les ordres juridiques nationaux et international, cette dernière – à l'instar du principe de subsidiarité – entretient un rapport tout à fait particulier avec la construction européenne.

B. La singularité de la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne

La notion de subsidiarité juridictionnelle a véritablement émergé en tant que telle dans les analyses doctrinales européenistes. Il est intéressant de remarquer qu'il en est de même concernant le principe de subsidiarité (1). Aussi, elle jouit dans l'intégration européenne d'un rayonnement sans égal. Là encore, un parallèle avec le principe de subsidiarité est tout-à-fait éclairant (2).

1. L'émergence du vocabulaire

La subsidiarité juridictionnelle. Ce sont ses implications dans les ordres juridiques européens qui l'ont amenée à occuper le devant de la scène. Le cadre européen a permis son émergence dans le vocabulaire juridique. En effet, l'expression *subsidiarité juridictionnelle* a vu le jour dans la doctrine française à la fin des années 1990⁵⁰⁸, et reste aujourd'hui encore presque exclusivement attachée à la construction européenne.

Le principe de subsidiarité. De même, le principe de subsidiarité, bien qu'il existe depuis plusieurs siècles, est véritablement entré dans le vocabulaire courant avec le

⁵⁰⁷ Art. 52 de la Charte des Nations Unies.

⁵⁰⁸ L'apparition peut être précisément datée en 1997, dans le manuel de droit communautaire du Professeur Denys SIMON, v. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., pp. 271 et 395. V. également les numéros 1 & 2 de la Revue des Affaires Européennes 1998, dont la deuxième partie s'intitule « *La subsidiarité : approche juridictionnelle* ».

développement de l'intégration européenne⁵⁰⁹. Son succès peut être précisément daté au moment de son inscription dans le traité de Maastricht, qui a donné lieu à de nombreux commentaires⁵¹⁰. Il s'ensuit qu'il a acquis, à cette période, une large visibilité auprès du grand public. D'aucuns n'hésitent pas à évoquer à cet égard un « *concept à la mode* »⁵¹¹. Dans le cadre conventionnel, son apparition dans la jurisprudence conventionnelle a largement contribué à la popularité du terme depuis la fin des années 1960⁵¹².

Les deux notions sont ainsi marquées au fer rouge par leur implication européenne, à tel point que le cadre européen devient naturellement l'un des éléments de leur définition⁵¹³. Il s'ensuit que la simple évocation de la subsidiarité juridictionnelle ou du principe de subsidiarité conduit presque instinctivement l'observateur à se placer dans un contexte européen.

2. Le rayonnement européen

Convention européenne des droits de l'homme. Affirmer que la notion de subsidiarité juridictionnelle et le principe de subsidiarité sont des pièces maîtresses de la construction européenne n'a rien d'excessif. Non seulement l'un et l'autre ont guidé la création des deux systèmes européens, mais ils en demeurent aujourd'hui les clés de voûte. Pour reprendre les

⁵⁰⁹ A. RACCAH, « Les faux espoirs du principe de subsidiarité post-Lisbonne », IPSOLE, Colloque de lancement : *Belgique, Europe et mondialisation : quelles équations ?*, Louvain-la-Neuve, 13 et 14 oct. 2010, disponible en ligne : <https://www.uclouvain.be/332202.html>

⁵¹⁰ V. parmi les nombreux exemples : le discours de la Reine ELISABETH II au Parlement européen à Strasbourg le 12 mai 1992 (Documents, *Agence Europe*, n° 1774, 14 mai 1992) ; Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen sur « Le principe de subsidiarité », 27 octobre 1992, SEC(92)1990 final ; Conclusions de la Présidence du Conseil Européen, Edimbourg, 11 et 12 décembre 1992 ; Audition de F. LAMOUREUX à l'Assemblée nationale à Paris le 14 décembre 1992, (*Agence Europe*, n° 5879, 14 et 15 décembre 1992) ; Débat sur « Le principe de subsidiarité : un concept-clé pour le processus d'intégration européenne » organisé par le Bureau de la Commission européenne à Bonn le 9 mars 1993 ; Rapport de la Commission européenne au Conseil européen sur « L'adaptation de la législation communautaire existante au principe de subsidiarité », 10 et 11 décembre 1993 ; Interview de J. CHIRAC à la BBC-Télévision, Dépêche AFP du 16 juin 1998 ; Numéro spécial « La subsidiarité », *Revue des affaires européennes*, 1998, n° 1 & 2.

⁵¹¹ J.-Y. NAUDET, « Le principe de subsidiarité : ambiguïtés d'un concept à la mode », *op. cit.* ; *Définition et limites du principe de subsidiarité*, Rapport, Comité directeur des autorités locales et régionales du Conseil de l'Europe, 1994, 47 p., spéc. p. 5.

⁵¹² Et ce dès CourEDH, 23 juil. 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, série A, n° 6, § 10.

⁵¹³ Il est possible de se référer à l'ensemble des dictionnaires juridiques, qui font état de la dimension européenne du principe de subsidiarité parmi les éléments le caractérisant.

propos du Professeur Paul TARVERNIER, « *la notion de subsidiarité (...) est au cœur du droit européen, aussi bien à Bruxelles qu'à Strasbourg* »⁵¹⁴.

Dans le système de la Convention, l'évocation du principe de subsidiarité renvoie indifféremment à la subsidiarité des dispositions conventionnelles par rapport aux droits nationaux, à la subsidiarité de l'intervention des institutions créées par la Convention par rapport aux autorités nationales, ou encore à la subsidiarité de l'intervention de la Cour par rapport aux juridictions nationales. Comme le rappelle Vincent BERGER, « *le principe de subsidiarité est l'un des principes fondamentaux sous-tendant tout le système de la Convention* »⁵¹⁵ en dépit du fait qu'il ne soit pas mentionné dans le texte conventionnel. Le Professeur Frédéric SUDRE souligne à cet égard que « *l'économie de la Convention EDH est toute entière fondée sur la notion de subsidiarité* »⁵¹⁶.

Ainsi qu'en atteste son omniprésence dans la jurisprudence de la Cour, la subsidiarité de son contrôle est un marqueur de l'ordre juridique conventionnel⁵¹⁷. Les illustrations, autant anciennes que récentes, ne manquent pas⁵¹⁸. D'ailleurs, dans ses décisions, la Cour européenne mentionne le principe de subsidiarité sous le titre « *principes généraux applicables* », ce qui confirme que ce dernier est un « *pilier* »⁵¹⁹ de l'ordre juridique conventionnel.

L'observation des déclarations d'Interlaken, Izmir, Brighton, Oslo, Bruxelles et Copenhague permet également de le vérifier. Ces déclarations, aboutissements des

⁵¹⁴ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 219.

⁵¹⁵ Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 2.

⁵¹⁶ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *op. cit.*, p. 1914.

⁵¹⁷ Une simple recherche du terme « subsidiarité » dans la base de donnée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int/fre#>) suffit pour s'en convaincre. V. également H. PETZOLD, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », in *The European System for the Protection of Human Rights*, R. St. MACDONALD J., MATSCHER F. & PETZOLD H. (Ed), Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 41 et s.

⁵¹⁸ Parmi les très nombreux exemples, v. CourEDH, 23 juil. 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, série A, n° 6, § 10 ; CourEDH, GC, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, req. n° 36813/97, § 140 ; CourEDH, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, § 42 ; CourEDH, GC, 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, req. n° 16064/90 et al., § 164 ; CourEDH, 21 janv. 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, § 286 ; CourEDH, 13 déc. 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07, § 77.

⁵¹⁹ CourEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et autres. c. Royaume-Uni*, req. n° 39692/09 et al., § 61.

conférences sur la réforme de la Cour qui se sont tenues entre 2010 et 2018⁵²⁰, font largement mention de la subsidiarité de l'action européenne et appellent sans cesse à son renforcement en prônant une action plus efficace au niveau national. Il suffit également d'observer le Protocole n°15⁵²¹ amendant la Convention. Adopté en 2013, il introduit dans le préambule du texte conventionnel une référence au principe de subsidiarité⁵²².

Enfin, l'activité doctrinale autour de la Convention permet aussi de prendre la mesure de l'importance de la subsidiarité. Le colloque organisé par le Professeur Frédéric SUDRE en 2013 portant sur « *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme* », dont les actes ont été publiés⁵²³, ainsi que la thèse qu'il a dirigée sur le même sujet, en sont des illustrations significatives⁵²⁴.

Cette montée en puissance de la subsidiarité s'explique par le fait que cette dernière joue le rôle d'un catalyseur de tensions. Elle est en effet invoquée par les acteurs nationaux qui s'en prévalent régulièrement pour contester l'action européenne et revendiquer l'exercice de compétences à l'échelon national⁵²⁵.

Union européenne. Pour comprendre que la subsidiarité revêt une dimension européenne particulière, il est également utile d'observer qu'elle est au fondement de la construction communautaire. En effet, « *les pères fondateurs ont (...) fait de la subsidiarité*

⁵²⁰ Un dossier intitulé « Réforme de la Cour » rassemblant l'ensemble des documents utiles est disponible sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme, en ligne à l'adresse suivante : http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/reform&c=fra#n1365510045079_pointer

⁵²¹ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STCE n° 213.

⁵²² Art. 1 du Protocole n° 15, non encore en vigueur.

⁵²³ F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit.

⁵²⁴ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit.

⁵²⁵ C'est le cas par exemple à l'Assemblée nationale française où, dans une proposition de résolution du 18 février 2015, un groupe de parlementaires préconisait une renégociation des conditions de saisine et des compétences de la Cour européenne des droits de l'homme en dénonçant le fait que « *les principes fondamentaux du droit, à commencer par la souveraineté dans notre pays, nos institutions ainsi que l'impératif de sécurité nationale ont été directement impactés par une série de décisions [de la Cour européenne des droits de l'homme] hautement discutables...* ». V. Assemblée nationale, Proposition de résolution n° 2601 invitant le Gouvernement à renégocier les conditions de saisine et les compétences de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) sur les questions touchant notamment à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme, 18 février 2015. V. *Infra*, Partie II, Titre II, Section 2, B, 2.

comme Monsieur Jourdain faisait de la prose »⁵²⁶. Autrement dit, elle constitue le postulat de base de l'ambition communautaire portée par la Déclaration Schuman du 9 mai 1950.

Cette dernière est fondée sur l'idée selon laquelle la création d'une Communauté européenne du charbon et de l'acier est essentielle, afin de permettre à la France et à l'Allemagne de faire à un niveau supérieur ce qu'elles ne parvenaient pas à faire au niveau étatique : assurer la sauvegarde pérenne de la paix en Europe. La gestion commune des ressources au niveau supranational (subsidiarité économique) s'accompagne alors d'une mise en commun de compétences créant un niveau d'action européen⁵²⁷ (subsidiarité politique). L'objectif d'efficacité a en effet imposé de pallier les insuffisances des États par la création d'une organisation européenne⁵²⁸.

L'idée subsidiaire est ainsi à la base de l'esprit des traités communautaires⁵²⁹ et demeure encore aujourd'hui un pilier de l'Union européenne. En témoigne la montée en puissance du principe de subsidiarité depuis le traité de Maastricht. Déjà énoncé dans l'Acte unique européen⁵³⁰, le principe est inscrit dans le droit primaire en 1992. Il vit depuis lors un renforcement constant.

En effet, si le traité d'Amsterdam se voit annexer le Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité⁵³¹, le traité de Lisbonne va plus loin, en consacrant le rôle des Parlements nationaux dans le contrôle du respect du principe de subsidiarité⁵³². Comme le prévoit le Protocole n° 2⁵³³, les projets d'actes législatifs doivent

⁵²⁶ J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES et J. WEYLAND, *Le traité de Maastricht*, *op. cit.*, p. 142.

⁵²⁷ M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, pp. 131 à 200.

⁵²⁸ J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 165-167.

⁵²⁹ D'ailleurs, dans les traités eux-mêmes, il est aisé de trouver des éléments exprimant la subsidiarité. C'est l'exemple de l'instrument normatif que sont les directives, v. M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, pp. 131-200.

⁵³⁰ Art. 130 R, § 4 du traité de Rome tel que consolidé par l'Acte unique européen. Cette disposition énonce le principe de subsidiarité en matière d'environnement sans expressément le nommer.

⁵³¹ Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

⁵³² Protocole n° 1 sur le rôle des Parlements nationaux dans le processus décisionnel européen. V. A. MEYER-HEINE, « La participation des parlements au fonctionnement de l'Union européenne : quand la subsidiarité renforce la démocratisation de l'Union », *Droit et Société*, 2012/1, n° 80, pp. 31-46.

⁵³³ Ce Protocole se substitue au Protocole annexé au Traité d'Amsterdam, qui succédait à l'Accord institutionnel du 29 octobre 1993.

expressément être motivés au regard de la subsidiarité, par le biais d'une « fiche subsidiarité » attachée à tout projet d'acte législatif⁵³⁴. Mais encore, ce texte confie aux parlements nationaux le contrôle du respect du principe de subsidiarité par les projets d'actes législatifs européens⁵³⁵. Un « *contrôle politique a priori du respect du principe de subsidiarité* »⁵³⁶ est ainsi mis en place. Il consacre également la compétence de la Cour de justice pour connaître des éventuelles violations du principe de subsidiarité⁵³⁷. Enfin, le Protocole n° 2 rappelle que la Commission présente chaque année un rapport sur l'application du principe de subsidiarité notamment⁵³⁸, rapport annuel intitulé « *Mieux légiférer* », qui existe sous cette forme depuis 1995⁵³⁹.

Le même constat peut être dressé quant à la subsidiarité juridictionnelle, bien qu'elle n'ait jamais fait son entrée dans le droit positif. La subsidiarité normative s'est accompagnée dès les origines d'une subsidiarité juridictionnelle, justifiée par le fait que la Cour de justice était la seule en mesure de garantir l'autonomie et l'uniformité d'application du droit issu des traités européens⁵⁴⁰. En l'absence d'un réseau européen de juridictions, l'application quotidienne du droit communautaire revenait naturellement au juge national⁵⁴¹. Sans qu'il n'ait été besoin de dire son nom⁵⁴², la subsidiarité juridictionnelle s'est imposée comme une condition fondamentale de l'ordre juridique nouvellement créé.

⁵³⁴ Art. 5 du Protocole n° 2.

⁵³⁵ Le Protocole n° 2 doit à ce titre être lu en combinaison avec le Protocole n° 1 sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne.

⁵³⁶ X. MARCHAND-TONEL, « La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne. Présentation du dossier », *Droit et société*, 2012/1, n° 80, pp. 5-12, spéc. p. 9. V. également J. BARROCHE, « Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours », *op. cit.*, p. 24.

⁵³⁷ Art. 8 du Protocole n° 2. V. A. MEYER-HEINE, « La participation des parlements au fonctionnement de l'Union européenne : quand la subsidiarité renforce la démocratisation de l'Union », *op. cit.*

⁵³⁸ Art. 9 du Protocole n° 2.

⁵³⁹ Rapports annuels disponibles sur le site de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/law_making_fr.html

⁵⁴⁰ Entretien avec le juge Ezio PERILLO, Bayonne, 15 avr. 2014.

⁵⁴¹ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 85. Le Professeur Denys SIMON évoque à propos de la subsidiarité juridictionnelle « *la conséquence du choix initial opéré par les auteurs des traités, qui n'ont pas entendu organiser une structure institutionnelle pyramidale de type fédéral, mais qui ont opté pour un partage des compétences dont la logique serait commandée par un principe de subsidiarité judiciaire* ».

⁵⁴² J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 6.

L'étude des relations entre la subsidiarité juridictionnelle et l'idée subsidiaire a ainsi permis d'identifier les caractéristiques de la subsidiarité juridictionnelle au prisme de sa notion-mère. Plus encore, cette analyse a déjà conduit à observer que cette dernière partage avec le principe de subsidiarité les mêmes fondements d'une part, ainsi que le même cadre privilégié de déploiement.

Le parallèle ne s'arrête pas là puisqu'à l'heure de qualifier la subsidiarité juridictionnelle, la question se pose de savoir si elle est simplement une déclinaison du principe de subsidiarité en matière juridictionnelle.

SECTION 2. UNE DÉCLINAISON DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ ?

Les précédents développements ont déjà permis de confirmer que la subsidiarité juridictionnelle et le principe de subsidiarité proviennent de la même idée originelle. Reste à savoir si les liens entre subsidiarité juridictionnelle et principe de subsidiarité s'épuisent avec cette origine commune, ou si, au contraire, leurs relations sont plus étroites. L'identification de la nature de la subsidiarité juridictionnelle doit en effet permettre de répondre à la question de savoir si cette dernière peut être considérée comme une déclinaison du principe de subsidiarité, ou plutôt comme un principe autonome.

L'étude des définitions des deux notions apparaît indispensable afin de caractériser les relations qu'elles entretiennent (§1). Ensuite, la recherche de la qualification de la subsidiarité juridictionnelle, c'est à dire s'interroger quant à sa nature principielle et sa juridicité, est essentielle. La recherche du caractère principiel de la subsidiarité juridictionnelle autant que de sa juridicité devrait en effet permettre, selon cette double approche, à la fois d'en savoir davantage quant à la nature de cette dernière, ainsi que d'en apprécier l'autonomie par rapport au principe de subsidiarité (§2).

§ 1. Des définitions timorées

Dès lors qu'il s'agit de définir la subsidiarité juridictionnelle, le terme *indéfinition* surgit à l'esprit. Cependant, en prolongeant le parallèle avec le principe de subsidiarité, il sera constaté que l'indéfinition ne sera pas exactement entendue de la même manière dans les deux cas. Si la subsidiarité juridictionnelle ne reçoit aucune définition en droit positif et n'a que rarement fait l'objet d'un travail définitionnel par la doctrine⁵⁴³, le principe de subsidiarité lui, reçoit une multitude de définitions. D'aucuns évoquent à cet égard un véritable « *brouillage définitionnel* »⁵⁴⁴.

⁵⁴³ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, pp. 84-94.

⁵⁴⁴ J. BARROCHE, « Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours », *op. cit.*

Concernant la subsidiarité juridictionnelle, l'indéfinition renvoie plus simplement à la quasi absence de définition de la notion **(A)**. L'indéfinition du principe de subsidiarité doit, quant à elle, être comprise dans le sens d'une absence de définition *univoque* **(B)**.

A. Une définition lacunaire de la subsidiarité juridictionnelle

L'expression est absente du droit positif, qui n'en livre *a fortiori* aucune définition **(1)** et le travail définitionnel doctrinal, s'il a le mérite d'exister, demeure lacunaire **(2)**.

1. Une notion non définie par le droit positif

L'étude du droit positif aboutit à un constat sans appel : la subsidiarité juridictionnelle n'y est jamais nommée. Il en existe seulement des « *traces* »⁵⁴⁵. Il est évoqué sans écrire le mot, comme c'est le cas avec le principe de subsidiarité dans le texte conventionnel tant que le Protocole n°15⁵⁴⁶ n'est pas entré en vigueur, et comme ce fut le cas dans les traités de l'Union européenne jusqu'en 1992⁵⁴⁷. Il convient alors d'en dessiner les contours en analysant les éléments textuels et jurisprudentiels y faisant référence. Il sera ainsi aisé d'observer que la subsidiarité juridictionnelle revêt deux dimensions complémentaires dans le droit de la Convention et dans le droit de l'Union.

L'intervention principale du juge national. En droit conventionnel, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes prévue par l'article 35, paragraphe 1, de la Convention⁵⁴⁸, combinée aux dispositions de l'article 13, garantissant le droit à un recours effectif, renseigne sur le caractère prioritaire de l'intervention du juge national par rapport au

⁵⁴⁵ V. supra Chapitre 1, Section 2 : Les sources de la subsidiarité juridictionnelle. V. également F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, op. cit., pp. 72 et s., et P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », op. cit., p. 227.

⁵⁴⁶ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STCE n° 213.

⁵⁴⁷ F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, op. cit., p. 76. L'auteur évoque à cet égard la « *vie cachée* » du principe de subsidiarité.

⁵⁴⁸ L'article 35 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que : « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* ».

contrôle opéré par la Cour⁵⁴⁹. La jurisprudence constante de la Cour européenne sur cette règle confirme cette idée⁵⁵⁰.

Plus largement, le caractère prioritaire de l'intervention du juge national dans la protection des droits et libertés conventionnels est régulièrement rappelé dans la jurisprudence de la Cour européenne, dont les formules sont devenues classiques⁵⁵¹. Il apparaît ainsi très clairement que « *la règle de l'épuisement des voies de recours internes et le droit à un recours effectif sont les deux faces d'une même médaille qui tend à obliger à une mise en œuvre [prioritairement] nationale de la Convention* »⁵⁵², et plus largement que « *l'exécution des obligations conventionnelles repose principalement sur les autorités nationales* »⁵⁵³, parmi lesquelles « *les juridictions nationales ont une responsabilité particulière en raison du rôle des tribunaux dans l'État de droit* »⁵⁵⁴.

Dans le droit de l'Union européenne, l'existence, dès les origines⁵⁵⁵, d'une procédure préjudicielle renseigne sur le rôle ordinairement dévolu aux juridictions nationales qui, « *sans pour autant être hiérarchiquement subordonnées à la Cour de justice (...) sont les juges*

⁵⁴⁹ E. PICARD, « Commentaire de l'article 26 », *op. cit.*, pp. 592-593.

⁵⁵⁰ V. parmi les nombreux exemples : CourEDH, GC, 16 déc. 1999, *T. c. Royaume-Uni*, req. n° 24724/94, § 55 ; CourEDH, GC, 25 mars 2014, *Vučković et autres c. Serbie*, req. n° 17153/11, § 70 ; CourEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, série A, n° 24, § 48, *GACEDH*, n° 7 : « *la Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle, y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes* ». ; CourEDH, GC, 1^{er} mars 2010, *Demopoulos et autres c. Turquie*, req. n° 46113/99, Rec. 2010, § 101 : « *lorsqu'il existe des voies de recours effectives, un requérant est tenu de s'en prévaloir avant d'invoquer le contrôle international de la Cour* ».

⁵⁵¹ De jurisprudence constante en effet, la Cour considère que « *les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux* » (v. notamment CourEDH, GC, 1^{er} juil. 2014, *S.A.S c. France*, req. n° 43835/11, § 129), et qu'il leur « *appartient en premier lieu (...) de redresser une violation alléguée de la Convention* » (v. CourEDH, GC, 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n° 26828/06, § 259).

⁵⁵² G. ROSOUX, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation aux dialogues des juges », *RTD h.*, n° 71, 2007, p. 774.

⁵⁵³ S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 62.

⁵⁵⁴ J.-P. COSTA, « Intervention introductive », Conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Conseil d'État, Paris, 19 avril 2010, en ligne sur www.conseil-etat.fr.

⁵⁵⁵ Art. 41 du traité CECA du 18 avr. 1951, puis art. 177 du traité CEE et art. 150 du traité Euratom du 25 mars 1957. L'art. 41 du traité CECA établissait uniquement le renvoi préjudiciel en appréciation de validité : « *La Cour est seule compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité des délibérations de la Haute autorité et du Conseil, dans le cas où un litige porté devant un tribunal national mettrait en cause cette validité* ».

communautaires de droit commun »⁵⁵⁶. Les juridictions des États membres sont en effet envisagées comme les juges principaux du droit de l'Union européenne⁵⁵⁷. L'application quotidienne de ce droit leur revient⁵⁵⁸, et ce n'est qu'en cas de difficulté ou d'incompétence que ces derniers seront conduits à solliciter l'intervention du juge européen⁵⁵⁹.

De la même manière que le droit à un recours effectif garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à une protection juridictionnelle effective⁵⁶⁰ renvoie au rôle fondamental du juge national dans l'application des dispositions issues du droit européen. Le principe procède ainsi à un « *appel au juge national, en sa qualité de juge de droit commun du droit de l'Union européenne, pour venir en renfort des droits de recours insuffisants des personnes physiques et morales dans le contentieux de l'Union* »⁵⁶¹.

La Cour de justice rappelle également le rôle principal des juridictions nationales dans l'ordre juridique de l'Union européenne. De manière très claire dans son *avis 1/09*, cette dernière affirme que les juridictions nationales sont les « *juges de "droit commun" de l'ordre juridique de l'Union* »⁵⁶². Bien que la formule ne soit pas régulièrement employée par la Cour, l'idée est ancienne et abondamment reprise⁵⁶³.

⁵⁵⁶ J.-M. SAUVÉ, « Réflexion autour de la procédure préjudicielle », Intervention au *Symposium des présidents des Cours constitutionnelles et suprêmes de l'Union européenne* à la Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 30 et 31 mars 2009.

⁵⁵⁷ N. FENGER, M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013, 666 p., spéc. p. 13.

⁵⁵⁸ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.* ; A. BARAV, « Le renvoi préjudiciel communautaire », in *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 1-18.

⁵⁵⁹ J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire. Coopération entre CJCE et juges nationaux*, *op. cit.*, p. 7. Le Professeur Jacques PERTEK mentionne d'ailleurs, au titre des raisons d'être du renvoi préjudiciel, le fait que le « *juge national [est] le juge ordinaire du droit communautaire* ».

⁵⁶⁰ Art. 19 § 1, TUE et art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁵⁶¹ C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », *op. cit.*, p. 78.

⁵⁶² CJUE, 8 mars 2011, *avis 1/09*, *Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire*, *Rec.*, p. I-1137, pt. 80.

⁵⁶³ V. notamment : CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* 1963. ; CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141. ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-107/77, *Rec.*, p. 629. ; CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlement européen*, aff. C-294/83, *Rec.*, p. 1339. ; CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677.

L'intervention subsidiaire des Cours européennes. Le corollaire de l'intervention primaire des juridictions nationales est le caractère secondaire du contrôle opéré par les Cours européennes. Là encore, la lecture combinée des articles 35, paragraphe 1, et 13 de la Convention est riche d'enseignements. Dès lors que les recours ne sont recevables à Strasbourg qu'après l'épuisement des voies de recours internes, l'intervention de la Cour européenne est marquée par son caractère secondaire, à la fois supplétif⁵⁶⁴ et *a posteriori*⁵⁶⁵.

Le caractère subsidiaire du contrôle européen est aussi abondamment affirmé par la Cour, et l'était avant elle par la Commission européenne des droits de l'homme, qui expliquait déjà en 1963 que « *la Convention assigne un rôle avant tout subsidiaire au mécanisme de garantie collective qu'elle instaure* »⁵⁶⁶. Cette affirmation sera incessamment reprise dans sa jurisprudence⁵⁶⁷.

L'intervention de la Cour de justice est elle aussi commandée par la subsidiarité. L'existence de la procédure du renvoi préjudiciel met l'accent sur son rôle subsidiaire, en ce sens qu'elle intervient pour accomplir une mission que les juridictions nationales ne sont pas capables d'honorer en raison de la dimension européenne de cette dernière. Il s'agit bien sûr de veiller à l'interprétation et l'application uniforme du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres⁵⁶⁸. La procédure préjudicielle exprime le fait que le juge national « *fait respecter le droit tandis que la Cour de justice veille à ce que ce droit soit interprété de manière uniforme dans l'ensemble de l'Union* »⁵⁶⁹.

Cette analyse est confirmée par la lecture des deux premiers alinéas de l'article 19 du TUE, qui prévoient respectivement que la Cour de justice « *assure le respect du droit dans*

⁵⁶⁴ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2012, p. 261.

⁵⁶⁵ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 148-149 : « *le mécanisme européen n'intervient qu'a posteriori pour sanctionner leurs défaillances* ».

⁵⁶⁶ ComEDH, déc., 8 déc. 1963, *De Buck et Koolen c. Belgique*, req. n°1420/62 et al., *Rec. 13*, pp. 71-91.

⁵⁶⁷ La Cour rappelle principalement que « *le mécanisme de plainte devant la Cour revêt (...) un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux* » (v. CourEDH, GC, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, req. n° 36813/97, § 140), et que « *dans le cadre du système de la Convention elle est appelée à jouer un rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme* » (v. CourEDH, GC, 19 fév. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 3455/05, § 166 ; CourEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 39692/09 et al., § 61).

⁵⁶⁸ A. BARAV, « Le renvoi préjudiciel communautaire », *op. cit.*, pp. 1-18.

⁵⁶⁹ C. NAÔMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 12.

l'interprétation et l'application des traités » et que « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

À cela s'ajoutent les compétences d'attribution de la Cour de justice, qui réservent son action à la procédure du renvoi préjudiciel⁵⁷⁰ et aux recours expressément nommés dans les traités, à savoir le recours en constatation de manquement⁵⁷¹, le recours en annulation⁵⁷², le recours en carence⁵⁷³ et le recours en responsabilité extracontractuelle de l'Union⁵⁷⁴. Ces compétences exclusives de la Cour de justice expriment le caractère subsidiaire de son intervention en ce qu'elle intervient pour accomplir une mission qui, par sa dimension européenne, ne peut être accomplie à l'échelon des États membres.

Ainsi les textes et la jurisprudence européenne livrent un certain nombre d'éléments qui, s'ils permettent de dessiner les principaux contours de la subsidiarité juridictionnelle, ne suffisent néanmoins pas pour en établir une véritable définition. Ces lacunes définitionnelles transparaissent ainsi naturellement dans la doctrine.

2. Une notion peu définie par la doctrine

Un vocable peu employé. La doctrine n'utilise que peu l'expression *subsidiarité juridictionnelle* – aussi appelée *subsidiarité judiciaire* – . En effet, peu d'études doctrinales en langue française mentionnent ces termes, et le relatif engouement pour ce vocable est récent au regard de l'ancienneté du phénomène⁵⁷⁵.

Un phénomène peu étudié. À nouveau, la subsidiarité juridictionnelle relève d'un paradoxe. En effet, si la notion n'est pas souvent nommée, elle demeure étudiée par le truchement de l'étude du rôle du juge national en tant que juge naturel du droit européen, et

⁵⁷⁰ Art. 267 TFUE.

⁵⁷¹ Art. 258, 259 et 260 TFUE.

⁵⁷² Art. 263 TFUE.

⁵⁷³ Art. 265 TFUE.

⁵⁷⁴ Art. 268 TFUE.

⁵⁷⁵ V. les références cités *supra*, en Introduction.

également lors d'analyses des rapports entre Cours européennes et juridictions nationales⁵⁷⁶. Cependant ces travaux ne font pas de la subsidiarité juridictionnelle leur objet d'étude principal et se focalisent souvent sur l'un ou l'autre de ses versants, ou ne les abordent que partiellement, au détour d'une réflexion. La subsidiarité juridictionnelle est ainsi rarement traitée en tant qu'objet d'étude à part entière.

Quelques travaux sont néanmoins à relever parce qu'ils ont l'immense mérite non seulement de nommer la subsidiarité juridictionnelle, mais plus encore, de lui consacrer une réflexion nourrie⁵⁷⁷. Le plus marquant est sans nul doute l'article publié en 1998 par le Professeur Denys SIMON, intitulé « *La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ?* »⁵⁷⁸, qui est la référence nécessairement citée par quiconque se risque à employer les termes de *subsidiarité juridictionnelle*.

Une notion peu définie. Perdure toutefois un manque définitionnel, bien que des efforts puissent être notés en la matière⁵⁷⁹. Comme rappelé en introduction, le Professeur Denys SIMON définit tout d'abord la subsidiarité juridictionnelle de manière négative, en excluant ce qu'elle n'est pas : l'application du mécanisme de la subsidiarité en matière d'exécution du droit européen, l'invocation du principe de subsidiarité dans le domaine du droit de la concurrence ou encore la justiciabilité du principe de subsidiarité. Il la définit ensuite de manière positive, à la fois comme un « *instrument de rationalisation de la répartition des compétences juridictionnelles* » et un « *instrument de rationalisation du partage des fonctions juridictionnelles* ».

⁵⁷⁶ Dès lors qu'il s'agit d'étudier le rôle du juge national en tant que « juge communautaire de droit commun » ou « juge naturel de la Convention », ou d'étudier les règles qui organisent les relations entre les deux Cours et les juridictions nationales telles que la règle de l'épuisement des voies de recours, le renvoi préjudiciel, le droit à un recours effectif etc., interviennent des questions intéressant la subsidiarité juridictionnelle.

⁵⁷⁷ V. en plus des n° 1&2, *RAE*, 1998, les articles suivants : J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.* ; P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *op. cit.* ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, « Subsidiarité juridictionnelle ? », *AJDA*, 2004, p. 1082 ; H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, p. 75 ; ainsi que l'étude suivante : H. LABAYLE et P. DE BRUYCKER, « L'impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH sur l'asile et l'immigration », *op. cit.* Ces différents travaux apportent de précieuses réflexions quant à l'appréhension de la subsidiarité juridictionnelle.

⁵⁷⁸ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*

⁵⁷⁹ *Ibid.*

D'autres la définissent comme « une règle classique (...) selon laquelle l'existence d'une juridiction supranationale ou internationale ne dispense pas les États d'assurer au premier chef une protection des droits subjectifs » dont l'objectif est de « réguler les contentieux pour préserver la juridiction supranationale »⁵⁸⁰. La subsidiarité juridictionnelle peut encore être présentée comme « instituée dès l'origine dans la Communauté européenne » et ayant « pour objet de confier aux juges nationaux la responsabilité de veiller à la bonne application du droit communautaire dans les ordres juridiques internes »⁵⁸¹ et comme la règle impliquant que « le juge n'interviendra que s'il existe une défaillance du système de protection et si son intervention est la seule à même de garantir le respect des droits fondamentaux »⁵⁸². La subsidiarité juridictionnelle peut également renvoyer à « la fonction exercée par les juridictions nationales, avec le concours de la Cour de justice, dans la mise en œuvre du droit communautaire »⁵⁸³. Les deux versants de la subsidiarité juridictionnelle ont par ailleurs été distingués par la doctrine. Le premier tient à « l'application du droit communautaire "au quotidien" par les juges nationaux », et le second fait de la Cour de justice « la Cour suprême, garante de la bonne et cohérente interprétation du droit communautaire, à la fois juge constitutionnel régulateur de l'activité des pouvoirs publics européens (...) et juge de la légalité communautaire »⁵⁸⁴.

La doctrine relative au droit de la Convention européenne des droits de l'homme semble moins encline à utiliser le vocable⁵⁸⁵, utilisant largement le principe de subsidiarité pour décrire également ses implications juridictionnelles⁵⁸⁶.

⁵⁸⁰ P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *op. cit.*

⁵⁸¹ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*

⁵⁸² X. MAGNON, « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », *op. cit.*

⁵⁸³ M. STRUYS, L. FLYNN, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : la dimension juridictionnelle », *op. cit.*, p. 202.

⁵⁸⁴ J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, « Subsidiarité juridictionnelle ? », *op. cit.* p. 1082.

⁵⁸⁵ Pour un exemple d'emploi des termes *subsidiarité juridictionnelle*, v. S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁸⁶ C'est le cas dans la thèse de Laurèn AUDOUY, L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, *op. cit.*. V. également Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.* ; F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*

Bien que les éléments apportés par la doctrine permettent de mieux saisir la subsidiarité juridictionnelle et d'en identifier les contours, il n'en ressort néanmoins pas de définition précise. D'ailleurs, le vocable *subsidiarité juridictionnelle* n'apparaît pas dans les dictionnaires juridiques spécialisés. Le principe de subsidiarité, s'il est plus abondamment défini, ne recueille pour autant pas une définition univoque.

B. Une définition équivoque du principe de subsidiarité

L'essence même de la subsidiarité – notion duale, réversible, souple, adaptable – a pour effet d'empêcher l'attribution d'une définition unique et sans équivoque au principe de subsidiarité⁵⁸⁷. Comme le relève Jean-Louis CLERGERIE, si l'on observe la doctrine, il existe plus d'une vingtaine de définitions du principe de subsidiarité au total⁵⁸⁸. Les explications de la multitude de définitions du principe de subsidiarité sont à rechercher dans le caractère à la fois polysémique (1) et polymorphe (2) du principe.

1. Un principe polysémique

Un principe pluridisciplinaire. Les définitions du principe de subsidiarité se décuplent dans la doctrine selon les sensibilités de l'auteur et l'aspect qu'il souhaite mettre en avant, mais aussi, et surtout, selon le champ disciplinaire dans lequel le travail définitionnel s'inscrit.

Mobilisé en science juridique, le principe de subsidiarité se retrouve également en théologie⁵⁸⁹, en science politique⁵⁹⁰, en philosophie⁵⁹¹, en sociologie⁵⁹² ou encore en science

⁵⁸⁷ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 38 et s.

⁵⁸⁸ J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁸⁹ Sur cet aspect du principe de subsidiarité, v. PIE XI, *Quadragesimo Anno*, in *Actes de S. S. Pie XI*, tome 7, 1931, éd. Maison de la Bonne Presse ; J. BARROCHE, *État, libéralisme et christianisme : critique de la subsidiarité européenne*, *op. cit.*, pp. 57 et s. ; J. BARROCHE, « La subsidiarité chez Jacques Delors, du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *op. cit.* ; P. VALDRINI, « A propos de la contribution de l'Église catholique au développement de la subsidiarité et du fédéralisme en Europe », *Revue d'éthique et de théologie morale*, Le Supplément, décembre 1996, 199, pp. 147-163 ; B. LAPOINTE, « Le principe de subsidiarité sous l'éclairage de l'enseignement social de l'Église », *op. cit.*

⁵⁹⁰ Sur cet aspect du principe de subsidiarité, v. J. BARROCHE, *État, libéralisme et christianisme : critique de la subsidiarité européenne*, *op. cit.*, pp. 57 et s. ; B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2012, p. 329. et C. MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, *op. cit.*

économique⁵⁹³. Il est possible d'observer que le sens et « *l'impact [du principe de subsidiarité] varie[nt] selon la sphère d'application dans laquelle [il] est retenu* »⁵⁹⁴. Cela s'explique par le fait que « *la subsidiarité est une notion souple et flexible qui s'adapte à des contextes fort différents* »⁵⁹⁵.

Malgré la constance de certains traits communs⁵⁹⁶, le sens recouvré par le principe de subsidiarité n'est pas nécessairement le même selon la discipline qui l'emploie. Ces fluctuations selon les champs disciplinaires empêchent l'affirmation d'une définition précise et unique du principe⁵⁹⁷.

Une multitude de champs juridiques. La difficulté se renforce à l'observation du déploiement du principe de subsidiarité au sein même de la discipline juridique. En effet, ce dernier se retrouve dans divers champs du droit tels que le droit privé⁵⁹⁸, le droit pénal⁵⁹⁹, le

⁵⁹¹ Sur cet aspect du principe de subsidiarité, v. M. LUYCKX, « Histoire philosophique du concept de subsidiarité », *Cellule de prospective de la Commission européenne*, Bruxelles, 13 février 1992 ; J. VIGNON, « Le principe de subsidiarité, son rôle et sa définition dans la construction européenne », in J. MONAR, W. UNGERER et W. WESSELS (eds.), *The Maastricht Treaty on European Union : Legal Complexity and Political Dynamic*, Bruxelles, European interuniversity Press, 1993, pp.

⁵⁹² Sur cet aspect du principe de subsidiarité, v. C. MILLON-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, PUF, 1993, 127 p. ; et C. DELSOL, « Les fondements anthropologiques du principe de subsidiarité », *op. cit.*

⁵⁹³ Sur le caractère pluridisciplinaire du principe de subsidiarité, v. S. ROHLFLING-DIJOUX et K. PEGLOW (éds.), *La subsidiarité. Regards croisés franco-allemands sur un principe pluridisciplinaire*, Peter Lang, Coll. Travaux interdisciplinaires et plurilingues, vol. 20, 2014.

⁵⁹⁴ J. FIALAIRE, « Synthèse générale », in J. FIALAIRE (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes : état des lieux et perspectives en droit interne et en droit comparé*, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 17.

⁵⁹⁵ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 231.

⁵⁹⁶ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, pp. 15-37. L'auteur évoque des « *éléments de définition assez largement partagés* ».

⁵⁹⁷ Peut être relevé, par exemple, que si le principe juridique de subsidiarité semble renvoyer à l'idée de régulation de l'exercice des compétences, le principe politique renvoie quant à lui principalement à l'idée de répartition en amont. V. également R. SAVY, « Sur un trompe-l'œil constitutionnel », in *Études en l'honneur de Claude LOMBOIS*, PULIM, Limoges, 2004, pp. 452 et s.

⁵⁹⁸ Sur ce sujet, v. A. GOUÉZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, Coll. Recherches juridiques, 2013, 444 p. ; C. HABRE, *La subsidiarité en droit privé*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2014 ; A. LARRIBAUTERNEYRE, « À propos de la subsidiarité de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause », *Droit de la famille*, 2008, n° 10, pp. 20-21 ; J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges C. MOULY*, Litec, 1998, p. 131 ; G. CHABOT, « Retour sur la subsidiarité des demandes en justice », *LPA*, 2013, n° 131, pp. 7-10.

⁵⁹⁹ M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, pp. 153 et s.

droit administratif⁶⁰⁰, le droit constitutionnel⁶⁰¹, le droit de l'Union européenne⁶⁰², le droit de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁰³ ou encore le droit international⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Sur ce sujet, v. J.-M. PONTIER, « La subsidiarité en droit administratif », *RD publ.*, 1986, pp. 1515-1537 ; D. DÉOM, *Droit administratif et subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 300 p. ; J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2014, 1354 p. ; A. FAURE (dir.), *Territoires et subsidiarité. L'action publique locale à la lumière d'un principe controversé*, Paris, L'Harmattan, 1997 ; J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, pp. 377 et s.

⁶⁰¹ Sur ce sujet, v. G. DRAGO, « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *RIDC*, vol. 46, n° 2, avril-juin 1994, pp. 583-592 ; A. DELCAMP, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, 1995, n° 23, pp. 614 et s. ; J.-C. GROSHENS et J. WALINE, « À propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », in *Mélanges Paul AMSELEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 375-429 ; R. SAVY, « Sur un trompe l'œil constitutionnel », in *Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit. Études offertes à Claude LOMBOIS*, Limoges, PULIM, 2004, pp. 449-460 ; J. SCHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *op. cit.*, pp. 615 et s.

⁶⁰² Sur ce thème, v. notamment F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, *op. cit.* ; G. STROZZI, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *op. cit.*, p. 373 ; H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne », *RDUE*, 1/2005, n° 25 ; D. CASS, « The word that saves Maastricht ? The principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community », *Common Market Law Review*, 1992, 29 (6), pp. 1107-1136 ; V. CONSTANTINESCO, « La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne », *Aussen-Wirtschaft*, 1991, pp. 207 et s. ; J. DELORS, « Le principe de subsidiarité : contribution au débat », Institut européen d'administration publique (dir.), *Subsidiarité : défi du changement*, actes du colloque Jacques Delors « *La subsidiarité – principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires ?* », Maastricht, Institut européen d'administration publique, 1991, coll. « Document de travail », pp. 7-19. ; H. GAUDIN, « La répartition des compétences Communauté / États membres. Un janus constitutionnel », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, 2003, pp. 629 et s. ; « La subsidiarité », *RAE*, Numéros spéciaux 1&2, 1998 ; W. VAN GERVEN, « Les principes de subsidiarité, proportionnalité, coopération en droit communautaire européen », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor M. DIEZ DE VELASCO*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 1281 ; M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*

⁶⁰³ Sur ce sujet, v. L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* (et ses nombreuses références bibliographiques) ; et parmi de nombreuses références, v. F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* ; F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* ; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic, 2009 ; O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », *op. cit.* ; J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 1364-1367 ; R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Right Law Review*, 2014, vol. 14, n° 3, pp. 487-502.

⁶⁰⁴ A. FOLLESDAL, « The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law », *Global Constitutionnalism*, 2, pp. 37-62 ; P. SAUNIER, « Éléments de subsidiarité en droit international », in J.-B. D'ONORIO (dir.), *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Têqui, 1995, pp. 145 et s. ; P. CAROZZA, « Subsidiarity as a Structural principle of International Human Rights Law », *AJIL*, 2003, p. 46 ; P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, pp. 219-231 ; M.-C. BERGERES, « Le principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales », *Revue de Droit fiscal*, 2005, n° 36, pp. 30 et s. ; S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 62.

En droit européen. S'en tenir uniquement au droit européen ne facilite pas pour autant la tâche définitionnelle. En effet, il est de coutume d'opposer une *subsidiarité-concurrence*, propre droit de l'Union européenne, à une *subsidiarité-complémentarité*, marqueur de l'ordre juridique conventionnel⁶⁰⁵. Selon les auteurs, la *subsidiarité-concurrence* se distingue de la *subsidiarité-complémentarité* en ce qu'elle renvoie à l'idée d'ordre juridique d'intégration et concerne les compétences partagées – ou concurrentes – entre l'Union européenne et les États membres. *A contrario*, la *subsidiarité-complémentarité* caractérise un ordre juridique d'harmonisation dans lequel l'intervention européenne n'a comme seule fonction que de pallier l'insuffisance de l'action nationale⁶⁰⁶. Le présent travail de recherche s'est toutefois, dès son introduction, affranchi d'une telle distinction, qui néglige l'aspect intégratif, certes d'une moindre mesure, de l'ordre conventionnel⁶⁰⁷.

En droit de la Convention européenne des droits de l'homme, ni le texte conventionnel ni la jurisprudence de la Cour ne permettent l'émergence d'une définition du principe de subsidiarité, comme l'explique Laurèn AUDOUY dans sa thèse de doctorat, évoquant à ce titre un « *principe mystère souffrant d'une indétermination certaine* »⁶⁰⁸.

Circonsrite enfin au seul domaine du droit de l'Union européenne, l'analyse du principe renvoie à l'article 5, paragraphe 3, du TUE qui énonce qu' « *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ». Cette disposition ne livre pour autant pas une

⁶⁰⁵ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 28 ; Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.*

⁶⁰⁶ Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 2.

⁶⁰⁷ V. l'introduction de la présente thèse, Section 1, § 2.

⁶⁰⁸ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 62-86.

définition univoque du principe⁶⁰⁹ dès lors qu'il est sujet à des interprétations contradictoires⁶¹⁰.

La Cour de justice, dont le contrôle du principe demeure limité, ne livre pas non plus d'éléments déterminants dans la recherche d'une définition stable du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne⁶¹¹.

Quant à la doctrine, il suffit de s'arrêter sur la multitude de définitions du principe de subsidiarité proposée par les dictionnaires spécialisés pour se convaincre qu'elle ne fournit aucune réponse stricte au problème définitionnel du principe. Tantôt présenté comme le « *principe énonçant les limites de compétence exclusive des différentes institutions européennes* »⁶¹², le principe de subsidiarité est également décrit comme « *vis[ant] à assurer une prise de décision la plus proche possible du citoyen en vérifiant que l'action à entreprendre au niveau communautaire est justifiée par rapport aux possibilités qu'offre l'échelon national, régional ou local* »⁶¹³. D'autres encore le présentent comme l'expression de « *l'idée [selon laquelle] il ne faut faire ensemble que ce qui ne peut pas être fait seul ou ce qui est mieux fait collectivement qu'individuellement* »⁶¹⁴. Certains n'hésitent d'ailleurs pas à intégrer à la définition du principe de subsidiarité son caractère ambigu⁶¹⁵, voire même son indétermination⁶¹⁶.

⁶⁰⁹ Pour la démonstration de l'absence de sens « évident » ou « clair » de ces dispositions, v. J. VERHOEVEN, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 375-385.

⁶¹⁰ V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 540 ; J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES et J. WEYLAND, *Le traité de Maastricht*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 141 et s.

⁶¹¹ B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2012, p. 329 ; J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, spéc. pp. 532-535.

⁶¹² G. RAIMBAULT, « Principe de subsidiarité », in *Le dictionnaire de l'Union européenne*, Ellipses, 3^{ème} éd., 2000, p. 247.

⁶¹³ P. FONTAINE et H. MALOSSE, « Subsidiarité », in *L'Europe de A à Z*, Bruylant, 2006, p. 285.

⁶¹⁴ A. BARAV et C. PHILIP, « Subsidiarité (Principe de –) », in *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 1023.

⁶¹⁵ C. DEGRYSE, « Subsidiarité », in *Dictionnaire de l'Union européenne*, De Boeck, 3^{ème} éd., 2007, p. 896.

⁶¹⁶ T. DEBARD, B. LE BAUT-FERRARÈSE et C. NOURISSAT, « Subsidiarité (principe de) », in *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Ellipses, 2^{ème} éd., p. 326.

2. Un principe polymorphe

Une multitude de déclinaisons. Le travail de définition conduit également à s'interroger sur la variabilité du principe de subsidiarité. Principe aux « *multiples visages* »⁶¹⁷, il peut recouvrir différentes formes. Plusieurs distinctions peuvent être opérées afin de prendre la mesure du caractère polymorphe du principe⁶¹⁸. Une première observation permet de distinguer la subsidiarité normative – ou législative – de la subsidiarité exécutive. La première renvoie à la subsidiarité lorsqu'elle gouverne l'élaboration des normes juridiques⁶¹⁹, alors que la seconde désigne la subsidiarité dans l'application des normes juridiques⁶²⁰.

Une seconde déclinaison de la subsidiarité peut être observée. La distinction entre subsidiarité substantielle⁶²¹ – ou matérielle – et subsidiarité procédurale⁶²² est en effet classique, particulièrement en droit européen des droits de l'homme⁶²³. La subsidiarité substantielle concerne les rapports entre les instruments juridiques des différents échelons⁶²⁴, alors que la subsidiarité procédurale renvoie aux règles de procédures qui permettent sa mise

⁶¹⁷ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 35.

⁶¹⁸ Pour d'autres distinctions relatives au caractère polymorphe du principe, v. P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 219. L'auteur estime que la subsidiarité se « *retrouve, sous une forme différente et dans un contexte très spécifique, avec les notions de primauté et de complémentarité des juridictions pénales internationales* ». V. également F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *RAE*, 1998, n° 1&2, spéc. pp. 95-98, qui définit deux formes de subsidiarité, l'une contentieuse, l'autre juridictionnelle. V. également F. MARTUCCI, « L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », *op. cit.*, pp. 21-22. L'auteur propose la distinction entre subsidiarité fonctionnelle et territoriale.

⁶¹⁹ L. GUILLLOUD-COLLIAT, *L'action normative de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2014, 312 p. ; M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.* ; Accord interinstitutionnel « Démocratie, transparence et subsidiarité » du 25 oct. 1993, *Bull. CE* 10/1993, p. 128.

⁶²⁰ G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, spéc. p. 442. ; G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2012, spéc. pp. 380-381.

⁶²¹ J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 13-62.

⁶²² J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 527-542 ; O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », *op. cit.*, pp. 63-130.

⁶²³ Sur la pertinence de cette distinction et son existence également en droit de l'Union européenne, v. D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 28.

⁶²⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 29 ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 67-68 ; Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 9-17.

en œuvre⁶²⁵. Le Professeur Paul TAVERNIER considère à cet égard que dans la Convention, « la subsidiarité est d'abord procédurale, c'est-à-dire qu'elle se manifeste dans les dispositions qui gouvernent l'accès aux organes de Strasbourg ». Il explique ensuite que la subsidiarité substantielle renvoie aux « lacunes des dispositions du droit interne »⁶²⁶.

La question de la subsidiarité juridictionnelle. Reste alors la question de la subsidiarité juridictionnelle. La doctrine a principalement fait le choix de la classer parmi les différentes formes de la subsidiarité. Distinguée des subsidiarités normative et exécutive⁶²⁷ ou assimilée à la subsidiarité procédurale⁶²⁸, la subsidiarité juridictionnelle est présentée comme une forme de subsidiarité au même titre que les autres⁶²⁹. Elle ne serait, en somme, qu'une déclinaison supplémentaire du principe de subsidiarité.

Il s'ensuit que la multitude de sens et de formes que le principe peut recouvrir, même en droit européen, empêche l'établissement d'une définition univoque. Dès lors, subsidiarité juridictionnelle et principe de subsidiarité partagent des troubles définitionnels, bien que ces derniers ne soient pas exactement du même ressort. Alors que la définition du principe de subsidiarité est équivoque, celle de la subsidiarité juridictionnelle est lacunaire.

Ce premier point confirme que l'autonomie de la subsidiarité juridictionnelle, si elle existe, ne peut être que relative. Répondre ensuite à la question de savoir si la subsidiarité juridictionnelle peut être qualifiée de principe juridique suppose au préalable d'identifier les

⁶²⁵ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 29 ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 64-67 ; Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 6-9 ; S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, pp. 59-86.

⁶²⁶ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, pp. 220-222.

⁶²⁷ S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, *op. cit.*, pp. 7-8 ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 41.

⁶²⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 29

⁶²⁹ *A contrario*, v. J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, spéc. p. 4, qui pose la question de l'autonomie de la subsidiarité juridictionnelle, et D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*

contours de la notion elle-même, avant de s'attarder sur sa qualité principielle⁶³⁰ et sa juridicité. Au cours de ce travail, d'autres points de contact avec le principe de subsidiarité pourront apparaître.

§ 2. Des qualifications distinctes

Le Professeur Denys SIMON se demande si « *la recherche des principes en droit relèverait de la poursuite d'un animal fabuleux, d'une chimère conceptuelle, d'une allégorie monstrueuse, d'une mythologie suspecte, de l'identification d'un être aux formes et aux pouvoirs extraordinaires envahissant l'inconscient collectif par le biais des récits et des énigmes dont ils sont l'objet ?* »⁶³¹.

L'observation de la doctrine n'autorise aucune certitude quant à la dimension principielle de la subsidiarité juridictionnelle. Si certains évoquent d'emblée le principe de subsidiarité juridictionnelle⁶³², d'autres mentionnent une technique⁶³³, une notion⁶³⁴, un mécanisme ou un instrument⁶³⁵, ou même indifféremment une technique ou une règle⁶³⁶. Notion, concept, technique, mécanisme, instrument ou règle ?

La subsidiarité juridictionnelle ne semble rien être de tout cela. Ni une notion, ni un concept, dans la mesure où elle dépasse la simple « *représentation générale et abstraite que l'on peut se faire de quelque-chose* »⁶³⁷, la subsidiarité juridictionnelle n'est pour autant pas

⁶³⁰ Pour une réflexion similaire à propos de la reconnaissance mutuelle, v. W. VAN BALLEGOIJ, *The Nature of Mutual Recognition in European Law. Re-examining the notion from an individual rights perspective with a view to its further development in the criminal justice area*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2015, spéc. pp. 354 et s.

⁶³¹ D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 287.

⁶³² D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.* ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et H. GAUDIN, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen – la conviction d'une piste à emprunter », *op. cit.*

⁶³³ T. BONTINCK, « L'effectivité des droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne », *op. cit.*, pp. 101-121.

⁶³⁴ M. VERDUSSEN, E. WILLEMART, « Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », *op. cit.*

⁶³⁵ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*

⁶³⁶ P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *op. cit.*

⁶³⁷ *Le petit Larousse illustré*, Larousse, éd. limitée, 2011, pp. 231 et 694.

non plus seulement une technique, terme qui renvoie en science juridique à l' « *ensemble des moyens spécifiques qui président à l'agencement et à la réalisation du droit* »⁶³⁸.

De la même manière, la qualification de mécanisme, signifiant la « *combinaison de pièces disposées de façon à obtenir un résultat déterminé* », ou encore le « *mode de fonctionnement d'un ensemble d'éléments dépendant les uns des autres* »⁶³⁹, ne lui correspond pas. Le même constat peut être dressé quant à la définition de l'instrument juridique, qui vise des « *textes et actes juridiques, (des) termes génériques englobant l'ensemble des actes dotés d'une valeur obligatoire* »⁶⁴⁰.

Concernant enfin la question de savoir si la subsidiarité juridictionnelle peut être qualifiée de règle, il convient de rappeler que règles et principes ne se confondent pas⁶⁴¹, avant de répondre par la négative dès lors que les règles « *engendrent de strictes et définitives conséquences et relèvent d'une relation de subsumption conduisant à ce qu'elles soient respectées ou non respectées* » et qu'elles « *ne sont applicables que dans des cas bien spécifiques auxquels sont assignées des conséquences juridiques déterminées* »⁶⁴². En effet, les règles « *soit établissent des devoirs précis, soit fixent des objectifs concrets à atteindre* »⁶⁴³, ce qui ne semble pas correspondre à la subsidiarité juridictionnelle.

Dès lors la question se pose de savoir si la subsidiarité juridictionnelle est un principe, au même titre que le principe de subsidiarité (A).

Ensuite, en ce qu'elle a vocation à commander l'action des juridictions de divers ordres juridiques, la subsidiarité juridictionnelle serait par définition un principe juridique. Sa juridicité ne ferait donc aucun doute dans la mesure où ce dernier se développe dans un système juridique qu'il influence.

⁶³⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 519.

⁶³⁹ *Le petit Larousse illustré*, op. cit., pp. 231 et 631.

⁶⁴⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 490.

⁶⁴¹ Sur la distinction entre principe et règle, v. R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, pp. 79 et s. ; R. ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010, pp. 47 et s.

⁶⁴² L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 90-91.

⁶⁴³ F. MODERNE, « Légimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, pp. 722 et s.

Pourtant, « *que des principes extrajuridiques puissent influencer sur un système de droit et s'y intégrer [...] ne saurait faire oublier que leur origine doit être recherchée en dehors du droit lui-même et qu'ils se prêtent de ce fait à la polémique quant à la nécessité ou à l'effectivité de leur "juridicisation", c'est-à-dire de leur insertion dans le droit positif* »⁶⁴⁴. Le dépassement d'une première approche formelle permettra alors de constater que la détermination de la juridicité de la subsidiarité juridictionnelle implique une certaine prudence. La comparaison avec le principe de subsidiarité s'avérera également éclairante (B).

A. Une qualification de principe partagée

Les principes, s'ils peuvent se décliner sous plusieurs formes, ne doivent cependant pas être confondus avec un certains nombre d'autres éléments qui leurs sont parfois proches. Ainsi, les principes ne sont pas des objectifs⁶⁴⁵, se distinguent des standards⁶⁴⁶, ou encore des valeurs⁶⁴⁷, et ne se confondent pas non plus avec les règles⁶⁴⁸ ou les normes⁶⁴⁹.

La confusion règne lorsqu'il s'agit de cerner ce que recouvre la notion de principe, préalable pourtant indispensable afin d'être en mesure d'en tirer les conséquences quant à la subsidiarité juridictionnelle. La notion de principe renvoie en effet à une multitude de définitions. En déterminer les critères d'identification est donc un préalable indispensable (1), afin de déterminer si la subsidiarité juridictionnelle peut en recevoir la qualification (2).

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 723.

⁶⁴⁵ C. BLUMANN, « Objectifs et principes en droit communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Rennes, Apogée, 2006, 830 p., pp. 39-67.

⁶⁴⁶ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2010, p. 27.

⁶⁴⁷ V. principalement S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 21 et s. ; mais aussi D. GILLES et S. LABAYLE, « L'irréductibilité des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, Vol. 42, n° 12, 2012, pp. 313 et s. et J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1ère éd. 2008, pp. 971 et s. et J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2005, pp. 15-20.

⁶⁴⁸ Sur la distinction entre principe et règle, v. principalement R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 82 ; R. ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 47 et s. ; F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, pp. 722 et s., et J. RAZ, « Legal principles and the Limits of Law », *The Yale Law Journal*, 1972, vol. 81, pp. 838 et s.

⁶⁴⁹ Sur la distinction entre principe et norme, v. principalement H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 154 ; S. CAUDAL, « Propos introductifs », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, pp. 1 et s., et J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 20-24.

1. Les critères d'identification d'un principe

Le choix de la méthode d'analyse. Trouvant ses origines dans le terme latin *principium*, signifiant la cause première, l'origine, la source⁶⁵⁰, le terme recouvre toutefois une pluralité d'acceptions.

Selon une approche juridique globale, le principe est défini tantôt comme une « *règle ou norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques* », ou encore une « *règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses application et s'imposant avec une autorité supérieure* », ou enfin une « *maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif* »⁶⁵¹. Mais si l'analyse proposée par le philosophe André LALANDE est suivie, le terme *principe* revêt principalement trois acceptions différentes⁶⁵².

Selon la première, ontologique, relevant de la philosophie, le principe désigne la source, l'élément constitutif d'une chose. Parmi les « *principes du droit* » dégagés par le Professeur Jezry WROBLEWSKI⁶⁵³, le principe extrasystémique qui est « *extérieur au système de droit* »⁶⁵⁴ ainsi que le principe-nom qui caractérise « *les traits essentiels d'une institution juridique* »⁶⁵⁵ semblent relever de ce versant ontologique.

Selon la seconde, logique, relevant de la science du droit, le principe est un axiome⁶⁵⁶, une « *vérité non démontrable qui s'impose avec évidence* »⁶⁵⁷. Le principe logique renvoie à

⁶⁵⁰ Dictionnaire de l'Académie française, 1762, entrée « principe ».

⁶⁵¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 706.

⁶⁵² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Quadrige, 1999, 5^{ème} éd., vol. II, pp. 827 et s.

⁶⁵³ J. WROBLEWSKI, « Principes du droit », in A.J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, 2^{ème} éd., pp. 474-476 et J. WROBLEWSKI, « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », *R.R.J.*, 1988/4, pp. 849-870.

⁶⁵⁴ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 17.

⁶⁵⁵ J. WROBLEWSKI, « Principes du droit », op. cit., pp. 474-476 et J. WROBLEWSKI, « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », op. cit., pp. 849-870.

⁶⁵⁶ B. CONSTANT, « Chapitre VII : Des principes », in *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles, 1837, 3^{ème} éd., p. 486.

⁶⁵⁷ *Le petit Larousse illustré*, Larousse, 100^{ème} éd., 2005, p. 132.

ce qui est premier, au sens, à la fois de ce qui est le plus ancien, et de ce qui est le plus important⁶⁵⁸. Du point de vue de la logique juridique, les principes renvoient tantôt à « *un corps de règles issue d'une élaboration méthodique, réfléchie, disposées dans un ordre systématique* », tantôt aux « *axiomes fondateurs de cet édifice rationnel* »⁶⁵⁹.

La troisième, normative, relevant du seul droit, définit le principe comme « *une norme d'action clairement représentée à l'esprit, énoncée par une formule* »⁶⁶⁰. Le principe correspond ici à « *une norme juridique édictant un devoir-être (...) relevant du seul Droit* »⁶⁶¹ et peut tant renvoyer à un impératif moral, que religieux ou juridique⁶⁶². Dans la classification du Professeur Jezry WROBLEWSKI⁶⁶³, le principe positif⁶⁶⁴, le principe implicite⁶⁶⁵ et le principe-construction⁶⁶⁶ semblent relever de la catégorie des principes normatifs.

Dès lors que la notion de principe fait l'objet d'une multitude de définitions brouillant considérablement l'effort définitionnel, la confusion régnant quant à la détermination des critères d'identification des principes n'étonne pas. Peu d'études précisent ou recensent ces critères, et lorsque c'est le cas, il s'avère que ces derniers sont mouvants.

Les critères retenus. Parmi les divers critères utilisés pour identifier les principes, les principaux⁶⁶⁷ sont la normativité⁶⁶⁸, la généralité⁶⁶⁹ et la positivité⁶⁷⁰. Il s'agira dès lors

⁶⁵⁸ M. BLAY et al. (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse, 2003, pp. 869-871.

⁶⁵⁹ D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-PUF, 2003, pp. 1201-1204.

⁶⁶⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 828.

⁶⁶¹ D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 1201-1204.

⁶⁶² M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 16.

⁶⁶³ J. WROBLEWSKI, « Principes du droit », op. cit., pp. 474-476 et J. WROBLEWSKI, « Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit », op. cit., pp. 849-870.

⁶⁶⁴ Le « principe positif » est explicitement consacré par le droit positif.

⁶⁶⁵ Le « principe implicite » est une « *règle traitée comme prémisse ou conséquence des dispositions légales ou des normes de droit positif* ».

⁶⁶⁶ Le « principe-construction » renvoie à « *la construction du législateur rationnel ou parfait, présumé dans l'élaboration dogmatique du droit ou dans l'application et l'interprétation juridique* ».

⁶⁶⁷ D'après le Professeur Mouloud BOUMGHAR, l'identification par le juge ainsi que l'organisation et l'action de l'État sont également des critères d'identification des principes dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. V. M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit.

⁶⁶⁸ S. CAUDAL, « Propos introductifs », op. cit., pp. 1 et s.

⁶⁶⁹ *Ibid.*

d'observer si la subsidiarité juridictionnelle remplit certains de ces critères, et dans l'affirmative, si ces éléments suffisent à la qualifier de principe.

2. La pertinence de la qualification de principe

Afin d'être en mesure de déterminer si la subsidiarité juridictionnelle est un principe, l'étude des critères ainsi identifiés s'impose. Par ailleurs, une mise en perspective avec le principe de subsidiarité permettra de tenter de répondre à la question de savoir si la subsidiarité juridictionnelle peut être considérée comme une notion autonome ou un volet du principe de subsidiarité, bien connu par ailleurs. Bien qu'il semble naturel de considérer que ce dernier est un *principe*, cette qualification mérite cependant que l'on s'y attarde⁶⁷¹. Il convient donc de s'interroger sur la validité de la qualification principielle des deux notions au regard des critères de normativité, de positivité et de généralité.

La normativité. D'emblée, le critère de la normativité⁶⁷² paraît discutable dans la mesure où le principe se distingue de la norme⁶⁷³. Le Professeur Hans Kelsen établit non seulement que principes et normes coexistent dans l'ordre juridique, mais encore que les principes précèdent les normes dans le processus de création juridique. Ces derniers « *influencent la création de normes juridiques par les autorités juridiques compétentes* », normes « *dont le contenu est conforme* » aux principes⁶⁷⁴.

Si l'on se réfère à la classification d'André LALANDE⁶⁷⁵, seuls certains principes, identifiés comme principes *normatifs*, sont en mesure de satisfaire le critère de la normativité.

⁶⁷⁰ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 93-98.

⁶⁷¹ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », op. cit., pp. 21 et s.

⁶⁷² Il n'est pas inutile de rappeler que la norme reçoit deux définitions juridiques principales. La définition « *traditionnelle et dominante* » suggère que les normes sont des « *règles de conduite dont le contenu doit être prescriptif, prohibitif ou permissif* », alors qu'une définition « *plus novatrice* » en fait « *la référence, le modèle, l'instrument de mesure qui permet de déterminer comment les choses doivent être* », v. S. CAUDAL, « Propos introductifs », op. cit., p. 4.

⁶⁷³ Sur la distinction entre principe et norme, v. principalement H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 151 et s. ; S. CAUDAL, « Propos introductifs », op. cit., pp. 1 et s., et J. MOLINIER (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, op. cit., pp. 20-24.

⁶⁷⁴ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 153.

⁶⁷⁵ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., pp. 827 et s.

Les principes *ontologiques* et *logiques* en sont dépourvus⁶⁷⁶. Autrement dit, si certains principes sont des normes, tous n'en sont pas pour autant. Plusieurs approches doctrinales corroborent cette idée.

Le Professeur Alain PELLET définit les principes en droit international public comme des « *propositions premières dégagées par un long travail d'induction des règles particulières de l'ordre juridique* »⁶⁷⁷. Le Professeur Mouloud BOUMGHAR précise que « *la normativité n'est pas la principale caractéristique des définitions des "principes" du droit international* »⁶⁷⁸. Les principes ne sont donc pas nécessairement normatifs. Ils peuvent être « *des propositions descriptives (et non normatives) au moyen desquelles les juristes rendent compte de manière synthétique du contenu et des grandes tendances de l'ensemble de normes composant le droit positif* »⁶⁷⁹.

Le critère de la normativité n'est ainsi pas pertinent au stade de la qualification principielle de la subsidiarité juridictionnelle, dès lors que cette dernière peut avoir « *une fonction justificative et explicative pertinente à l'égard des règles de droit en vigueur* »⁶⁸⁰, rendant compte de l'organisation des compétences entre juridictions nationales et Cours européennes. Concernant le principe de subsidiarité, le critère de la normativité peut également être mis de côté à ce stade de l'étude. Il sera plus amplement développé, sous l'angle de l'impérativité, à l'heure d'évaluer la juridicité du principe.

La positivité. Concernant ensuite la positivité, il apparaît que ce critère doit également être discuté. Il est important de constater que « *le terme "principe" (est) souvent utilisé par les juristes pour désigner des choses, des entités, des objets idéels, demeurant extérieurs et traités comme supérieurs, en valeur, au droit positif* »⁶⁸¹. Ainsi les principes sont « *plutôt (...)*

⁶⁷⁶ Un exemple est donné à propos de la subsidiarité, qui est considérée par le Professeur Chantal MILLON-DELSOL comme « *un principe et non une norme* ». V. C. MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, op. cit., p. 232.

⁶⁷⁷ A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1987, p. 317.

⁶⁷⁸ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 17. L'auteur fait référence à J. BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 10960, p. 473.

⁶⁷⁹ A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Droit social*, 1982, p. 618.

⁶⁸⁰ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Paris, PUF, 1996, p. 182.

⁶⁸¹ S. CAUDAL, « Propos introductifs », op. cit., p. 49.

*des conséquences, des résultats que l'on extrait soit de textes de droit positif, soit des décisions de justice, soit de la coutume, soit de la doctrine, qui leur donne leur configuration et leur assigne un rang dans l'ordre juridique »*⁶⁸².

Dans la classification opérée par le Professeur Jezry WROBLEWSKI⁶⁸³, distinction est faite entre les « *principes positifs du droit* » et les « *principes implicites du droit* ». Les principes positifs, ou « *principes explicites* »⁶⁸⁴, trouvent une assise dans le droit positif, où ils sont « *explicitement formulés* »⁶⁸⁵. Les principes implicites, quant à eux, sont « *privés de disposition* »⁶⁸⁶, et sont considérés comme « *prémises ou conséquences des dispositions du droit positif, sans y être expressément énoncés* »⁶⁸⁷.

Si la subsidiarité juridictionnelle n'est pas énoncée par le droit positif, ni même par la jurisprudence⁶⁸⁸, elle est évoquée par la doctrine qui en consacre le caractère principiel. En l'absence de positivité, la subsidiarité juridictionnelle ne peut qu'appartenir à la catégorie des principes implicites, en tant que « *métanorme* »⁶⁸⁹.

Le principe de subsidiarité, tant examiné sous l'angle conventionnel que communautaire, entretient un lien étroit avec le droit positif.

⁶⁸² F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, pp. 722 et s.

⁶⁸³ J. WROBLEWSKI, « Principes du droit », *op. cit.*, pp. 474 et s.

⁶⁸⁴ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, pp. 722 et s.

⁶⁸⁸ Se retrouve expressément énoncé dans la jurisprudence uniquement le « principe de subsidiarité », ou encore des expressions renvoyant à l'idée de la subsidiarité juridictionnelle sans pour autant que cette dernière ne soit jamais explicitement nommée.

⁶⁸⁹ A. E. PÉREZ LUNO, « ¿ Los principios generales del derecho : un mito jurídico ? », *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1997, n° 98, pp. 9 et s. ; F. MODERNE explique à l'égard des principes assimilés à des métanormes que leur « *fonction est liée à la connaissance du droit positif qu'ils éclairent et informent en fournissant aux usagers et interprètes du droit les éléments logiques ou technico-formels susceptibles de contribuer à la compréhension et par là même à l'application et à l'évolution du droit positif* », v. F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, pp. 722 et s.

Dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, tant que le Protocole n°15⁶⁹⁰ à la Convention n'est pas entré en vigueur, il ne figure pas expressément dans le texte conventionnel. Le contraste est net par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui regorge de références au principe de subsidiarité⁶⁹¹.

Dans le cadre de l'Union européenne, c'est avec son inscription dans le traité de Maastricht que le principe de subsidiarité « *a pu devenir un élément du droit positif* »⁶⁹² européen. La « *positivation* »⁶⁹³ du principe en 1992 s'est opérée par le biais de plusieurs dispositions, dont la plus importante est l'article 3 B⁶⁹⁴. Depuis, le principe de subsidiarité a perduré dans le traité sur l'Union européenne. Il figure aujourd'hui à l'article 5, paragraphe 3, du TUE⁶⁹⁵. Bien que les arrêts de la Cour de justice mentionnant le principe de subsidiarité ne soient pas abondants, le principe demeure également repris par la jurisprudence de l'Union⁶⁹⁶.

⁶⁹⁰ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STCE n° 213.

⁶⁹¹ Une simple recherche du terme « subsidiarité » dans la base de donnée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int/fre#>) suffit pour s'en convaincre. Parmi les très nombreux exemples, v. CourEDH, 23 juil. 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, série A, n° 6, § 10 ; CourEDH, GC, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, req. n° 36813/97, § 140 ; CourEDH, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, § 42 ; CourEDH, GC, 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, req. n° 16064/90 et al., § 164 ; CourEDH, 21 janv. 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, § 286 ; CourEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et autres. c. Royaume-Uni*, req. n° 39692/09 et al., § 61 ; CourEDH, 13 déc. 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07, § 77.

⁶⁹² F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, op. cit., 1998, p. 55.

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ Art. 3 B, alinéa 2, TUE (version Maastricht) : « *Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire* ».

⁶⁹⁵ Art. 5, § 3, TUE (version Lisbonne) : « *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ».

⁶⁹⁶ Pour le Tribunal, v. notamment TPI, 24 mars 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Air France c. Commission*, aff. T-3/93, Rec. p.II-121 ; TPI, 24 janv. 1995, *Tremblay, Lucazeau, Kerstenberg et S.E.L.L c. Commission*, aff. T-5/93, Rec. p. II-185 ; TPI, 21 fév. 1995, *V.S.P.O.B c. Commission*, aff. T-29/92, Rec. p. II-289 ; et plus récemment, Trib. UE, 24 mars 2009, *Moreira da Fonseca c. OHMI General Optica*, aff. T-318/06 à T-321/06, Rec. p. II-649 ; Trib. UE, 26 sept. 2014, *Molda c. Commission*, aff. T-629/13, Rec. p. Pour des arrêts de la Cour, v. notamment CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, aff. C-233/94, Rec. p. I-2405 ; CJCE, 14 avr. 2005, *Belgique c. Commission*, aff. C-110/03 ; CJCE, GC, 12 juil. 2005, *Alliance for Naturel Health e.a*, aff. C-154/04 ; CJUE, 19 déc. 2012, *Mitteldeutsche Flughafen et Flughafen Leipzig-Halle c. Commission*, aff. C-288/11.

Au regard de ces éléments, la positivité du principe de subsidiarité ne fait aucun doute. Alors que la subsidiarité juridictionnelle relèverait de la catégorie des « *principes implicites* » reconnue par le Professeur Jezry WROBLEWSKI⁶⁹⁷, le principe de subsidiarité est indiscutablement un « *principe positif du droit* »⁶⁹⁸.

La généralité. Demeure enfin le critère de la généralité⁶⁹⁹. Il s'avère qu'« *un principe peut être plus ou moins général* »⁷⁰⁰. Ce critère est donc relatif, dans la mesure où le « *degré de généralité* »⁷⁰¹ varie d'un principe à l'autre. Il signifie également que le principe « *comporte une série indéfinie d'applications* »⁷⁰².

Ce critère semble être satisfait par la subsidiarité juridictionnelle tant son champ d'application est large, cette dernière imprégnant l'ensemble de l'activité juridictionnelle européenne. D'abord, elle évolue dans un champ institutionnel étendu en ce qu'elle concerne tout à la fois les juridictions nationales de l'ensemble des États européens, la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme.

Ensuite, elle couvre une infinité de domaines puisque son champ d'application matériel s'étend à l'ensemble des matières dont connaît le juge européen : l'ensemble du droit européen des droits de l'homme d'une part, et l'ensemble du droit issu des Traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne, d'autre part. Enfin, la généralité de la subsidiarité juridictionnelle est acquise par son implication aux diverses étapes du contrôle juridictionnel : en amont⁷⁰³, au cœur⁷⁰⁴ et en aval⁷⁰⁵ de ce dernier.

⁶⁹⁷ J. WROBLEWSKI, « Principes du droit », *op. cit.*, pp. 474 et s.

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ Pour un débat sur le bien-fondé du critère de la généralité, v. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, 788 p. ; M. DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, pp. 270 et s. et M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 45 et s.

⁷⁰⁰ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁰¹ F. MODERNE, « Le recours par le juge administratif aux principes dont s'inspire le code civil », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges Daniel LABETOULLE*, Dalloz, 2007, p. 659.

⁷⁰² J. BOULANGER, « Principes généraux du droit positif », in *Le droit privé au milieu du XXème siècle. Études offertes à Georges RIPERT*, Paris, LGDJ, 1950, t. I, p. 51, n° 5, p. 56.

⁷⁰³ Elle intervient amont du contrôle juridictionnel, puisque la subsidiarité juridictionnelle organise la répartition des compétences entre les juridictions des différents ordres juridiques. Elle se matérialise ici notamment par la

Concernant le principe de subsidiarité, dans le système conventionnel, son application s'étend à l'ensemble des droits garantis par la Convention⁷⁰⁶ et à la diversité des acteurs concernés par la protection des droits fondamentaux, c'est-à-dire non seulement les autorités juridictionnelles mais également administratives ou politiques⁷⁰⁷ des États parties à la Convention. Le critère est donc ici satisfait.

Ayant vocation à réguler l'exercice des compétences partagées entre l'Union et les États membres⁷⁰⁸, le principe de subsidiarité « *s'étend en principe à l'ensemble de l'Union* »⁷⁰⁹. Ce dernier concerne donc un champ matériel et institutionnel particulièrement large⁷¹⁰. Son caractère général est donc également avéré dans l'Union européenne.

Les deux notions satisfont ainsi le critère de la généralité, à la différence près que la généralité de la subsidiarité juridictionnelle connaît une limite institutionnelle – elle ne s'applique qu'au pouvoir juridictionnel – alors que le généralité du principe de subsidiarité

règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le système conventionnel et fait référence à la logique de répartition des compétences entre le juge national et la Cour de justice dans l'Union européenne.

⁷⁰⁴ Elle intervient ensuite au cœur du contrôle juridictionnel, en régulant l'exercice des compétences des juridictions, par exemple lorsque les Cours européennes font varier la marge d'appréciation des juridictions nationales.

⁷⁰⁵ Elle intervient enfin en aval du contrôle juridictionnel, en ce qu'il appartiendra aux juridictions nationales de tirer les conséquences des décisions rendues par les juridictions de la Convention et de l'Union.

⁷⁰⁶ Pour quelques exemples, concernant l'art. 2 v. CourEDH, GC, 7 juil. 2011, *Al-Sekini et al. c. Royaume-Uni*, Req. n° 55721/07, Rec. 2011, § 99 ; concernant l'art. 3 v. CourEDH, GC, 13 déc. 2012, *El-Masri c. L'ex-République Yougoslave de Macédoine*, req. n° 3963/09, Rec. 2012, § 141 ; concernant l'art. 5 v. CourEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et autres. c. Royaume-Uni*, req. n° 39692/09 et al., § 61 ; concernant l'art. 10 v. CourEDH, GC, 13 juil. 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, req. n° 16354/06, Rec. 2012, § 64.

⁷⁰⁷ La Cour vise en effet de manière générale les « *autorités* » et « *instances* » nationales. V. CourEDH, 7 juil. 2015, *V. M et al. C. Belgique*, req. n° 60125/11, § 176 et 189.

⁷⁰⁸ S. BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *RAE*, 1998, n° 1&2, pp. 48-61.

⁷⁰⁹ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*

⁷¹⁰ F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, *op. cit.*, pp. 106 et s.

connaît une limite matérielle⁷¹¹, en droit de l'Union⁷¹², il ne concerne que les compétences non exclusives⁷¹³.

Il ressort de ces éléments que subsidiarité juridictionnelle et subsidiarité sont toutes deux des principes. Les critères justifiant une telle qualification diffèrent cependant d'un principe à l'autre. Dès lors, tant la multiplicité des définitions de la notion de *principe* que la subjectivité des critères d'identification font preuve d'une hétérogénéité telle que la subsidiarité et la subsidiarité juridictionnelle peuvent toutes deux être admises au rang de *principe* sans emprunter les mêmes ressorts. Reste à savoir si d'autres divergences apparaissent entre subsidiarité et subsidiarité juridictionnelle quant à la caractérisation de leur potentielle juridicité.

B. Une juridicité incertaine

En ce qu'il a vocation à commander l'action des juridictions de divers ordres juridiques, le principe de subsidiarité juridictionnelle serait par définition un principe juridique. Sa juridicité serait acquise dans la mesure où ce dernier se développe dans un système juridique qu'il influence. Pourtant, « *que des principes extrajuridiques puissent influencer sur un système de droit et s'y intégrer [...] ne saurait faire oublier que leur origine doit être recherchée en dehors du droit lui-même et qu'ils se prêtent de ce fait à la polémique quant à la nécessité ou à l'effectivité de leur "juridicisation", c'est-à-dire de leur insertion dans le droit positif* »⁷¹⁴.

Il est alors indispensable de s'interroger sur les critères qui déterminent le caractère juridique d'un principe avant d'en faire application, toujours en mettant les différents éléments en perspective avec les caractéristiques du principe de subsidiarité (1). Cette analyse conduit à observer que la juridicité de la subsidiarité juridictionnelle est incomplète (2).

⁷¹¹ X. MARCHAND-TONEL, « La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne. Présentation du dossier », *op. cit.*, p. 8.

⁷¹² En matière conventionnelle, le champ d'application matériel semble identique puisqu'il s'agit dans les deux cas de l'ensemble des droits garantis par le texte conventionnel.

⁷¹³ Sur la délimitation du champ d'application du principe de subsidiarité dans l'Union européenne, v. J. BARROCHE, « La subsidiarité. Le principe et l'application », *op. cit.*

⁷¹⁴ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 723.

1. Les critères de la juridicité

Deux approches envisageables. Deux approches peuvent être envisagées pour appréhender la juridicité d'un principe. Une seule sera néanmoins retenue pour donner lieu à l'examen des critères qu'elle préconise. La première consiste à considérer que « *toute norme est juridique dès lors qu'elle appartient à un système de droit, reconnu comme tel* »⁷¹⁵. Aussi, le Professeur Franck MODERNE explique-t-il que ne peuvent être qualifiés de principes juridiques que ceux « *qui se constituent et se développent à l'intérieur même du système de droit dont ils sont une des composantes* »⁷¹⁶. L'appartenance d'un principe à un système juridique suffirait donc à caractériser sa juridicité⁷¹⁷. Celle du principe de subsidiarité juridictionnelle serait alors acquise dès lors que ce dernier s'insère dans les ordres juridiques européens.

L'approche matérielle. Il semble cependant que cette première approche formelle peut être dépassée pour envisager la juridicité du principe dans ses aspects matériels, conduisant à s'interroger sur les effets juridiques de la subsidiarité juridictionnelle, son autorité et son caractère obligatoire⁷¹⁸. Comme l'explique Hans Kelsen, les principes sont juridiques « *seulement dans la mesure où ils influencent la création de normes juridiques par les autorités juridiques compétentes* »⁷¹⁹. La question se pose donc de leurs effets juridiques afin d'en apprécier la juridicité.

L'étude de la doctrine conduit à identifier un certain nombre de critères permettant d'évaluer la juridicité matérielle d'un principe⁷²⁰. Pour les Professeurs Jacques ZILLER⁷²¹ et

⁷¹⁵ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, Giapichelli, 1960, pp. 3-19, spéc. p. 7, cité par M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 18.

⁷¹⁶ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », op. cit., pp. 722 et s.

⁷¹⁷ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éd. Odile Jacobs, 1997, p. 243.

⁷¹⁸ J. CHEVALLIER, « Présentation », in Dossier : La normativité, CCC, n°21, 2007. V. également M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, PUAM, 2009, p. 67.

⁷¹⁹ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 153.

⁷²⁰ L'analyse s'est focalisée sur les études concernant la juridicité du principe de subsidiarité. Principalement trois contributions ont permis de dégager ces critères : J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », op. cit., pp. 527 et s. ; B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2012, p. 329 et L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 106 et s.

Brunessen BERTRAND⁷²², celle du principe de subsidiarité relève principalement de sa positivité et de sa justiciabilité. Dans sa thèse sur *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Laurèn AUDOUY y ajoute son caractère impératif⁷²³. Avoir « fait l'objet d'une jurisprudence permettant d'en apprécier la portée »⁷²⁴ ou « constituer un élément de la légalité des actes de l'Union »⁷²⁵ sont également des qualités portées à charge de la juridicité du principe de subsidiarité. Subsidiaires aux trois principaux critères de la positivité, de la justiciabilité et de l'impérativité, leur étude ne s'impose pas à l'analyse.

2. L'incomplétude de la juridicité de la subsidiarité juridictionnelle

L'intérêt est ici de mettre en comparaison l'étude des critères permettant d'évaluer la potentielle juridicité des principes de subsidiarité juridictionnelle et de subsidiarité. Si le caractère juridique du principe de subsidiarité est largement reconnu dans la sphère européeniste, ainsi qu'en attestent les formulations le qualifiant de « *principe juridique majeur* »⁷²⁶, « *principe juridique qui s'impose au juge* »⁷²⁷, « *principe constitutionnel* »⁷²⁸, ou

⁷²¹ Face à la question de savoir si le principe de subsidiarité est un principe juridique ou politique, le Professeur Jacques ZILLER explique qu'« il est simple de répondre à cette question par l'affirmative : il s'agit bien d'un principe juridique, dès lors qu'il est inscrit dans les traités, qu'il peut être utilement invoqué devant les juridictions et qu'il a fait l'objet d'une jurisprudence permettant d'en apprécier la portée ». V. J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 527.

⁷²² Indiquant qu'il faut « appréhender [...] ce principe pour ce qu'il est, c'est-à-dire un principe juridique qui est aussi un principe politique », le Professeur Brunessen BERTRAND dégage plusieurs éléments qui attestent de la juridicité du principe de subsidiarité. C'est un « élément de la légalité des actes de l'Union » jouissant d'une « justiciabilité » et d'une « consécration dans le droit positif ». V. B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 329.

⁷²³ Laurèn AUDOUY choisit d'assimiler les notions de juridicité et de normativité aux fins de la détermination de la nature juridique du principe de subsidiarité. Les critères retenus sont alors celui de l'« impérativité » et de la « sanction du non-respect de la norme ». V. L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 106 et s.

⁷²⁴ J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 527.

⁷²⁵ V. B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 329.

⁷²⁶ Document d'information du Comité des ministres du 10 novembre 2010 concernant le *Bilan des activités de la présidence sortante, tel que présenté par « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, CM/inf(2010)40, p. 1.

⁷²⁷ J.-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 369.

⁷²⁸ M. STRUYS, L. FLYNN, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : la dimension juridictionnelle », *op. cit.*, p. 201.

tout simplement de « *principe juridique* »⁷²⁹, l'analyse des critères de sa juridicité demeure nécessaire afin d'en attester. Il convient alors de s'attacher à déterminer dans quelle mesure les deux principes peuvent satisfaire les critères de la positivité, de la justiciabilité et de l'impérativité.

La positivité. D'emblée, le critère de la positivité doit être écarté, dans la mesure où s'il ne préside en rien à la qualification d'un principe, il n'en caractérise pas non plus la juridicité. Selon le Professeur Josef ESSER les principes sont juridiques « *tant que, et dans la mesure où, ils ont été incarnés institutionnellement par des actes (créant du droit), de la législation, de la jurisprudence ou de la vie juridique* »⁷³⁰. Ainsi, il admet que « *les principes puissent être des principes juridiques, avant même d'être du droit positif* »⁷³¹.

Les réflexions du Professeur Hans KELSEN confirment cette conclusion, en considérant qu'un principe, pour être qualifié de *juridique*, ne doit pas nécessairement faire « *partie intégrante du droit positif* »⁷³². La distinction du Professeur Jezry WROBLEWSKI⁷³³, entre « *principes positifs du droit* » et « *principes implicites du droit* » implique par ailleurs qu'un principe juridique n'est pas nécessairement expressément consacré par le droit positif.

Si la positivité du principe de subsidiarité est acquise en droit de l'Union, et en voie d'acquisition en droit de la Convention⁷³⁴, l'absence de consécration du principe de subsidiarité juridictionnelle par le droit positif ne remet ainsi pas en cause sa potentielle juridicité.

La justiciabilité. Critère largement admis par la doctrine⁷³⁵, la justiciabilité peut être résumée comme « *la possibilité d'être jugé par une juridiction* »⁷³⁶. La question de la

⁷²⁹ J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 527 et B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 329.

⁷³⁰ J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, pp. 132-133, cité par H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 154.

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 154.

⁷³³ J. WROBLEWSKI, « Principes du droit », *op. cit.*, pp. 474.

⁷³⁴ V. le Protocole n°15 à la Convention.

⁷³⁵ V. notamment, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome I, Sirey, 1920, réédition des Éditions du CNRS, 1962, pp. 57-58 ; J. BRETHER DE LA GRESSAYE et M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, p. 4 ; H. KANTOROWITZ, *The definition of law*, 1958, cité

justiciabilité⁷³⁷ du principe de subsidiarité juridictionnelle ne trouve cependant pas de conclusion évidente. Une réponse affirmative peut être apportée concernant ses manifestations procédurales. L'exemple de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, dont le respect est une condition de recevabilité de la requête devant la Cour européenne des droits de l'homme⁷³⁸, est marquant tant sa justiciabilité est évidente. De même, le droit à une protection juridictionnelle effective au niveau national fait l'objet d'un contrôle tant à Strasbourg⁷³⁹ qu'à Luxembourg⁷⁴⁰. Dans l'ordre juridique de l'Union, la sanction du non respect des règles propres à la mise en œuvre du renvoi préjudiciel en atteste également.

La réponse concernant les manifestations matérielles de la subsidiarité juridictionnelle, principalement le jeu de la marge de manœuvre laissée au juge national, ne peut en revanche être aussi tranchée. En raison de son caractère imprévisible⁷⁴¹, la marge nationale reçoit un contrôle juridictionnel aléatoire⁷⁴². Ses implications sont variables et dépendent tout entières de l'interprétation qui en est faite *in concreto* par la Cour européenne des droits de

in J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1994, p. 320 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1969, 10^{ème} éd., 2001. Pour des opinions contraires, v. D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, pp. 244 et s., et M. WATHELET, « Propos liminaires », *op. cit.*, p. 19.

⁷³⁶ C. ATIAS, « Justiciabilité », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 798.

⁷³⁷ Pour aller plus loin sur le concept de justiciabilité, il faut observer qu'elle renferme deux dimensions : d'une part elle implique la « *soumission potentielle à [...] un pouvoir et à ses décisions* » et d'autre part « *elle est ce sur quoi les juges acceptent statuer* ». V. C. ATIAS, « Justiciabilité *op. cit.*, p. 798. Autrement dit, la justiciabilité « *désigne tant la capacité intrinsèque [...] à être garanti par un juge que la possibilité formelle qu'il existe un juge pour en connaître* ». V. C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Études de droit conventionnel européen*, Bruylant, Coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Thèses », 2012, p. 21.

⁷³⁸ L'article 35, § 1 de la Convention, intitulé « *Conditions de recevabilité* », prévoit que « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes [...]* ». V. notamment CourEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, req. n° 2832/66, série A, n° 12, § 60, *GACEDH*, n° 20 et CourEDH, GC, 16 sept. 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, req. n° 21893/93, *Rec.* 1996-IV, *GACEDH*, n° 73.

⁷³⁹ V. entre autres CourEDH, GC, 28 janv. 2014, *O'Keeffe c. Irlande*, req. n° 35810/09 ; CourEDH, GC, 13 déc. 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07, § 98 ; CourEDH, GC, 1^{er} mars 2010, *Demopoulos et autres c. Turquie*, req. n° 46113/99, *Rec.* 2010, § 101 et CourEDH, GC, 4 fév. 2005, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et al., *Rec.* 2005-I, § 122.

⁷⁴⁰ V. principalement, CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pts. 39 et s. V. aussi, CJCE, 18 janv. 2007, *PKK et KNK c. Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.* p. I-439, pts. 109 et 110 et CJUE, 17 mars 2016, *Ruijsenaars et Jansen*, C-145/15, non publié au *Rec.*, pt. 37.

⁷⁴¹ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », *op. cit.*, pp. 88 et s.

⁷⁴² Vincent COURONNE évoque à cet égard qu'il est impossible « *de prévoir l'issue de ce contrôle de [la subsidiarité juridictionnelle dans l'exercice de la compétence procédurale]* ». V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 94.

l'homme⁷⁴³ et la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁴⁴. Il n'est ainsi pas établi que se prévaloir de la marge d'appréciation ou de l'autonomie du juge national permet d'obtenir une sanction de la part du juge européen. La justiciabilité de la subsidiarité juridictionnelle n'est donc pas totale dès lors que ses aspects matériels en sont variablement pourvus.

Concernant le principe de subsidiarité et d'après les conclusions de Laurèn AUDOUY, sa justiciabilité en droit conventionnel serait « *inconstante* »⁷⁴⁵ dans la mesure où la justiciabilité de la subsidiarité procédurale serait « *évidente* »⁷⁴⁶ alors que celle de la subsidiarité substantielle serait « *contestable* »⁷⁴⁷. Ainsi, de la même manière que pour le principe de subsidiarité, le critère de la justiciabilité semble rempli uniquement par la dimension procédurale du principe, la dimension matérielle en étant *a priori* dépourvue. Dans un premier temps incertaine⁷⁴⁸, la justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne a posé question⁷⁴⁹. Elle ne fait plus aucun doute aujourd'hui. Relevée par la doctrine⁷⁵⁰ et

⁷⁴³ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*

⁷⁴⁴ La jurisprudence relative au soulèvement d'office par le juge national des moyens tirés du droit communautaire illustre parfaitement la variabilité de l'autonomie laissée aux juridictions nationales. V. en particulier, CJCE, 11 juil. 1991, *Verholen*, aff. C-87/90 à C-89/90, *Rec.*, p. I-3757 ; CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroek*, aff. C-312/93, *Rec.*, p. I-4599 et *Van Schijndel*, aff. C-430 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705.

⁷⁴⁵ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 121.

⁷⁴⁶ Si l'on s'en tient uniquement à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, en excluant donc la subsidiarité procédurale qui se déploie en aval du contrôle juridictionnel par le biais du « *principe du libre choix des moyens de mise en conformité avec l'arrêt de condamnation* », dont la justiciabilité n'est pas certaine, tel que précisé par l'auteur. V. L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 121 et 124.

⁷⁴⁷ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁴⁸ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.* V. également TPI, 24 janv. 1995, *Tremblay*, aff. T-5/93, *Rec.* II-185.

⁷⁴⁹ V. CONSTANTINESCO, « La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses États membres. L'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité », in C. ENGEL et W. WESSELS (eds.), *From Luxembourg to Maastricht, Institutional Change in the European Community after the Single European Act*, 1992, pp. 126 et s.

⁷⁵⁰ V. notamment J. MERTENS DE WILMARS, « Du bon usage de la subsidiarité », *op. cit.*, p. 200 ; J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, pp. 116-126 ; J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.* ; S. BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, pp. 48-61 ; J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 527.

exprimée par la Cour de justice⁷⁵¹, la justiciabilité du principe de subsidiarité, si elle peut être critiquée⁷⁵², est avérée⁷⁵³.

Il ressort de ces éléments que le critère de la justiciabilité ne semble acquis qu'à propos du principe de subsidiarité au sens du droit de l'Union européenne. Dans le système conventionnel autant qu'à propos de la subsidiarité juridictionnelle, la justiciabilité demeure incertaine.

L'impérativité. La question se pose de savoir si le principe de subsidiarité juridictionnelle emporte des « *effets de droit* »⁷⁵⁴, s'il contient des prescriptions juridiques⁷⁵⁵, s'il revêt une « *fonction directive* »⁷⁵⁶.

La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes prescrit des obligations juridiques tant envers les juridictions nationales que les justiciables, dont le contenu est prévu par la Convention⁷⁵⁷ et sanctionné par la jurisprudence⁷⁵⁸. Il en va de même de l'obligation de protection juridictionnelle effective, dont les prescriptions juridiques sont précisées par les deux Cours⁷⁵⁹. Il s'ensuit que la subsidiarité juridictionnelle, dans sa dimension procédurale, semble remplir le critère de l'impérativité.

⁷⁵¹ Communication de la Cour de justice à la Conférence intergouvernementale de 1991, 20 novembre 1990, citée dans J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, op. cit., p. 121. Pour la jurisprudence, v. parmi d'autres : CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-492 ; CJCE, 12 nov. 1996, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.* I p. 5755 ; CJCE, 10 déc. 2002, *British American Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453 ; CJCE, 12 juil. 2005, *Natural Health et Nutri-Link*, aff. C-154/04 et C-155/04, *Rec.*, p. I-6451 et CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-176/09, *Rec.*, p. I-3727.

⁷⁵² V. par exemple G. STROZZI, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », op. cit., pp. 373-390 ; B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », op. cit., p. 329 ; A. RACCAH, « Les faux espoirs du principe de subsidiarité post-Lisbonne », op. cit., pp. 8-10.

⁷⁵³ F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, op. cit., pp. 253-368.

⁷⁵⁴ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », op. cit., p. 723.

⁷⁵⁵ Sur l'impérativité d'une norme, v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, C. EISENMANN (traduction), Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1999.

⁷⁵⁶ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », op. cit., p. 724.

⁷⁵⁷ Art. 35 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁷⁵⁸ V. entre autres, CourEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, req. n° 3832/66, série A, n° 12, § 60, *GACEDH*, n° 20 ; CourEDH, 16 juil. 1971, *Ringeisen c. Autriche*, req. n° 2614/65, § 89, série A, n° 13 ; CourEDH, GC, 16 sept. 1996, *Akdivar et a. c. Turquie*, req. n° 21893/93, *Rec.* 1996-IV, *GACEDH*, n° 73.

⁷⁵⁹ Dans le système conventionnel, le droit à un recours effectif « a pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et, de

Plusieurs éléments conduisent cependant à discuter l'impérativité de la subsidiarité juridictionnelle dans ses aspects matériels. Contrairement aux règles procédurales, la marge d'appréciation laissée au juge national souffre de l'absence d'énonciation textuelle et de définition jurisprudentielle précise. Son contenu variable ne permet pas d'identifier de prescriptions juridiques⁷⁶⁰. À cet égard, Laurèn AUDOUY explique que découle du paragraphe 48 de l'arrêt *Handyside*⁷⁶¹ une « exigence de retenue judiciaire s'imposant au juge international mais qui – une fois encore – est susceptible de voir son caractère impératif contesté, en raison de la double relativisation introduite par l'expression "en principe" (qui suppose donc l'existence d'exceptions) d'une part et par le critère du "mieux" d'autre part »⁷⁶². Il en va de même concernant l'autonomie du juge national dans l'Union européenne, dont le caractère obligatoire varie au gré des espèces et ne permet donc pas d'en déceler l'impérativité⁷⁶³.

Ainsi, l'impérativité de la subsidiarité juridictionnelle n'est pas constante tant elle varie entre sa dimension procédurale et matérielle, et tant les obligations prescrites par ses aspects matériels sont difficilement identifiables. Si elle n'en est pas totalement dépourvue, son impérativité peut néanmoins être discutée et relativisée.

Concernant le principe de subsidiarité, la dimension procédurale du principe conventionnel produit des effets normatifs contraignants alors que dans sa dimension

plus, à offrir le redressement approprié ». V. CourEDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et 33986/96, § 135. Dans l'Union européenne, la protection juridictionnelle effective est une obligation mise à la charge des juridictions nationales, qui sont tenues d'« interpréter et d'appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux personnes physiques et morales de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte communautaire de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier ». V. CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt. 42.

⁷⁶⁰ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », *op. cit.*, pp. 88 et s.

⁷⁶¹ CourEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, série A, n° 24, *GACEDH*, n° 7, § 48 : « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences ».

⁷⁶² L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 123-124.

⁷⁶³ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 28. ; J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 3.

substantielle, il est « *un principe interprétatif* »⁷⁶⁴ dépourvu de normativité. L'impérativité du principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne serait donc contrastée. Concernant le droit de l'Union européenne, Françoise THOMA explique que « *l'article 3B, en énonçant un principe constitutionnel général de valeur hiérarchique supérieure, confère au principe de subsidiarité la concrétisation nécessaire qui fait de lui un élément obligatoirement incorporé dans norme dérivée ultérieure du droit communautaire* »⁷⁶⁵.

Le caractère contraignant du principe de subsidiarité ne semble plus poser de difficultés dans ce cadre⁷⁶⁶. Comme la justiciabilité, le critère de l'impérativité n'est totalement satisfait que par le principe de subsidiarité tel qu'envisagé par le droit de l'Union européenne. Dans son appréhension par le droit conventionnel, cette dernière demeure soumise à interrogation, tout comme c'est le cas à propos du principe de subsidiarité juridictionnelle.

Dès lors, la juridicité du principe de subsidiarité, si elle semble acquise dans le cadre du droit de l'Union européenne, reste « *controversée* »⁷⁶⁷ dans le cadre du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, si le principe de subsidiarité en droit de l'Union est celui qui réunit le plus d'éléments attestant de sa juridicité, tel n'est pas le cas lorsqu'il est étudié dans le cadre de la Convention : tant sa positivité, que sa justiciabilité et son impérativité sont plus fragiles.

Il s'ensuit qu'aucune réponse tranchée ne peut être apportée à la question de savoir si la subsidiarité juridictionnelle est un principe juridique. Si la qualification de principe semble appropriée, la généralité étant acquise, l'identification d'un potentiel caractère juridique de la subsidiarité juridictionnelle requiert une double approche.

⁷⁶⁴ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 123.

⁷⁶⁵ F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, op. cit., p. 269.

⁷⁶⁶ V. par exemple G. CIAVARINI-AZZI, « Le principe de subsidiarité et l'évolution de la législation communautaire : l'approche de la Commission », *RAE*, 1998, n° 1&2, pp. 70-75, qui évoque les « *impératifs de subsidiarité* ».

⁷⁶⁷ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 124-126.

La subsidiarité juridictionnelle procédurale se présente comme un principe juridique justiciable et porteur d'obligations contraignantes⁷⁶⁸, alors que la subsidiarité juridictionnelle matérielle évolue au gré des espèces et ne recèle aucune obligation juridique précise dont le non-respect pourrait être sanctionné par le juge européen⁷⁶⁹. Au regard de ces éléments, la juridicité du principe de subsidiarité juridictionnelle demeure incomplète.

L'autonomie de la subsidiarité juridictionnelle par rapport au principe de subsidiarité semble ici se manifester clairement lorsque les deux principes sont étudiés dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Principe dont la juridicité n'est pas totale pour la première, principe incontestablement juridique pour le second, le fossé est évident. Les différences sont moins marquées lorsque l'étude se place dans l'ordre juridique de la Convention, dans la mesure où la juridicité du principe de subsidiarité n'y est pas non plus pleinement acquise.

⁷⁶⁸ J.-P COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », *op. cit.*, pp. 372. Jean-Paul COSTA classe le principe de subsidiarité parmi « *les principes juridiques qui s'imposent au juge* » et « *qui découlent de la lettre et de l'esprit de la Convention européenne des droits de l'homme* ». Il vise expressément l'« *écho procédural* » du principe de subsidiarité.

⁷⁶⁹ J.-P COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », *op. cit.*, p. 375. Le principe de subsidiarité est ici évoqué parmi « *les principes d'interprétation* », qui ont « *pour conséquence le développement dans certaines matières d'une marge d'appréciation laissée aux États qui découle à la fois du principe de subsidiarité et de certaines méthodes interprétatives* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Le travail d'identification de sa nature a donc permis de découvrir la subsidiarité juridictionnelle : de ses origines, en passant par le cadre dans lequel elle évolue, les lacunes de sa définition, sa nature de principe et sa juridicité qui ne peut être catégoriquement affirmée. Ces réflexions ont aussi, et peut-être surtout, conduit à une mise en perspective éclairante avec le principe de subsidiarité.

Il a été confirmé que subsidiarité juridictionnelle et subsidiarité sont des notions sœurs. Plongeant toutes deux leurs racines dans l'idée subsidiaire, ancienne et aux implications européennes singulières, elles gravitent autour d'idées communes et partagent des caractéristiques particulières : dualité, réversibilité, insaisissabilité⁷⁷⁰. Les deux notions ont ainsi en commun les difficultés liées à leur définition, qu'il s'agisse d'une lacune – à propos de la subsidiarité juridictionnelle – ou d'un « *flou* »⁷⁷¹ – à propos du principe de subsidiarité –

Au stade de la qualification de principe, une première distinction s'est imposée. Dans les deux ordres juridiques européens, le caractère principal de la subsidiarité juridictionnelle est déterminé seulement par sa généralité, alors que celui du principe de subsidiarité découle à la fois de sa généralité et de sa positivité.

Lorsqu'il a ensuite été question d'en apprécier la nature juridique, la subsidiarité juridictionnelle s'est démarquée du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne. Alors que ce dernier y apparaît comme un principe juridique incontesté, la juridicité de la subsidiarité juridictionnelle ne peut être aussi catégoriquement affirmée dans la mesure où ses aspects matériels en sont variablement pourvus. Dans le système conventionnel, la juridicité des deux principes est incomplète, du fait de la justiciabilité et de l'impérativité incertaines de leurs aspects matériels.

⁷⁷⁰ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 17.

Ces conclusions remettent en cause le postulat initial selon lequel il était pertinent de déterminer dans quelle mesure la subsidiarité juridictionnelle peut être envisagée comme une déclinaison du principe de subsidiarité. Finalement, cette question demeure pertinente seulement dans l'ordre juridique conventionnel, dans lequel l'idée subsidiaire a été traduite par le vocable de *principe de subsidiarité*, auquel une portée générale est donc attribuée. Il recouvre ainsi toutes les applications de l'idée subsidiaire dans l'ordre juridique de la Convention : subsidiarité des dispositions conventionnelles par rapport aux droits nationaux, subsidiarité de l'intervention de la Cour par rapport aux autorités nationales, dont les juridictions nationales. La subsidiarité juridictionnelle n'y est ainsi pas distinguée du principe de subsidiarité⁷⁷², lequel est indifféremment employé pour décrire l'ensemble de ses déclinaisons.

Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, l'idée subsidiaire connaît également plusieurs applications telles que la subsidiarité politique, économique et juridictionnelle⁷⁷³. Cependant, le *principe de subsidiarité*, qui relève de la subsidiarité politique, y a reçu une définition précise, figée par l'article 5, paragraphe 3, du TUE. Cette définition en fait un principe de régulation des compétences partagées entre l'Union et les États. La Cour de justice veillant à son respect, son impérativité et sa justiciabilité sont naturellement acquises. Le *principe de subsidiarité* devient alors une notion autonome lorsqu'il est envisagé au sens du droit de l'Union. La subsidiarité juridictionnelle, quant à elle, ne fait pas l'objet d'un tel traitement. Elle demeure une application « pure » de l'idée subsidiaire : elle reste l'idée subsidiaire appliquée à la fonction juridictionnelle.

En définitive, il est clair que la subsidiarité juridictionnelle est une application de l'idée subsidiaire au juge. Ainsi, au sens du droit de la Convention, dans lequel le principe de subsidiarité est synonyme de l'idée générale de subsidiarité, elle n'est qu'une application de ce dernier en matière juridictionnelle. Au sens du droit de l'Union cependant, le principe de subsidiarité recouvre une signification particulière : il s'agit en réalité d'un principe institutionnel de subsidiarité, qui s'inscrit dans la seule subsidiarité politique et répond à une

⁷⁷² V. par exemple : Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.* ; F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 84.

⁷⁷³ V. Supra, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section 1, § 1, B, 2.

définition précise. Dès lors, en le consacrant dans les traités, le droit de l'Union en a fait une déclinaison particulière de l'idée subsidiaire. Il est alors évident que la subsidiarité juridictionnelle se distingue du principe institutionnel de subsidiarité au sens du droit de l'Union.

CONCLUSION DU TITRE I

L'identification de la subsidiarité juridictionnelle a conduit à en rechercher les sources et la nature. Il a été démontré que l'absence de la subsidiarité juridictionnelle du droit positif s'explique par son évidence, sa consubstantialité à la construction européenne. Cela n'a pas empêché de rechercher et d'en identifier des *traces*, tant dans les traités que dans la jurisprudence, qui, si elles ne peuvent être qualifiées de base juridique, attestent néanmoins de son existence en tant que condition au fondement de l'intégration.

L'identification de sa nature a ensuite permis un rapprochement certain avec le principe de subsidiarité dans la mesure où les deux notions partagent les mêmes origines et le même cadre de développement privilégié qu'est l'intégration européenne. Aussi, toutes deux répondent à la qualification de principe. Cette dernière ne relève cependant pas des mêmes critères, la subsidiarité juridictionnelle étant dépourvue de positivité.

Ensuite, l'étude de la juridicité du principe de subsidiarité juridictionnelle a débouché sur un constat intéressant. Dans l'ordre juridique de la Convention, le caractère juridique des principes de subsidiarité juridictionnelle et de subsidiarité fait état d'une incomplétude tenant à leurs aspects matériels. Dans l'ordre juridique de l'Union, les deux principes se distinguent nettement dans la mesure où, pour les mêmes raisons que dans l'ordre conventionnel, la juridicité du principe de subsidiarité juridictionnelle reste incertaine, alors que celle du principe de subsidiarité est acquise.

Ce premier constat a conduit, dans un second temps, à remettre en cause la pertinence du postulat de départ consistant à déterminer si la subsidiarité juridictionnelle est une déclinaison du principe de subsidiarité en matière judiciaire. La question qu'il faudrait maintenant poser est finalement plutôt celle de savoir dans quelle mesure le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention, le principe de subsidiarité au sens du droit de l'Union et la subsidiarité juridictionnelle sont des applications de l'idée générale de subsidiarité. À cette question, il est désormais possible de répondre que le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention en est un synonyme, que le principe de

subsidiarité au sens du droit de l'Union en est une déclinaison particulière et circonscrite et que le principe de subsidiarité juridictionnelle en est une application à la fonction judiciaire.

En définitive, l'étude sources et de la nature de la subsidiarité juridictionnelle a permis de confirmer que cette dernière est une condition posée à l'intégration européenne depuis ses origines.

TITRE II. UNE CONDITION FONCTIONNELLE DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE

Le principe de subsidiarité juridictionnelle, à l'instar du principe de subsidiarité, est majoritairement présenté comme un principe de régulation de l'exercice des compétences. C'est d'ailleurs ainsi que ce dernier est défini par l'article 5, paragraphe 1, du TUE, qui indique que le principe de subsidiarité a vocation à « *régi[r] l'exercice de[s] compétences* »⁷⁷⁴. Pourtant, si le principe de subsidiarité est souvent assimilé à un principe régulateur, il s'avère qu'il préside également à la répartition des compétences entre les différents échelons du pouvoir⁷⁷⁵. Il pourrait à cet égard présenter des liens très étroits avec le principe de subsidiarité juridictionnelle.

Une étude complète du principe de subsidiarité juridictionnelle impose alors de ne pas occulter son rôle dans le processus de création du droit. Son influence à l'étape de la négociation des traités, bien que moins observée par les juristes, apparaît fondamentale. Elle permet en effet de se rendre compte de l'omniprésence du principe et de son caractère fondamental dans le développement du processus d'intégration européenne.

Cette appréhension complète du principe devrait également conduire à mettre en perspective les caractéristiques profondément différentes de la subsidiarité juridictionnelle selon le projecteur sous lequel elle est mise en lumière : en amont de la création du droit ou au cours de sa mise en œuvre. C'est encore sa richesse qui devrait émerger à travers cette double analyse, et surtout, son caractère essentiel au fonctionnement de l'intégration européenne. En effet, l'analyse des deux fonctions que remplit le principe de subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne devrait faire émerger son caractère indispensable au fonctionnement du processus.

⁷⁷⁴ Art. 5, § 1 TUE : « *Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences* ».

⁷⁷⁵ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *Cah. dr. eur.*, 1994, n° 1 & 2, pp. 3- 85.

L'étude des deux fonctions principales de la subsidiarité juridictionnelles⁷⁷⁶ marque donc naturellement les deux temps de la réflexion. Il s'agira tout d'abord d'identifier un principe de répartition des compétences juridictionnelles (**Chapitre 1**), puis un principe de régulation des compétences juridictionnelles (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'identification d'un principe de répartition des compétences juridictionnelles

Chapitre 2. L'identification d'un principe de régulation des compétences juridictionnelles

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 8.

CHAPITRE 1. L'IDENTIFICATION D'UN PRINCIPE DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

Jouant un rôle au cours du processus d'élaboration des traités européens en tant que notion inspirant les Pères fondateurs, la subsidiarité irrigue la construction européenne tout entière. Dans la mesure où cette fonction de présider à la répartition des compétences entre les différents niveaux de décision au moment de la création du droit leur est commune, principes de subsidiarité et de subsidiarité juridictionnelle semblent ici entretenir des liens particulièrement étroits. L'étude de la fonction de répartition du principe de subsidiarité juridictionnelle devrait ainsi être l'occasion d'appréhender ses rapports avec le principe de subsidiarité sous un angle particulier, qui semble les rapprocher de manière sensible.

Par ailleurs, s'intéresser à sa fonction de répartition des compétences juridictionnelles devrait permettre de prolonger ces réflexions quant à la nature de ce dernier. Intervenant telle une « *notion drainante* »⁷⁷⁷ influençant la répartition des compétences juridictionnelles dans l'élaboration des traités européens, le principe de subsidiarité juridictionnelle peut-il à ce stade de sa vie être un principe juridique ?

Afin d'envisager toutes les implications de cette première fonction, celle de « *gouverner [...] la répartition ou l'octroi des compétences* »⁷⁷⁸ juridictionnelles, il faut tout d'abord observer que le principe préside à l'attribution des compétences juridictionnelles et entretient, à ce propos, d'étroits liens avec le principe d'attribution (**Section 1**). Lorsqu'il orchestre la répartition des compétences entre les juridictions des différents niveaux, le principe de subsidiarité juridictionnelle mobilise ensuite toutes les potentialités de sa nature réversible. Il révèle ainsi sa portée structurante dans l'organisation des systèmes juridictionnels imbriqués (**Section 2**).

⁷⁷⁷ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 62.

⁷⁷⁸ M. WATHELET, « Propos liminaires », *op. cit.*, p. 17.

Section 1. Un principe présidant à l'attribution des compétences juridictionnelles

Section 2. Un principe présidant à la structuration des systèmes juridictionnels

SECTION 1. UN PRINCIPE PRÉSIDENT À L'ATTRIBUTION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

S'attacher à observer la manière dont ont été négociés et préparés les textes des traités européens dans les années 1950 renseigne sur la démarche des Pères fondateurs : leurs objectifs, leurs aspirations, leur état d'esprit, les principes qui ont guidé leurs choix⁷⁷⁹... À la lumière des différents travaux préparatoires et des commentaires doctrinaux qui s'y rapportent, il apparaît que l'idée subsidiaire a irrigué la construction européenne dès ses origines⁷⁸⁰. Incontestablement, elle imprègne la répartition des compétences entre les différents niveaux d'action et plus particulièrement l'attribution des compétences aux juridictions européennes⁷⁸¹.

Le principe de subsidiarité juridictionnelle intervient donc lors de la répartition des compétences entre juridictions européennes et nationales. Il constitue, en ce sens, une préoccupation animant la volonté des auteurs des traités à l'heure de définir les attributions des juridictions européennes. Lorsque le principe intervient en amont du droit⁷⁸², il revêt un caractère statique (§ 1). Son analyse se détache alors de la science juridique pour s'intégrer dans une approche proprement politique (§ 2).

§ 1. Un principe statique

Président à l'attribution des compétences juridictionnelles décidée par les auteurs des traités et inscrite dans ces derniers **(B)**, le principe de subsidiarité juridictionnelle remplit une

⁷⁷⁹ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 8.

⁷⁸⁰ V. J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES et J. WEYLAND, *Le traité de Maastricht*, *op. cit.*, p. 142.

⁷⁸¹ V. parmi de nombreuses références, J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 5 ; S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », *op. cit.*, p. 7 ; R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 600.

⁷⁸² K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 10.

fonction de répartition des compétences juridictionnelles qui permet de mettre en exergue son lien étroit avec le principe d'attribution (A).

A. La corrélation entre subsidiarité et attribution des compétences⁷⁸³

Comme le principe de subsidiarité, le principe de subsidiarité juridictionnelle pourrait être envisagé par les juristes comme un principe régissant uniquement l'exercice des compétences juridictionnelles. Néanmoins, seule l'acception plus large de la subsidiarité juridictionnelle, dépassant le cadre strict du droit positif (1), permet de prendre la mesure du rôle essentiel qu'elle joue à l'étape de l'attribution des compétences aux Cours européennes (2).

1. Une acception large de la subsidiarité juridictionnelle

L'analogie avec le principe de subsidiarité. La subsidiarité juridictionnelle a en commun avec le principe de subsidiarité qu'il est possible d'en distinguer deux acceptions. La première, stricte, les définit comme des principes de régulation des compétences. La seconde, plus large⁷⁸⁴, dépasse le cadre du droit pour observer que les deux principes président, en amont, à la répartition des compétences. En ce sens, « *le principe de subsidiarité participe de la même idée que le principe d'attribution* »⁷⁸⁵. Cette acception large de la fonction de la subsidiarité est développée par la doctrine⁷⁸⁶, qui évoque alors « *deux fonctions essentielles* »⁷⁸⁷ : présider d'abord à la répartition des compétences entre les niveaux européen et national, et réguler ensuite l'exercice de ces compétences.

⁷⁸³ Sur ce sujet, v. C. PHILIP et C. BOUTAYEB, « Subsidiarité (Principe de –) », in A. BARAV et C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, pp. 1023 et s., spéc. p. 1026 ; v. également M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 133 et s.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 132.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 135.

⁷⁸⁶ V. notamment J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, *op. cit.*, pp. 41 et s., pp. 703-709 ; K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, pp. 3- 85 ; D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*

⁷⁸⁷ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 8 : les auteurs utilisent également l'expression de « *double vie* » du principe de subsidiarité.

Cette observation est particulièrement révélatrice à propos du principe de subsidiarité envisagé en droit de l'Union européenne, dont l'étendue est souvent réduite à la seule définition qui en est livrée par l'article 5 du TUE. Cette disposition sépare en effet très clairement le principe d'attribution qui « *régit la délimitation des compétences de l'Union* », des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui « *régissent l'exercice de ces compétences* ». Cette distinction hermétique entre principe de subsidiarité et principe d'attribution cantonne donc le premier à une intervention uniquement située au moment du « *déclenchement de l'action proprement dit* »⁷⁸⁸.

Or l'ambition de prendre la totale mesure des implications de ce principe dans la construction européenne rend indispensable le dépassement du droit positif. Cela conduit à observer qu'« *au moins politiquement, le principe de subsidiarité va souvent s'imposer comme corollaire du principe d'attribution des compétences* »⁷⁸⁹. En effet, la subsidiarité caractérise « *l'esprit qui a présidé en partie à l'attribution originelle des compétences par les trois traités constitutifs et a guidé les États dans l'attribution de nouvelles compétences lors de la négociation de l'Acte unique européen et du traité sur l'Union européenne* »⁷⁹⁰.

Un raisonnement analogue peut être mené à propos de la subsidiarité juridictionnelle. Appréhender son influence dans l'attribution des compétences aux juridictions est indispensable dès lors que cette recherche a vocation à envisager ses implications dans leur ensemble⁷⁹¹. Le Professeur Jean-Claude GAUTRON relève ainsi que « *l'exigence de subsidiarité implique une distribution des compétences entre les deux niveaux de juridictions conformément à la séparation des ordres juridiques* »⁷⁹². Il s'ensuit qu'envisager la seule

⁷⁸⁸ M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 132. Pour l'assimilation du principe de subsidiarité à un principe de régulation des compétences, v. également R. SAVY, « Sur un trompe l'œil constitutionnel », in *Études en l'honneur de Claude LOMBOIS*, PULIM, Limoges, 2004, p. 452 : « *le principe de subsidiarité est moins une règle de répartition des compétences qu'un principe politique de gestion des compétences partagées* ».

⁷⁸⁹ M. WATHELET, « Propos liminaires », *op. cit.*, p. 18.

⁷⁹⁰ J. RIDEAU, « Compétences et subsidiarité dans l'Union européenne et les Communautés européennes », *op. cit.*, p. 624. V. également J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES et J. WEYLAND, *Le traité de Maastricht*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 142 : « *le principe de subsidiarité imprègne le traité qui repose sur le système des compétences d'attribution* ».

⁷⁹¹ Le Professeur Denys SIMON choisit d'« *examine[r], à l'aune du concept de subsidiarité [...], les modalités de la répartition des compétences juridictionnelles* » entre la Cour de justice et les juridictions nationales. V. D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 85.

⁷⁹² J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 5.

acception stricte de la subsidiarité juridictionnelle conduirait à occulter tout un pan des implications de cette dernière, qui se joue au moment de l'élaboration du droit.

Précisions quant à l'immobilité du principe. D'aucuns mentionnent une « *application dynamique* »⁷⁹³ du principe de subsidiarité dans sa fonction d'attribution des compétences. Il apparaît en effet que « *ce qui pouvait se résoudre au niveau des États, il y a cinquante ans, peut aujourd'hui nécessiter, par nature, une action communautaire* »⁷⁹⁴. L'idée de mouvement est ici proposée sur le temps long, « *au fil de la révision des traités* »⁷⁹⁵, à la mesure de l'« *histoire juridique* »⁷⁹⁶. Le Professeur Vlad CONSTANTINESCO souligne à cet égard que « *cette allocation de compétences ne conduira jamais à des résultats absolus ni définitifs mais que le contenu précis des compétences de chaque niveau dépendra de la conception que le constituant se fera, à chaque époque de son intervention, de la subsidiarité* »⁷⁹⁷.

Cette approche tout-à-fait pertinente sera cependant mise de côté à ce stade de la démonstration, cette dernière s'inscrivant dans un temps plus court, celui de la vie d'un traité. Le caractère statique du principe au moment de l'attribution des compétences juridictionnelles est ici à mettre en comparaison avec son caractère éminemment dynamique lorsqu'il remplit sa fonction de régulation. En effet, une fois les compétences d'attribution des juridictions européennes inscrites dans les traités, cette attribution est insusceptible d'évoluer, sauf à réviser ou adopter un nouveau traité – et donc à rebasculer dans le temps long.

2. Une implication certaine de la subsidiarité juridictionnelle

La délimitation des compétences juridictionnelles. Dès lors qu'il s'agissait d'« *instituer un système de sauvegarde effectif se situant en partie à l'échelon national [et]*

⁷⁹³ M. WATHELET, « Propos liminaires », *op. cit.*, p. 19.

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne », *op. cit.*, p. 27.

⁷⁹⁶ M. WATHELET, « Propos liminaires », *op. cit.*, p. 19. Le Professeur Chantal MILLON-DELSOL indique pour sa part que le principe est dynamique « *parce qu'il a pour but de faire coïncider à chaque moment la plus grande liberté possible avec la concrétisation de l'intérêt général, l'un et l'autre en permanente métamorphose* ». V. C. MILLON-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, PUF, 1993, 127 p., spéc. p. 111.

⁷⁹⁷ V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45, spéc. p. 38.

en partie à l'échelon européen »⁷⁹⁸, l'inspiration de la subsidiarité juridictionnelle a guidé la répartition des compétences entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales⁷⁹⁹. Elle est « ainsi, dans le système européen de protection des droits de l'homme, l'expression d'une répartition claire des compétences et des responsabilités entre la Cour et les juridictions nationales »⁸⁰⁰. C'est notamment le cas de sa dimension procédurale, incarnée au premier chef par la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes⁸⁰¹, qui reflète la « vocation essentielle » du principe de subsidiarité juridictionnelle consistant à « guider la répartition des compétences » entre le juge de Strasbourg et le juge national⁸⁰². Sur ce point, le Professeur Olivier DE SCHUTTER souligne que « dans le système de contrôle qu'organise la Convention européenne des droits de l'homme, la subsidiarité oriente la répartition des tâches entre les autorités étatiques et le juge international »⁸⁰³.

De la même manière dans l'Union européenne, sa fonction de répartition « s'expliquerait principalement par l'idée selon laquelle la Cour [n'a] qu'une compétence d'attribution et que la compétence de droit commun appartient aux juridictions nationales »⁸⁰⁴. Le rôle de la subsidiarité juridictionnelle ne se limite cependant pas à expliquer cette répartition. Elle y contribue également⁸⁰⁵. En effet, c'est « un raisonnement à base de subsidiarité juridictionnelle qui justifie que l'application du traité se fasse tout

⁷⁹⁸ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., p. 41.

⁷⁹⁹ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », op. cit., p. 1917.

⁸⁰⁰ J.-M. SAUVÉ, Intervention à la Conférence « *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* », Les Conférences du Conseil d'État, Cycle 2010-2011 : Le droit européen des droits de l'homme, Paris, 19 avr. 2010.

⁸⁰¹ Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », op. cit., p. 6. V. également E. PICARD, « Commentaire de l'article 26 », op. cit., pp. 591 et s.

⁸⁰² J.-M. SAUVÉ, Intervention à la Conférence « *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* », op. cit., pp. 3-4.

⁸⁰³ O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », op. cit., pp. 59-130.

⁸⁰⁴ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », op. cit., spéc. p. 85. L'auteur qualifie le principe de subsidiarité juridictionnelle d'« instrument de rationalisation de la répartition des compétences juridictionnelles ».

⁸⁰⁵ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », op. cit., p. 5.

d'abord par renvoi au juge [national], sauf si et dans la mesure où une intervention du juge [de l'Union], substitutive et complémentaire, s'impose »⁸⁰⁶.

Un parallèle peut être établi avec le principe de subsidiarité, qui, présidant à la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres, a vocation à « *délimiter les compétences respectives de chaque niveau* »⁸⁰⁷. C'est en effet « *selon l'idée subsidiaire que l'allocation de compétences entre les niveaux d'organisation publique doit être établie* »⁸⁰⁸, et ne peut être ignoré que « *les Communautés européennes sont précisément issues de [l]a mise en œuvre [du principe de subsidiarité] dans la mesure où l'attribution des compétences opérées à leur profit a été incontestablement fondée sur le sentiment d'une nécessité pour les États de se regrouper pour faire face à l'ensemble des problèmes qu'ils n'étaient plus en mesure de traiter séparément de façon satisfaisante* »⁸⁰⁹.

La limitation des compétences des juridictions européennes. Dès les origines, la Cour européenne des droits de l'homme avait, dans le respect du principe d'attribution, « *pour seule tâche d'assurer le respect des engagements résultant pour les États membres contractants de la Convention et de ses Protocoles* »⁸¹⁰. L'intervention de la Cour est donc limitée aux compétences qui lui sont « *expressément attribuées* » dans le texte conventionnel selon la logique de la subsidiarité⁸¹¹. Il est en effet manifeste que cette dernière « *ne peut pas outrepasser les limites des compétences générales que les États, par leur volonté souveraine, lui ont déléguées* »⁸¹².

Usant des mêmes ressorts, le principe de subsidiarité juridictionnelle « *permet de rendre compte des compétences respectives du juge [de l'Union] et du juge national en matière de*

⁸⁰⁶ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 89.

⁸⁰⁷ V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 39.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 38.

⁸⁰⁹ J. RIDEAU, « Compétences et subsidiarité dans l'Union européenne et les Communautés européennes », *op. cit.*, p. 624.

⁸¹⁰ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, *op. cit.*, p. 703.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 705.

⁸¹² J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1364.

contrôle juridictionnel de l'application du droit né des traités »⁸¹³ et incarne l'idée selon laquelle il est indispensable de poser des limites à l'action de la juridiction supranationale⁸¹⁴. L'intervention de la Cour de justice est en effet cantonnée aux seules compétences dont elle est titulaire en vertu des traités. Son champ d'action n'est donc pas « *illimité* »⁸¹⁵ et correspond aux tâches qu'elle seule peut accomplir de manière plus efficace que les juridictions nationales⁸¹⁶. La subsidiarité juridictionnelle intervient ainsi au stade de l'octroi des compétences, pour « tracer une ligne de démarcation »⁸¹⁷ entre les compétences des juridictions de Strasbourg et Luxembourg, et celles des juridictions nationales.

Dans sa fonction de répartition des compétences, le principe de subsidiarité juridictionnelle se caractérise par son statisme dès lors que l'attribution des compétences aux juridictions européennes, une fois inscrite dans les traités, est fixée de manière stable⁸¹⁸. Le même constat peut être dressé à l'égard du principe de subsidiarité, qui, lorsqu'il est envisagé en tant que principe de « *répartition verticale des pouvoirs* »⁸¹⁹, se caractérise par une certaine immobilité, dès lors que l'attribution des compétences est une action ponctuelle ayant pour effet de fixer les compétences en les inscrivant dans les textes.

B. L'attribution des compétences déterminée dans les traités européens

Tant les compétences attribuées à la Cour européenne des droits de l'homme (1) qu'à la Cour de justice de l'Union européenne (2) sont fixées dans les traités, ce qui justifie l'emploi de l'adjectif statique à l'égard du principe de subsidiarité juridictionnelle dans sa fonction de répartition des compétences.

⁸¹³ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 85.

⁸¹⁴ Pour un raisonnement identique à l'égard du principe de subsidiarité, v. M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 132. L'auteur y explique que « *le principe de subsidiarité au sens large recouvre une réalité complexe, au centre de laquelle se trouve l'action communautaire, qu'il s'agit de maintenir dans certaines limites* ».

⁸¹⁵ Pour l'emploi de cet adjectif à l'égard de l'Union et des Communautés européennes, v. M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 133.

⁸¹⁶ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 85.

⁸¹⁷ Pour l'emploi de cette expression à l'égard du principe de subsidiarité, v. M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 134.

⁸¹⁸ Sauf bien évidemment à modifier le traité existant, ce qui nécessite de faire appel au constituant. Et *a contrario* de leur mise en œuvre, qui révélera tout le dynamisme de la subsidiarité juridictionnelle.

⁸¹⁹ J.-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 109.

1. Les compétences attribuées à la Cour européenne des droits de l'homme

La compétence générale de la Cour. Bien que les compétences de la Cour européenne des droits de l'homme aient évolué depuis son institution en 1959, sa mission générale est restée inchangée, de même que la philosophie présidant à son fonctionnement. La lecture du texte original de la Convention en apporte la preuve dans la mesure où son article 19 prévoyait qu' « *afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes de la présente Convention il est institué [...] une Cour européenne des Droits de l'homme* »⁸²⁰ et que son article 45 indiquait que « *la compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la présente Convention* »⁸²¹. La Cour, tenue par sa compétence d'attribution telle que définie par le texte conventionnel, est incompétente pour connaître tant des litiges découlant de l'application d'autres accords internationaux auxquels les États sont parties que des prétendues violations du droit interne des États contractants⁸²².

La compétence contentieuse de la Cour. Pierre-Henri TEITGEN expliquait dès 1949 que « *la Cour ne fonctionnera en aucune manière comme une Cour de Cassation Supérieure compétente pour réviser les arrêts des juridictions internes* »⁸²³, et que la Cour « *ne sera pas chargée de vérifier la bonne application par les juges internes du droit interne de chaque pays* »⁸²⁴. Il ajoutait au cours des débats qu'elle n'aurait pas à connaître de simples erreurs de fait ou de droit reprochées aux arrêts des juridictions nationales⁸²⁵. Cela signifie que dans l'accomplissement de sa mission de veiller au respect des dispositions de la Convention, elle

⁸²⁰ Article 19 du texte original de la Convention, signé à Rome le 4 novembre 1950. Cet article mentionnait également l'institution de la Commission européenne des Droits de l'homme, absorbée par la « Cour unique » avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 en 1998. L'actuel article 19 de la Convention prévoit qu' « *afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles il est institué une Cour européenne des Droits de l'homme [...]. Elle fonctionne de manière permanente* ».

⁸²¹ Article 45 du texte original de la Convention, signé à Rome le 4 novembre 1950. L'actuel article 32 de la Convention, intitulé « Compétence de la Cour », prévoit que « *La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles [...]* ».

⁸²² J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., p. 704.

⁸²³ *Rec. trav. prép.*, t. I, pp. 93-94. C'est aussi la « doctrine de la quatrième instance » qui est développée par la Cour dans sa jurisprudence.

⁸²⁴ *Ibid.*, p. 133.

⁸²⁵ *Ibid.*, pp. 93-94.

n'est pas compétente pour « substituer [sa] propre appréciation quant à la preuve des faits »⁸²⁶ à celle des juridictions nationales, ni pour « se prononcer sur [leur] interprétation du droit interne »⁸²⁷.

De la même manière, le juge de Strasbourg est enserré dans la compétence qui lui est attribuée par le texte conventionnel. Ainsi, il ne peut en aucun cas se saisir d'office d'une éventuelle violation des droits et libertés garantis. Tout « *contrôle général [de sa part] à l'égard des autorités nationales* »⁸²⁸ est ainsi banni. Qu'il s'agisse des requérants ayant qualité pour agir devant elle, ou des champs matériel et temporel de son intervention, la compétence contentieuse de la Cour européenne est précisément définie par la Convention, et ce dès le texte original de 1950.

Les actuels articles 33 et 34 de la Convention définissent sa compétence *rationae personae*, à savoir qu'elle peut connaître d'affaires interétatiques et de requêtes individuelles. Il faut préciser, sur ce point, que la situation a considérablement évolué puisque dans sa version de 1950, la Convention ne reconnaissait pas d'office le droit au recours individuel⁸²⁹ et la juridiction de la Cour était soumise à son acception de la part des États⁸³⁰.

Sa compétence *rationae materiae*, déterminée par les articles 19 et 32 de la Convention, la charge de veiller au respect des droits et libertés conventionnellement protégés. La Cour est

⁸²⁶ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge, op. cit.*, p. 704. V. par ex., CourEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c. France*, req. n° 31070/96, § 64 : « La Cour estime qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la manière dont la cour d'appel a apprécié les certificats médicaux produits à l'appui de la demande de renvoi. Elle considère qu'il s'agit là d'éléments de preuve relevant de l'appréciation souveraine des juges des juridictions internes » ; ou encore CourEDH, 22 sept. 1993, *Klaas c. Allemagne*, req. n° 15473/89, § 29 : « La Cour rappelle [...] qu'il n'entre pas dans ses attributions de substituer sa propre vision des faits à celle des cours et tribunaux internes ».

⁸²⁷ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge, op. cit.*, p. 704. V. parmi de nombreux exemples, CourEDH, GC, 19 déc. 1997, *Brualla Gómez de la Torre c. Espagne*, req. n° 26737/95, § 31 ; CourEDH, GC, 23 sept. 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, req. n° 24662/94, § 50 ; CourEDH, 13 juil. 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, req. n° 69498/01, § 46.

⁸²⁸ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge, op. cit.*, p. 709.

⁸²⁹ V. BERGER, « Commentaire de l'article 44 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1230 p., spéc. pp. 759-765.

⁸³⁰ Articles 44 et 48 du texte original de la Convention. V. J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge, op. cit.*, pp. 955 et s. ; I. CABRAL BARRETO, « Commentaire de l'article 48 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1230 p., spéc. pp. 793-803.

compétente pour connaître d'une affaire dès lors qu'il est établi que cette dernière concerne l'interprétation ou l'application de la Convention⁸³¹. Cette compétence, attribuée par le traité⁸³², est donc remarquablement large⁸³³, sans pour autant être sans bornes⁸³⁴.

Enfin, sa compétence *rationae temporis* est définie à l'article 35, paragraphe 1, de la Convention qui précise qu'elle peut être saisie « *dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* »⁸³⁵.

Elle dispose également d'une compétence en matière d'octroi d'une satisfaction équitable⁸³⁶ ainsi que d'une compétence consultative⁸³⁷, qui ne seront pas détaillées ici. Elles sont néanmoins définies par le traité et font à ce titre partie des attributions du juge de Strasbourg⁸³⁸.

2. Les compétences attribuées à la Cour de justice de l'Union européenne

La compétence générale de la Cour. Définie par l'article 19, paragraphe 1, du TUE, la mission de la Cour de justice est d'« *assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* »⁸³⁹. Elle est restée inchangée depuis les traités fondateurs⁸⁴⁰. Cette

⁸³¹ CourEDH, 9 fév. 1967, *Affaire linguistique belge* – exception préliminaire, *Série A*, n° 5, p. 18, § 3 ; CourEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp*, *Série A*, n° 12, p. 29, § 47.

⁸³² J. CALLEWAERT, « Commentaire de l'article 45 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1230 p., pp. 767 et s.

⁸³³ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., p. 961.

⁸³⁴ La Cour n'est notamment pas compétente pour « *annuler, abroger ou modifier les normes constitutionnelles, législatives ou réglementaires de l'État défendeur* », ni pour « *exiger de l'État défendeur l'effacement de certaines sanctions pénales ou disciplinaires [...], le retrait de certains actes [...], l'adoption de certaines mesures* », ni encore pour « *se prononcer sur la compatibilité avec la Convention de la modification du droit de l'État défendeur provoquée par l'arrêt constatant la violation* ». Pour une description précise des compétences de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que la jurisprudence afférente, v. J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., pp. 955 et s.

⁸³⁵ À l'origine, l'article 47 de la Convention prévoyait que « *la Cour ne peut être saisie d'une affaire qu'après la constatation, par la Commission, de l'échec du règlement amiable, et dans le délai de trois mois prévu à l'article 32* ». Le délai actuel de six mois est réduit à quatre mois par le Protocole n° 15.

⁸³⁶ Article 41 de la Convention.

⁸³⁷ Article 47 de la Convention.

⁸³⁸ C'est le cas de la satisfaction équitable par exemple.

⁸³⁹ Article 19 § 1 TUE.

compétence générale implique pour le juge européen qu'il « *ne doit statuer qu'à l'égard du droit de l'Union européenne et non au regard d'éléments extérieurs à ce droit* »⁸⁴¹, qu'ils relèvent du droit international ou du droit national des États membres. Plus précisément, il « *se prononce exclusivement sur des questions relevant du droit de l'Union* », les questions du droit national étant du ressort des juridictions des États⁸⁴². Il ne lui appartient donc pas de statuer sur la compatibilité du droit national avec le droit de l'Union⁸⁴³.

L'article 19, paragraphe 3, du TUE précise que la Cour statue, d'une part, « *sur les recours formés par un État membre, une institution ou des personnes physiques ou morales* », d'autre part, « *à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité des actes adoptés par les institutions* » et enfin « *dans les autres cas prévus par les traités* »⁸⁴⁴. Si ces compétences sont détaillées dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, cette disposition permet tout de même d'insister sur le fait qu'elle « *statue conformément aux traités* »⁸⁴⁵ et tire exclusivement sa compétence de ce dernier. Le juge Antonio TIZZANO rappelle à ce propos que « *le rôle principal de la Cour [...] ne peut être autre que celui que les traités lui confèrent* »⁸⁴⁶.

La compétence contentieuse de la Cour. La compétence contentieuse de la Cour de justice est inscrite aux articles 258 à 280 du TFUE, qui prévoient les recours en constatation de manquement, en annulation, en carence, en responsabilité contractuelle et extracontractuelle ainsi que le renvoi préjudiciel⁸⁴⁷. L'ensemble de ces voies de droit existait déjà dans les traités de Paris⁸⁴⁸. Le traité précise également que la Cour a à connaître des

⁸⁴⁰ V. les articles 31 du traité CECA, 164 du traité CEE et 136 du traité Euratom.

⁸⁴¹ D. DERO-BUGNY, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 82.

⁸⁴² R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 596-597.

⁸⁴³ Hormis dans le cas du recours en constatation de manquement d'État, dont l'objet est précisément d'opérer un tel contrôle.

⁸⁴⁴ Dispositions de l'article 19 § 3, a), b), c) du TUE.

⁸⁴⁵ Article 19 § 3 TUE.

⁸⁴⁶ A. TIZZANO, « La Cour de justice et la réalisation de l'espace judiciaire européen », in *Le droit à la mesure de l'homme. Mélanges en l'honneur de Philippe LÉGER*, Pédone, 2006, pp. 507-514, spéc. pp. 507-508.

⁸⁴⁷ Pour une analyse détaillée des différents recours disponibles devant la Cour de justice de l'Union européenne, v. notamment M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH, *Contentieux européen*, Vol. I, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 2014, 976 p.

⁸⁴⁸ V. les articles 164 et 188 du traité CEE ainsi que les articles 136 à 160 du traité Euratom.

litiges opposant l'Union à ses agents⁸⁴⁹ et qu'elle dispose de compétences concernant certains litiges liés à la Banque européenne d'investissement⁸⁵⁰. Enfin, sa compétence en matière de politique étrangère et de sécurité commune est expressément exclue⁸⁵¹, de même que la particularité de sa compétence dans le domaine de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice fait l'objet d'une disposition distincte⁸⁵².

À chaque voie de recours correspond une compétence exclusive du juge de l'Union, qui est seul compétent pour constater la violation de ses obligations européennes par un État membre⁸⁵³, déclarer l'invalidité d'une disposition du droit dérivé⁸⁵⁴, sanctionner l'inaction illégale d'une institution de l'Union⁸⁵⁵ et reconnaître la responsabilité de l'Union en raison des dommages causés par ses institutions ou ses agents dans le cadre de leur fonction⁸⁵⁶. Ces éléments traduisent une expression ascendante du principe de subsidiarité juridictionnelle dans la mesure où son application conduit à centraliser ces compétences entre les mains du juge de l'Union⁸⁵⁷. Les voies de recours ainsi que le champ matériel de son intervention sont donc étroitement balisés par les traités européens. Conformément au principe d'attribution, la Cour ne peut agir que dans le cadre ainsi délimité par le droit primaire de l'Union européenne.

La compétence préjudicielle de la Cour. Décrite comme la « *clé de voûte du système juridictionnel* »⁸⁵⁸ de l'Union européenne et prévue à l'article 267 du TFUE⁸⁵⁹, la

⁸⁴⁹ À cette fin a été institué le tribunal spécialisé de la fonction publique de l'Union européenne en 2004. Son absorption par le Tribunal de l'Union européenne est en cours dans le cadre de la réforme de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁸⁵⁰ Article 271 TFUE.

⁸⁵¹ Article 275 TFUE.

⁸⁵² Article 276 TFUE.

⁸⁵³ Articles 258 à 260 TFUE.

⁸⁵⁴ Article 263 TFUE.

⁸⁵⁵ Article 265 TFUE.

⁸⁵⁶ Articles 268 et 340 TFUE. Sur cette question et l'implication particulière du principe de subsidiarité juridictionnelle dans l'attribution de la compétence de la Cour de justice dans le cadre des recours en indemnité, v. D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 86.

⁸⁵⁷ Sur les sens ascendant et descendant de la subsidiarité juridictionnelle dans l'attribution des compétences à la Cour de justice, v. D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 86.

⁸⁵⁸ CJUE, Ass. plén., 18 déc. 2014, *avis 2/13*, § 176.

⁸⁵⁹ Les premières dispositions prévoyant le mécanisme du renvoi préjudiciel étaient les articles 41 du traité CECA, 177 du traité CEE et 150 du traité Euratom.

procédure du renvoi préjudiciel est l'illustration la plus éloquente du partage des compétences effectué par les traités. Le juge de Luxembourg a d'ailleurs très tôt souligné que le renvoi préjudiciel, « *basé sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, ne permet à celle-ci ni de connaître des faits de l'espèce, ni de censurer les motifs et objectifs de la démarche d'interprétation* »⁸⁶⁰.

Bien que certains motifs d'irrecevabilité soient admis⁸⁶¹, le juge de l'Union est en principe tenu de répondre aux questions qui lui sont adressées par les juridictions nationales. Il dispose à cet égard d'une certaine marge de manœuvre lui permettant de sélectionner les questions utiles, ou de reformuler toute question mal posée. *In fine*, la Cour doit répondre aux questions « *à la lumière de toutes les dispositions du traité et du droit dérivé susceptibles d'avoir une pertinence par rapport aux problèmes posés* »⁸⁶². Cela implique qu'elle n'est ni compétente pour initier la procédure préjudicielle, ni pour apprécier la pertinence des questions posées, pas plus que pour établir les faits du litige ou encore interpréter et appliquer le droit national. Plus largement, elle n'est pas compétente pour trancher le litige au principal, dont l'issue dépend de l'application qui sera faite, par la juridiction de renvoi, de la réponse livrée par la Cour⁸⁶³. Ici, la subsidiarité juridictionnelle s'exprime dans un sens descendant puisque l'ensemble de ces tâches est décentralisé vers les juges nationaux.

Leurs compétences ainsi définies par les traités constituent un cadre délimité duquel les juges européens ne peuvent pas sortir, dès lors qu'ils y tirent leur habilitation à statuer. Cela révèle le statisme certain du principe de subsidiarité juridictionnelle dans sa fonction de répartition des compétences. La même observation peut être faite à propos du principe de subsidiarité dans sa fonction de présider à l'attribution des compétences entre les institutions européennes et nationales. Ce dernier intervient en effet ponctuellement pour figer la répartition des compétences dans les traités. C'est également la dimension politique de la subsidiarité juridictionnelle qui se révèle à l'occasion de la manifestation de cette première fonction du principe.

⁸⁶⁰ CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1158.

⁸⁶¹ C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2013, pp. 715 et s.

⁸⁶² R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 597.

⁸⁶³ Sur l'ensemble de ces points, v. R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 595-596.

§ 2. Un principe relevant de la science politique

Le principe de subsidiarité juridictionnelle a irrigué tout entier l'esprit des rédacteurs des traités fondateurs. En ce sens, son intervention dans cette première fonction se situe en dehors du droit, en amont, au moment de la création de ce dernier (A). Ainsi, dès lors qu'il influence le processus de décision politique, se pose la question du caractère supra-constitutionnel de ce principe (B).

A. L'« esprit de subsidiarité »⁸⁶⁴ juridictionnelle dans la volonté des auteurs des traités

Le traité sur l'Union européenne⁸⁶⁵ précise que « *ce n'est pas par [lui] que les compétences sont attribuées, mais par les États dans [le traité]* »⁸⁶⁶. Cette affirmation rappelle que ce sont bien les États qui sont les « *maîtres du Traité* »⁸⁶⁷. Il est donc nécessaire d'observer attentivement, dans leurs volontés originelles, celle de s'en remettre principalement au juge national pour assurer la protection des droits garantis dans les traités européens.

L'observation de « *la décentralisation de la garantie des droits dans ces deux ordres juridiques* »⁸⁶⁸, voulue par les Pères fondateurs (1), appellera une réflexion quant à la saisissabilité⁸⁶⁹ par la science juridique du principe de subsidiarité juridictionnelle dans sa fonction de répartition des compétences (2).

⁸⁶⁴ Selon l'expression de J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « L'ère des compétences partagées. À propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne », *RMCUE*, n° 390, 1995, p. 470.

⁸⁶⁵ Art. 5 TUE.

⁸⁶⁶ Pour cette remarque formulée à propos du traité établissant une Constitution pour l'Europe, v. H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne », *op. cit.*, p. 31.

⁸⁶⁷ A. NUßBERGER, « Commentaires sur la contribution de Sabino CASSESE », Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015, p. 21.

⁸⁶⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 30.

⁸⁶⁹ B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 329.

1. Le choix initial de la décentralisation du contentieux européen

Un choix originel dans le système conventionnel. La juge Angelika NUBBERGER rappelle que les États sont « *maîtres du Traité* »⁸⁷⁰. Ces derniers ont fait le choix d'établir, « *en limitant les souverainetés nationales, une juridiction internationale chargée de garantir le respect par les États signataires* »⁸⁷¹ des droits et libertés inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme. Il ressort de leur volonté non pas de créer un système juridictionnel supranational de type fédéral, mais au contraire de décentraliser la garantie des droits et libertés⁸⁷².

Il s'ensuit que « *le système de la Convention repose sur les systèmes nationaux* »⁸⁷³. Justifiée par l'idée de subsidiarité, cette « *application décentralisée de la Convention* »⁸⁷⁴ repose sur l'ensemble des autorités des États parties, parmi lesquelles les juridictions nationales occupent une place privilégiée. En effet, « *dans le contexte du système de la Convention, le principe de subsidiarité [n]’a été introduit [que] pour s’appliquer au contrôle par le juge* »⁸⁷⁵, son principal but étant de répartir les compétences juridictionnelles afin d’« *éviter la centralisation* »⁸⁷⁶.

La consécration du droit à un recours effectif ainsi que de la règle de l'épuisement des voies de recours internes en témoigne puisque leur objet est « *d’instituer un mécanisme de contrôle national, destiné à remédier à la source aux violations des droits et libertés reconnus dans la Convention et opérant indépendamment du mécanisme de contrôle européen* »⁸⁷⁷. Il est donc établi que dans l'esprit de ses auteurs, la Convention « *confie en premier lieu à*

⁸⁷⁰ A. NUBBERGER, « Commentaires sur la contribution de Sabino CASSESE », *op. cit.*, p. 21.

⁸⁷¹ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Intervention lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015, p. 49.

⁸⁷² J. M. SAUVÉ, Intervention lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁷³ S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁷⁴ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *op. cit.*, p. 1914.

⁸⁷⁵ S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, *op. cit.*, p. 86.

chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre, notamment à travers un système juridictionnel capable de veiller au respect de la CEDH »⁸⁷⁸.

Le choix d'une troisième voie pour les Communautés européennes. Les Pères fondateurs étaient face à une double alternative quant à l'organisation du contrôle juridictionnel de la mise en œuvre du droit communautaire.

La première voie aurait consisté en la mise en place d'« *un système juridictionnel supranational complet, chargé du contrôle de l'application des normes à la fois au niveau de l'organisation et au niveau de ses membres* »⁸⁷⁹. La seconde aurait résidé dans le « *recours à un juge de type fédéral* »⁸⁸⁰.

C'est toutefois une troisième voie, originale et ambitieuse, qui a été privilégiée, celle du « *renvoi à l'échelon national* »⁸⁸¹. La situation face à laquelle se sont trouvés les auteurs des premiers traités se trouve parfaitement résumée par la juge Rosario SILVA DE LAPUERTA⁸⁸² :

« Lorsque les auteurs du Traité de Paris, créant la CEEA, ont dû se pencher sur la question de l'application juridictionnelle du droit issu dudit traité, ils auraient pu soit attribuer aux juridictions nationales des six États membres fondateurs la compétence pour appliquer et interpréter ledit droit, soit, au contraire, créer une Cour avec une compétence exclusive en la matière. Cependant, ils ont opté pour une solution intermédiaire, qui s'est révélée très sage et efficace au long des soixante dernières années. Attribuer aux juridictions nationales des États membres la compétence d'appliquer les dispositions du droit communautaire et l'obligation d'assurer son plein effet et créer une Cour de justice avec la compétence d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».

⁸⁷⁸ J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », *op. cit.*, p. 45.

⁸⁷⁹ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, spéc. pp. 50-51.

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *op. cit.*, pp. 183 et s.

⁸⁸² R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 600.

Cette « *nette décentralisation* »⁸⁸³, découlant de « *la reconnaissance des juges des États membres comme juges du droit de l'Union* »⁸⁸⁴, caractérise ainsi le système juridictionnel de l'Union européenne depuis les origines. Cette décentralisation du contentieux trouve son fondement dans la subsidiarité, présente dans l'esprit des auteurs des traités. En effet, « *le traité CEE tout entier s'en inspire [notamment pour] le système largement décentralisé de la sanction judiciaire du respect du droit communautaire* »⁸⁸⁵. Contribuer à l'application décentralisée du droit de l'Union européenne est d'ailleurs l'une des « *raison d'être* »⁸⁸⁶ de la procédure du renvoi préjudiciel.

2. Une inspiration insaisissable en termes juridiques

Une analyse commune avec le principe institutionnel de subsidiarité dans l'Union européenne. L'idée subsidiaire a « *inspiré* »⁸⁸⁷ l'attribution des compétences aux institutions européennes, et plus particulièrement parmi elles, aux juridictions. C'est pourquoi le juge Melchior WATHELET explique qu'« *au moins politiquement, le principe de subsidiarité va souvent s'imposer comme corollaire du principe d'attribution des compétences* »⁸⁸⁸ et évoque à cet égard un principe de subsidiarité « *à l'état virtuel* »⁸⁸⁹. Le Professeur Valérie MICHEL le relevait également dans sa thèse de doctorat lorsqu'elle soulignait que « *cette acception [politique] du principe non expressément inscrite dans le traité, n'en gouverne pas moins la démarche de ses premiers rédacteurs dans le choix des matières dévolues à la Communauté* »⁸⁹⁰.

La dimension politique du principe de subsidiarité dans sa fonction de répartition des compétences ne fait donc aucun doute dans la mesure où « *la subsidiarité ne saurait être, en*

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 591.

⁸⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁸⁵ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, pp. 9-10.

⁸⁸⁶ P. PESCATORE, « Commentaire de l'article 177 », *op. cit.*, spéc. p. 1077.

⁸⁸⁷ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 10.

⁸⁸⁸ M. WATHELET, « Propos liminaires », *op. cit.*, p. 17.

⁸⁸⁹ M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 132.

⁸⁹⁰ V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 538.

*matière d'attribution de compétences, autre chose qu'un principe de philosophie politique qui inspire les auteurs des traités »*⁸⁹¹. Le Professeur Vlad CONSTANTINESCO affirme, pour sa part, que le principe de subsidiarité relève « *à la fois du politique et du juridique : jouant dans un sens comparable à la séparation des pouvoirs, mais dans un plan vertical* »⁸⁹².

L'insaisissabilité en droit. Bien que la lecture du Préambule de tout traité renseigne sur les intentions, les convictions et les principes « *qui ont animé les auteurs et présidé à son élaboration* »⁸⁹³, l'inspiration de subsidiarité ayant guidé la répartition des compétences juridictionnelles demeure difficile à matérialiser. Parce que cette influence de la subsidiarité juridictionnelle dans le processus politique de création du droit européen n'est pas formellement identifiable⁸⁹⁴, elle échappe à l'analyse juridique. À ce propos, le Professeur Denys SIMON souligne que le principe de subsidiarité juridictionnelle joue un rôle essentiel en amont, au moment de l'attribution des compétences, « *même si c'est évidemment de façon implicite, voire inavouée* »⁸⁹⁵.

Dès lors, même s'il est possible d'affirmer que « *la présence de ce principe dans la construction communautaire est ancienne [et que] la finalité qui l'anime n'en a jamais été absente* »⁸⁹⁶, ces réflexions dépassent le cadre de l'analyse strictement juridique et révèlent ainsi la richesse du principe qui, « *ainsi conçu, relève plus de la science politique que du droit ; il n'est pas du droit, mais il préside à l'élaboration du droit* »⁸⁹⁷. La dimension politique du principe de subsidiarité juridictionnelle lorsqu'il préside à la répartition des

⁸⁹¹ J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES et J. WEYLAND, *Le traité de Maastricht*, *op. cit.*, p. 145.

⁸⁹² V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 38.

⁸⁹³ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 8.

⁸⁹⁴ Pour un parallèle avec le principe de subsidiarité, l'imprégnation du traité par ce dernier a pu être qualifiée d'« *implicite* ». V. J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES et J. WEYLAND, *Le traité de Maastricht*, *op. cit.*, p. 142.

⁸⁹⁵ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 88.

⁸⁹⁶ J. RIDEAU, « Compétences et subsidiarité dans l'Union européenne et les Communautés européennes », *op. cit.*, p. 624.

⁸⁹⁷ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 10. Sur la nature du principe dans sa fonction de répartition des compétences, v. également J. RIDEAU, « Compétences et subsidiarité dans l'Union européenne et les Communautés européennes », *op. cit.*, p. 660. Le Professeur Jacques VELU le rappelle également au sujet du droit conventionnel lorsqu'il écrit que « *pour les promoteurs de la Convention, les objectifs d'ordre juridique étaient étroitement liés à des préoccupations d'ordre politique* », v. J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, *op. cit.*, p. 42.

compétences juridictionnelles fait naître la question de son éventuel caractère supra-constitutionnel.

B. La supra-constitutionnalité du principe de subsidiarité juridictionnelle

Si aucune affirmation ne s'impose avec évidence (1), la question de la supra-constitutionnalité du principe de subsidiarité juridictionnelle se pose dès lors que ce dernier, dans sa fonction de répartition des compétences, intervient en amont de l'élaboration des traités (2).

1. Les doutes quant à la qualification du principe

Le rejet de la qualification de principe constitutionnel. Dans la recherche de l'éventuelle caractérisation du principe de subsidiarité juridictionnelle en tant que principe supra-constitutionnel, l'observation du traitement réservé au principe institutionnel de subsidiarité en droit de l'Union européenne est éclairante. Son inscription dans le traité sur l'Union européenne en 1992 a conduit certains à le considérer comme un « *principe juridique de rang "constitutionnel" dans l'ordre communautaire* »⁸⁹⁸.

Cette qualification semble toutefois ne concerner que le principe de subsidiarité dans sa fonction de régulation de l'exercice des compétences partagées entre l'Union et les États membres, telle que consacrée à l'article 5 du TUE. Or le principe de subsidiarité, en tant que principe imprégnant implicitement⁸⁹⁹ la répartition des compétences décidée au moment de l'élaboration des traités, n'a jamais été constitutionnellement consacré. Cela s'explique par le fait qu'il n'est « *ni politiquement nécessaire ni juridiquement cohérent d'étendre cette "positivation" [...] au niveau de l'attribution des compétences, puisque cette dernière est décidée au niveau-même du traité et par les auteurs de celui-ci et qu'ils sont dès lors censés y avoir procédé en respectant le principe de subsidiarité au sens large* »⁹⁰⁰. La qualification de

⁸⁹⁸ V. CONSTANTINESCO, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 230, et F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁹⁹ V. J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES et J. WEYLAND, *Le traité de Maastricht*, *op. cit.*, p. 142.

⁹⁰⁰ M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 149.

principe constitutionnel ne paraît donc pas adaptée au principe de subsidiarité juridictionnelle, et ce quelle que soit la fonction envisagée.

La possible qualification de principe fondamental. Considéré comme un principe fondamental dans le système conventionnel⁹⁰¹, le principe de subsidiarité reçoit également cette qualification par la doctrine communautariste, qui l'a parfois qualifié de « *principe fondamental du système de répartition des compétences* »⁹⁰².

Ainsi, alors même qu'il pourrait être qualifié de principe fondamental, le principe de subsidiarité juridictionnelle semble mieux correspondre à la définition d'un principe d'ordre supra-constitutionnel. En effet, en ce qu'il préside à la répartition des compétences juridictionnelles en amont de l'élaboration des traités, il est utile de se demander si le principe de subsidiarité juridictionnelle ne se situe pas au-dessus du droit constitutionnel européen.

2. La qualification retenue de principe supra-constitutionnel

Une intervention en amont de l'élaboration du droit. Une démarche similaire consistant à observer le traitement réservé au principe de subsidiarité en tant que principe présidant à l'attribution des compétences à l'Union sera adoptée ici. Ce dernier serait un « *principe supra-constitutionnel* »⁹⁰³ lorsqu'il est envisagé dans cette première fonction de répartition des compétences. Le juge Melchior WATHELET explique que « *le principe de subsidiarité présente en quelque sorte un caractère "supra-constitutionnel", en ce sens qu'"il préside à l'élaboration du droit"* »⁹⁰⁴. Autrement dit, il présente « *un caractère supra-constitutionnel, puisqu'il préside à l'émergence même du droit communautaire, y compris de niveau constitutionnel* »⁹⁰⁵. Cette idée avait déjà été exprimée par le juge Koen LENAERTS et

⁹⁰¹ V. principalement L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, pp. 103-105, et les riches références citées.

⁹⁰² H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne », *op. cit.*, p. 28. L'auteur renvoie ici à l'article I-11 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. V. également G. VANDERSANDEN, « Considérations sur le principe de subsidiarité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques VELU*, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 193-210, spéc. p. 193. Pour une mise en doute de cette qualification, v. J. VERHOEVEN, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 385.

⁹⁰³ M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 132.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 137.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 140.

Patrick VAN YPERSELE, qui expliquaient en 1994 qu'en tant que principe de répartition des compétences, il « *n'est pas du droit, mais il préside à l'élaboration du droit ; il n'est pas un principe constitutionnel mais plutôt un principe supra-constitutionnel* »⁹⁰⁶.

De la même manière, en ce qu'il inspire les rédacteurs des traités dans les choix présidant à la répartition des compétences entre juridictions européennes et nationales, le principe de subsidiarité juridictionnelle pourrait être qualifié de principe supra-constitutionnel.

Une qualification adéquate. Pour s'en assurer, il convient de revenir sur la signification de la supra-constitutionnalité. Est ici naturellement écarté tout traitement positiviste de la question. En effet, il ne s'agit pas de démontrer qu'il existe une quelconque règle juridique de valeur supérieure à la Constitution – ici aux traités européens. C'est un débat d'un intérêt certain pour lequel il convient de renvoyer aux contributions doctrinales de référence⁹⁰⁷. La piste empruntée consiste à considérer le principe de subsidiarité juridictionnelle comme un principe d'ordre politique – voire de philosophie politique – qui, en ce qu'il intervient en amont de la création du texte à valeur constitutionnelle et en influence le contenu, peut être considéré comme supra-constitutionnel.

L'idée du Professeur Bertrand MATHIEU selon laquelle « *ces normes supra-constitutionnelles ne pourraient en fait que relever du "droit naturel", que l'on ne peut, ni ne doit, confondre avec le droit positif. Chacun peut légitimement considérer qu'il existe, au-delà du droit, des normes morales, éthiques ou relevant d'un credo politique* »⁹⁰⁸, emporte l'adhésion. Tel est précisément le cas de la subsidiarité juridictionnelle dans sa fonction de

⁹⁰⁶ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 10.

⁹⁰⁷ V. principalement : M. TROPER, « La notion de principes supraconstitutionnels », *RIDC*, 1993, vol. 15, pp. 337-355 ; G. DRAGO, « La supraconstitutionnalité. Présentation et problématiques générales », *RIDC*, 1993, vol. 15, pp. 313-321 ; G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 79-96 ; S. RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *APD*, 1986, spéc. p. 63 ; B. MATHIEU, « La supraconstitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA*, 8 mars 1995, n° 29, spéc. p. 12 ; P. AMSELECK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 983-1014 ; J.-P. CAMBY, « Supraconstitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, p. 671 ; E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, n°83, pp. 451-482.

⁹⁰⁸ B. MATHIEU, « La supraconstitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *op. cit.*, p. 12.

répartition des compétences. Le Professeur Georges VEDEL précise pour sa part qu'« *il n'y a aucun inconvénient [...] à nommer supraconstitutionnelles des normes de caractère éthique ou des principes faisant partie d'un credo politique* »⁹⁰⁹. C'est précisément dans cette hypothèse que la démonstration se situe. Ces précautions prises, il est admis de qualifier le principe de subsidiarité juridictionnelle de principe supra-constitutionnel.

Ainsi, dans sa fonction de répartition des compétences entre les juridictions européennes et nationales, l'étude du principe de subsidiarité juridictionnelle relève de la science politique et non du droit. Ce dépassement du droit positif, indispensable dès lors qu'il s'agit de l'étudier dans la globalité de ses implications, permet de l'envisager comme un principe supra-constitutionnel.

L'acception large du principe de subsidiarité juridictionnelle ici privilégiée a permis d'observer que lorsqu'il intervient au moment de l'attribution des compétences des juridictions européennes, ce dernier est empreint d'une certaine staticité, et d'une dimension politique dont l'étude a permis de le qualifier de principe supra-constitutionnel. Le parallèle constant avec le principe de subsidiarité, dont la fonction de répartition des compétences fait l'objet d'analyses doctrinales nourries, a également permis de prendre la mesure de la similarité des deux principes lorsqu'ils sont envisagés dans cette première fonction. Cela n'a rien de surprenant dans la mesure où plus qu'un principe, il semble que ce soit plutôt le concept⁹¹⁰ de subsidiarité qui ait inspiré les Pères fondateurs. Les potentialités du principe de subsidiarité juridictionnelle dans sa fonction de répartition ne s'épuisent cependant pas avec l'attribution des compétences juridictionnelles puisqu'il révèle également une portée structurante sur les systèmes juridictionnels européens.

⁹⁰⁹ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 80.

⁹¹⁰ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 85.

SECTION 2. UN PRINCIPE PARTICIPANT À LA STRUCTURATION DES SYSTÈMES JURIDICTIONNELS

La fonction répartitrice du principe de subsidiarité juridictionnelle ne se limite pas à l'attribution des compétences. Ce dernier est bien « *un principe structurel de répartition [des] compétences mutuelles* » des Cours européennes et des juridictions nationales⁹¹¹, et disposerait ainsi plus largement de potentialités structurantes pour les systèmes juridictionnels. Il semble partager ce trait avec le principe de subsidiarité, dont les vertus structurantes ont souvent été soulignées⁹¹².

Celles-ci se manifestent sous deux formes distinctes. Il semble tout d'abord que le principe de subsidiarité juridictionnelle dispose de vertus organisationnelles, dont les manifestations concrètes participent à la structuration des systèmes juridictionnels européens (§ 1). Il apparaît ensuite que la subsidiarité juridictionnelle, parce qu'elle jouit d'une réversibilité qui lui est singulière, s'impose en tant que facteur de conciliation des objectifs divergents poursuivis par la construction européenne (§ 2).

§ 1. L'organisation des systèmes juridictionnels européens

Si les principes ont une vertu de mise en cohérence de l'ordre juridique⁹¹³, il est évident que la subsidiarité juridictionnelle, dès lors qu'elle participe à la structuration de l'organisation et du fonctionnement du système juridictionnel européen⁹¹⁴, œuvre en faveur de cette mise en cohérence des ordres juridiques européens. En effet, l'« *appréhension des rapports entre le contrôle interne et le contrôle [supra]national* »⁹¹⁵ à travers le prisme du

⁹¹¹ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 52.

⁹¹² V. notamment C. MILLON-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, pp. 63 et s.

⁹¹³ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 728.

⁹¹⁴ À propos de la subsidiarité, v. P. CAROZZA, « Subsidiarity as a Structural principle of International Human Rights Law », *AJIL*, 2003, pp. 38-79.

⁹¹⁵ À propos du principe de subsidiarité dans le système de la Convention, v. S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 69.

principe de subsidiarité juridictionnelle, conduit à constater que ce dernier s'impose comme un véritable « *principe d'organisation juridictionnelle* »⁹¹⁶.

Ainsi, les vertus structurantes du principe de subsidiarité juridictionnelle, qui s'expriment dans l'organisation du partage des compétences entre les juridictions européennes et nationales, ont tout d'abord vocation à éviter les potentiels conflits de juridiction en organisant la priorité d'intervention **(A)**. Ce partage de compétences reflète ainsi la complémentarité des différentes interventions juridictionnelles **(B)**.

A. Un partage destiné à organiser la priorité d'intervention

Le principe de subsidiarité juridictionnelle, formalisé par la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, permet d'éviter les conflits de compétence entre juridictions nationales et juridictions européennes⁹¹⁷ en organisant la priorité de l'intervention des premières par rapport aux secondes. Règle essentielle du système de la Convention européenne des droits de l'homme **(1)**, elle est également présente, dans une moindre mesure, dans le contentieux de l'Union européenne **(2)**.

1. L'organisation de la priorité d'intervention dans l'ordre juridique de la Convention

La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes et le rôle prioritaire des juridictions nationales. Dans les travaux préparatoires de la Convention est indiqué que la règle de l'épuisement préalable de « *toutes les instances des juridictions nationales [doit permettre] de prévenir toute possibilité de conflit entre la juridiction supranationale et les juridictions nationales* »⁹¹⁸. La règle, consacrée à l'article 35, paragraphe 1, de la Convention⁹¹⁹, repose sur le principe de souveraineté des États⁹²⁰ et pose

⁹¹⁶ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 52.

⁹¹⁷ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Intervention lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, *op. cit.*, p. 54 : « Le principe de subsidiarité [est] la meilleure garantie pour prévenir et éviter le conflit ».

⁹¹⁸ *Rec. trav. prép.*, t. I, p. 143.

⁹¹⁹ L'article 35 § 1 de la Convention est ainsi rédigé : « La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ».

« le principe de la sanction nationale prioritaire de la Convention »⁹²¹. Cette règle empêche en effet tout contrôle de la part du juge de Strasbourg sans que n'ait été préalablement offerte aux États « la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne »⁹²².

La Cour européenne ne manque pas de rappeler le lien existant entre le rôle prioritaire des autorités nationales, au premier rang desquelles les juridictions, dans la protection des droits et libertés conventionnels et la règle de l'article 35, paragraphe 1. De jurisprudence constante, elle affirme que « la Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle, y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes »⁹²³. Elle a également eu l'occasion de rappeler qu'« une juridiction supérieure ou suprême peut bien entendu [...] effacer la violation initiale d'une clause de la Convention, là réside précisément la raison d'être de la règle de l'épuisement des voies de recours internes »⁹²⁴.

Une articulation temporelle des contrôles juridictionnels. Dès lors, la règle selon laquelle « il appartient en premier lieu aux [juridictions] nationales de redresser une violation alléguée de la Convention »⁹²⁵ apparaît solidement ancrée dans les fondements du système juridictionnel conventionnel et étroitement liée à la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes. Condition de recevabilité des recours introduits auprès de la Cour européenne, cette règle concerne principalement les juridictions nationales et permet d'organiser, d'un point de vue chronologique, l'intervention de ces dernières par rapport à la première. Cette répartition temporelle des interventions permet d'éviter tout conflit de compétence. La Cour est ainsi tenue au strict respect de la condition de recevabilité consacrée

⁹²⁰ E. PICARD, « Commentaire de l'article 26 », *op. cit.*, p. 592. V. également *Rec. trav. prép.*, t. I, p. 143 : « Cet amendement [portant sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes] doit aider à rassurer ceux qui craignent une atteinte à la souveraineté nationale ».

⁹²¹ E. PICARD, « Commentaire de l'article 26 », *op. cit.*, p. 592.

⁹²² CourEDH, GC, 16 déc. 1999, *T. c. Royaume-Uni*, req. n° 24724/94, § 55 ; CourEDH, GC, 25 mars 2014, *Vučković et autres c. Serbie*, req. n° 17153/11, § 70.

⁹²³ CourEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, série A, n° 24, § 48, *GACEDH*, n° 7.

⁹²⁴ CourEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c. Belgique*, req. n° 9186/80, § 33.

⁹²⁵ CourEDH, GC, 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n° 26828/06, § 259.

à l'article 35, paragraphe 1, de la Convention⁹²⁶, qui en fait le « *juge ultime* »⁹²⁷ de la protection des droits fondamentaux. En ce sens, la règle de l'épuisement des voies de recours internes est une manifestation du principe de subsidiarité juridictionnelle dans sa fonction de répartition des compétences, celle-ci reposant ici sur un critère temporel : le juge de la Convention ne peut intervenir qu'après décision définitive des juges nationaux.

2. L'organisation de la priorité d'intervention dans l'ordre juridique de l'Union

Une application circonscrite de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Construit selon une logique subsidiaire différente, le système juridictionnel de l'Union européenne ne connaît pas pareille règle générale d'épuisement préalable des voies de droit nationales. En effet, la répartition du contentieux s'opère de telle manière que les recours spécifiques créés au niveau de l'Union sont exclusifs du juge de Luxembourg. Aucune juridiction nationale ne peut, notamment, connaître de recours en annulation d'un acte du droit de l'Union, d'un recours en carence ou encore d'un recours en constatation de manquement d'un État membre. Le partage de compétences est ainsi davantage fondé sur la qualité pour intervenir que sur la priorité d'intervention.

La répartition des compétences entre le juge de Luxembourg et le juge national se distingue donc de celle qui est opérée dans le système conventionnel en ce que la Convention « *n'opère pas une telle répartition, les deux fonctions d'interprétation et d'application étant exercées successivement, d'abord par les juridictions internes, puis, éventuellement, par la Cour européenne des droits de l'Homme* »⁹²⁸. La règle qui consacre l'intervention prioritaire du juge national n'est cependant pas totalement étrangère à l'architecture contentieuse de l'Union européenne.

Le cas du contentieux de la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne. Cette règle existe depuis les origines, dans le contentieux de la responsabilité

⁹²⁶ Sur l'application critiquable de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes par la Cour européenne des droits de l'homme, v. L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 137 et s., et les références citées.

⁹²⁷ M. VERDUSSEN, « La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité », *op. cit.*, p. 322.

⁹²⁸ E. CRABIT, *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Thèse, Bordeaux, PUB, 1988, p. 291.

extracontractuelle de l'Union⁹²⁹. Plus précisément, une sorte d'épuisement des voies de droits nationales avant l'introduction d'une action devant la Cour de justice est exigé dans le cas où le dommage résulte de l'application régulière par les autorités nationales d'un acte de l'Union lui-même irrégulier⁹³⁰. Le juge de Luxembourg utilise lui-même l'expression selon laquelle « *l'action en indemnité doit être appréciée au regard de l'ensemble du système de protection juridictionnelle des particuliers instauré par le traité et que sa recevabilité peut se trouver subordonnée, dans certains cas, à l'épuisement de voies de recours internes* »⁹³¹.

De la même façon, dans le cas d'un cumul de fautes, le requérant doit, en premier lieu, s'adresser au juge national. Celui-ci se prononcera sur l'indemnisation de la part résiduelle du préjudice et conditionnera, par là-même, l'intervention subsidiaire du juge de l'Union⁹³². La Cour de justice a très clairement énoncé cette exigence dès l'arrêt *Kampffmeyer*, dans lequel elle indique qu'« *il convient donc d'inviter les requérantes dont s'agit à justifier qu'elles ont épuisé les moyens tant administratifs que judiciaires relevant du droit national applicable pour obtenir le remboursement des sommes indûment payées* »⁹³³.

La règle irriguant le contentieux de la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne, selon laquelle le requérant est tenu de saisir en priorité les juridictions nationales, est ainsi une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle dans sa fonction de répartition des compétences, en ce qu'elle organise la priorité d'intervention des juridictions nationales par rapport à la Cour de justice de l'Union européenne. Cela permet donc une répartition claire des interventions, évitant ainsi tout potentiel conflit de compétences entre juges nationaux et juges européens. Plus encore, la subsidiarité juridictionnelle s'impose en tant que principe d'organisation du contentieux en ce qu'elle influence un partage des compétences juridictionnelles fondé sur la complémentarité des contrôles des juridictions des différents niveaux.

⁹²⁹ Sur les implications de la subsidiarité juridictionnelle dans le contentieux de la responsabilité, v. F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *op. cit.*, pp. 95-101 ; F. FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la CEE*, Paris, LGDJ, 1990 ; T. DEBARD, *L'action en responsabilité extracontractuelle devant la CJCE*, Thèse, Lyon, 1984.

⁹³⁰ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 86.

⁹³¹ CJCE, 26 fév. 1986, *Krohn*, aff. 175/84, *Rec.*, p. 763, spéc. p. 769.

⁹³² D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 87.

⁹³³ CJCE, 14 juil. 1967, *Kampffmeyer*, aff. 5, 7, 13-24/66, *Rec.*, p. 317, spéc. p. 341.

B. Un partage fondé sur la complémentarité d'intervention

L'articulation des interventions des juridictions nationales et européennes s'explique par la notion de « *responsabilité partagée* »⁹³⁴ ou de fonction partagée, qui implique que les interactions entre les juridictions des différents niveaux se conjuguent non pas sur un mode hiérarchique mais de coopération⁹³⁵. Cette idée de responsabilité ou fonction partagée entre les juridictions des États et les Cours européennes signifie que leurs interventions sont complémentaires⁹³⁶, les premières agissant à titre principal et les secondes à titre subsidiaire.

Le vocabulaire consacré dans le système conventionnel renvoie donc à la responsabilité partagée (1), alors qu'en droit de l'Union européenne, se retrouve davantage l'idée d'une fonction partagée (2).

1. Une responsabilité partagée

L'émergence du vocable. Apparue récemment dans le vocabulaire relatif au système conventionnel, la notion de responsabilité partagée est principalement utilisée dans les Conférences de haut niveau organisées dans le cadre du processus de réforme de la Cour européenne des droits de l'homme⁹³⁷. Bien que l'idée d'une responsabilité partagée entre les États et la Cour européenne concerne toutes les autorités nationales, il est certain que les juridictions sont les principales concernées. La déclaration de Bruxelles réaffirme à cet égard que « *les autorités nationales et, en particulier, les juridictions sont les premiers gardiens des*

⁹³⁴ V. *Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée*, 26 et 27 mars 2015.

⁹³⁵ Sur cette question, v. A. VOSSKUHL, « Pyramid or Mobile ? – Human Rights Protection by the European Constitutional Courts », *HRLJ*, 2014, I-3.

⁹³⁶ Pour l'établissement du lien entre responsabilité partagée et complémentarité des compétences juridictionnelles, v. P. LEMMENS, Discours lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015, p. 34 : « *Sur le terrain de la protection des droits fondamentaux, il y a [...] une "complémentarité" entre les garanties nationales et les garanties européennes. [...] L'idée de "responsabilité partagée" répond [...] à une réalité en fait et en droit. C'est particulièrement vrai pour ce qui concerne la protection juridictionnelle : les juridictions nationales assurent la protection "primaire" [...] ; la Cour européenne joue, pour sa part, un rôle "subsidiaire" ».*

⁹³⁷ Points (3) et 9 de la Déclaration d'Interlaken du 19 fév. 2010 ; Point A. 3. de la Déclaration d'Izmir du 27 avr. 2011 ; Points 3 et 12. c) de la Déclaration de Brighton du 20 avr. 2012 ; Déclaration de Bruxelles du 27 mars 2015, portant sur cette question.

*droits de l'homme permettant une application pleine, effective et directe de la Convention [...] dans leur ordre juridique interne, et ce, dans le respect du principe de subsidiarité »*⁹³⁸.

Face à l'engorgement de la Cour européenne des droits de l'homme, « *il n'y a qu'un seul remède : la responsabilité de la mise en œuvre de la Convention doit être partagée. Cela passe par une application de la Convention au niveau interne, car c'est la responsabilité première des États parties* »⁹³⁹. Depuis plusieurs années, le processus de réforme de la Cour insiste en effet sur la place centrale occupée par la subsidiarité dans le système de la Convention, qui « *repose sur un partage des responsabilités global et dialogique* »⁹⁴⁰.

Ainsi, depuis la Conférence d'Interlaken, la responsabilité partagée des différents juges dans la garantie des droits fondamentaux est un élément récurrent des discussions sur l'avenir du système⁹⁴¹. Sur ce point, il apparaît que « *la notion de "responsabilité partagée" des États contractants et de la Cour représentait un élément important de la déclaration d'Interlaken, dans laquelle elle était liée au principe de subsidiarité qui peut être considéré comme l'un des principes fondamentaux de la réforme du système de la Convention* »⁹⁴². Le lien entre la notion de responsabilité partagée et l'idée de subsidiarité est établi puisque la Déclaration d'Interlaken précise que « *ce principe implique une responsabilité partagée entre les États parties et la Cour* »⁹⁴³.

La signification du vocable. Cela signifie donc que le juge européen et le juge national « *occupent un même terrain* »⁹⁴⁴, celui de la protection des droits fondamentaux. Complémentaires, leurs contrôlent convergent⁹⁴⁵ et donnent lieu à des « *emprunts et échanges*

⁹³⁸ Déclaration du Bruxelles, *Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée*, 27 mars 2015, point B.

⁹³⁹ D. SPIELMANN, Discours d'ouverture de la *Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, notre responsabilité partagée*, Bruxelles, 26 mars 2015.

⁹⁴⁰ J. M. SAUVÉ, Intervention lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁴¹ Déclaration d'Interlaken, 19 fév. 2010, point 9.

⁹⁴² Contribution de la Cour à la *Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, notre responsabilité partagée*, 26 janv. 2016.

⁹⁴³ Déclaration d'Interlaken, 19 fév. 2010, points (2) et (3).

⁹⁴⁴ H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *op. cit.*, p. 75.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

récioproques [qui] forgent un nouveau droit commun »⁹⁴⁶. Comme l'explique le Vice-Président du Conseil d'État français Jean-Marc SAUVÉ, « *la subsidiarité rend les garanties nationales [et les] garanties européennes complémentaires et elle les entremêle* »⁹⁴⁷. De la complémentarité des contrôles se déduit que les juridictions nationales sont les premières responsables de la garantie des droits et libertés protégés par la Convention⁹⁴⁸. Ainsi, le juge de Strasbourg n'intervient que de manière subsidiaire, en cas de défaillance des autorités nationales parmi lesquelles les juridictions jouent un rôle majeur.

C'est donc selon une logique issue de la subsidiarité que la responsabilité de protéger les droits fondamentaux est partagée. L'expression doctrinalement consacrée fait ainsi état d'une « *subsidiarité-complémentarité* »⁹⁴⁹, renvoyant au fait que dans le système de la Convention, « *nous pouvons parler d'une véritable complémentarité des autorités nationales, au premier rang desquelles les juridictions internes, et la Cour* »⁹⁵⁰. L'idée même de *garantie collective* exprimée dans le Préambule de la Convention « *implique cette complémentarité et imbrication des divers acteurs* »⁹⁵¹. Parmi eux, se situent au premier rang les juridictions nationales, auxquelles incombe le devoir de sanctionner les atteintes portées aux droits fondamentaux. Le juge national est en effet le « *premier juge des droits de l'homme* »⁹⁵² et la responsabilité partagée renvoie à la coopération⁹⁵³ entre ce dernier et la Cour dans l'accomplissement de leur mission commune qu'est la protection des droits fondamentaux des individus.

⁹⁴⁶ O. DORD, « Systèmes juridiques nationaux et Cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité », *op. cit.*, p. 18.

⁹⁴⁷ J. M. SAUVÉ, Discours lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁴⁸ J.-M. SAUVÉ, Intervention à la Conférence « *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* », *op. cit.*

⁹⁴⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 29 ; Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 2.

⁹⁵⁰ J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1364.

⁹⁵¹ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 253.

⁹⁵² F. TULKENS, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 397.

⁹⁵³ P. LEMMENS, Discours lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, *op. cit.*, p. 41.

À cet égard, la procédure d'avis consultatifs prévue par le Protocole n° 16 à la Convention insiste sur la complémentarité des interventions des juridictions des différents niveaux. Renforçant la subsidiarité juridictionnelle, ce mécanisme permet également à la Cour de « trancher des points de droits dans un contexte non contentieux, c'est-à-dire sans condamner un État »⁹⁵⁴. Ainsi, l'accent n'est pas mis sur une dynamique hiérarchique mais bien sur le dialogue et la coopération, dans le but de « renforcer cette responsabilité partagée à la lumière du principe de subsidiarité »⁹⁵⁵.

2. Une fonction partagée

L'émergence du vocable. Dans son célèbre arrêt *Costa c. E.N.E.L*, la Cour de justice indique, à propos du mécanisme du renvoi préjudiciel, qu'il est « basé sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour »⁹⁵⁶. Elle ajoutera en 1975 que « dans le cadre très particulier de la coopération judiciaire instituée par l'article 177, par laquelle une juridiction nationale et la Cour de justice, dans l'ordre de leurs compétences propres, sont appelées à contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision en vue d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres »⁹⁵⁷. Il s'ensuit que l'application du droit de l'Union est une tâche partagée entre le juge national et le juge européen, le premier intervenant à titre principal, le second étant sollicité, subsidiairement, par la voie préjudicielle.

La Cour de justice va cependant plus loin dans l'arrêt *Foglia*, au sein duquel elle souligne que « le juge national remplit, en collaboration avec [elle], une fonction qui leur est attribuée en commun en vue d'assurer le respect du droit dans l'application et l'interprétation du traité »⁹⁵⁸. Ainsi, la mission qui lui est par l'article 19, paragraphe 1, du

⁹⁵⁴ CourEDH, *Avis de la Cour sur le Rapport des Sages* (tel qu'adopté lors de la Session Plénière du 2 avr. 2007), point 4.

⁹⁵⁵ CDDH, *Rapport sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme*, CDDH(2015)R84, Addendum 1, Strasbourg, 11 déc. 2015, point 60.

⁹⁵⁶ CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1158.

⁹⁵⁷ CJCE, 1^{er} déc. 1975, *Firma Schwarze*, aff. 16/65, *Rec.*, p. 1095.

⁹⁵⁸ CJCE, 16 déc. 1981, *Foglia*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045, point 16 ; CJCE, 15 juin 1995, *Zabala Erasmun e.a.*, aff. jtes C-422/93 à 424/93, *Rec.*, p. I-1667, pt. 15 ; CJUE, 8 mars 2011, *avis I/09*, *Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire*, *Rec.*, p. I-1137, pt. 69.

TUE, consistant à « assure[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités », est une tâche qu'elle partage avec les juridictions nationales⁹⁵⁹. De manière plus éclairante encore, la Cour affirme qu'« ainsi qu'il ressort de l'article 19, paragraphe 1, TUE, il est veillé au respect de cet ordre juridique et du système juridictionnel de l'Union par la Cour et les juridictions des États membres »⁹⁶⁰. Dans son avis n° 1/09, elle ajoute à cette fonction partagée la participation des juridictions nationales, « de façon étroite [...] à la protection des droits conférés par [l'] ordre juridique [de l'Union] aux particuliers »⁹⁶¹ et affirme que « les fonctions attribuées, respectivement, aux juridictions nationales et à la Cour sont essentielles à la préservation de la nature même du droit institué par les traités »⁹⁶².

La signification du vocable. L'intervention des juridictions des différents niveaux est ainsi complémentaire. Les juges nationaux sont les principaux juges du droit de l'Union, en ce qu'ils assurent quotidiennement la tâche de veiller au respect de sa bonne application. La Cour de justice, sollicitée en cas de difficulté, intervient ainsi de manière subsidiaire et complémentaire. Une intervention subsidiaire tout d'abord, en ce qu'elle n'agit qu'en renfort des juridictions nationales, leur venant en aide lorsqu'elles rencontrent un doute quant à l'interprétation ou à la validité du droit de l'Union. Une intervention complémentaire ensuite, en ce que son action vient en quelque sorte compléter celle des juridictions nationales, et parce que « les facteurs de convergence l'emportent »⁹⁶³ dans leurs relations.

La notion de *subsidiarité-concurrence* est préférée à celle de *subsidiarité-complémentarité*⁹⁶⁴ lorsqu'il s'agit de commenter l'influence du principe de subsidiarité dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Il s'avère toutefois que l'idée de *subsidiarité juridictionnelle-complémentarité* pourrait tout aussi bien convenir à la description de la

⁹⁵⁹ V. également CJUE, 8 mars 2011, *avis 1/09, Rec.*, p. I-1137, pt. 89 : « [...] priverait les juridictions des États membres de leurs compétences concernant l'interprétation et l'application du droit de l'Union ainsi que la Cour de la sienne pour répondre, à titre préjudiciel, aux questions posées par lesdites juridictions et, de ce fait, dénaturerait les compétences que les traités confèrent aux institutions de l'Union et aux États membres qui sont essentielles à la préservation de la nature même du droit de l'Union ».

⁹⁶⁰ *Ibid.*, pt. 66.

⁹⁶¹ *Ibid.*, pt. 84.

⁹⁶² *Ibid.*, pt. 85.

⁹⁶³ B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *op. cit.*, spéc. p. 203.

⁹⁶⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 29 ; Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 2.

responsabilité partagée entre les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme qu'à la fonction partagée entre ces dernières et la Cour de justice de l'Union.

Permettant d'organiser la priorité d'intervention entre les différentes juridictions susceptibles d'agir, le principe de subsidiarité juridictionnelle évite ainsi les conflits de compétences. Il semble par ailleurs être le révélateur de la complémentarité des compétences juridictionnelles nationales et européennes lorsqu'il est traduit par l'idée de responsabilité partagée dans le système conventionnel et de fonction partagée dans l'ordre juridique de l'Union. La subsidiarité juridictionnelle joue ainsi un rôle non négligeable dans l'organisation des systèmes juridictionnels européens. Ses vertus structurantes ne se limitent cependant pas à l'organisation du contentieux, le principe révélant également des potentialités équilibrantes dans la conciliation des diverses aspirations des deux systèmes.

§ 2. La conciliation des objectifs divergents des ordres juridiques européens

Nul n'ignore que les systèmes juridictionnels européens sont complexes. À ce titre, ils nécessitent d'être organisés et structurés, ou, pour reprendre l'expression du Professeur Mireille DELMAS-MARTY, il est indispensable de « *mettre de l'ordre dans le pluralisme* »⁹⁶⁵. La subsidiarité juridictionnelle intervient ainsi dans la recherche d'un équilibre entre les diverses aspirations en présence, qui peuvent paraître contradictoires à certains égards. Son pouvoir de conciliation⁹⁶⁶, puisé dans la richesse de sa réversibilité, pourrait en effet faire du principe de subsidiarité juridictionnelle un principe majeur de la structuration des systèmes juridictionnels européens.

Il apparaît que les ordres juridiques européens et leurs systèmes juridictionnels oscillent entre exigence de proximité et objectif d'efficacité, entre souci de respect des particularités nationales et objectif d'intégration **(A)**. Le potentiel du principe de subsidiarité

⁹⁶⁵ M. DELMAS-MARTY, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford, Hart, 2009.

⁹⁶⁶ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 263 ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 192 et s. ; E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, 412 p., pp. 265 et s., spéc. p. 266.

juridictionnelle pour toucher du doigt l'équilibre fragile, mais nécessaire, entre ces différentes aspirations semble acquis (B).

A. Les diverses aspirations de la construction européenne

L'idée subsidiaire, de part sa polymorphie, se trouve mobilisée dans la recherche d'un équilibre entre diverses aspirations des ordres juridiques européens, qui peuvent parfois paraître contradictoires (1). Ces intentions divergentes se manifestent également, de manière particulière, à propos des systèmes juridictionnels (2).

1. Les aspirations contradictoires⁹⁶⁷ des ordres juridiques européens

L'objectif de proximité. À n'en pas douter, l'impératif de proximité est une préoccupation majeure dans la construction européenne. L'individu est placé au cœur du système de la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article premier affirme que les États « *reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés* » conventionnellement garantis. La proximité avec les individus se manifeste également à travers le recours individuel, « *devenu le seul mécanisme d'application* »⁹⁶⁸ de la Convention et débouche sur une « *lecture plus individualiste* »⁹⁶⁹ de celle-ci. De la même manière, la volonté de ne pas substituer au contrôle des juridictions nationales, « *plus proches des réalités juridiques* »⁹⁷⁰, le contrôle d'une Cour internationale, marque l'attachement des auteurs de la Convention à la priorité de l'intervention de proximité.

La lecture du Préambule du Traité sur l'Union européenne permet également de prendre la mesure de l'importance de cet objectif, ainsi que de son lien avec l'idée subsidiaire, dès lors qu'il mentionne une Europe « *dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité* »⁹⁷¹. Le Professeur Chantal MILLON-

⁹⁶⁷ S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », *op. cit.*, p. 8.

⁹⁶⁸ L.-E. PETTITI, « Réflexions sur les principes et mécanismes de la Convention », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 1230 p., spéc. p. 28.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ O. JACOT-GUILLARMOD, « Présentation générale », *op. cit.*, p. 50.

⁹⁷¹ Préambule du TUE, alinéa 13.

DELSOL souligne d'ailleurs que « *l'idée dominante [de la subsidiarité] est celle de proximité* »⁹⁷².

L'objectif d'efficacité. Dans l'ordre juridique de la Convention, la proximité n'est que la première face de la médaille de la subsidiarité⁹⁷³, l'autre résidant dans l'objectif d'efficacité⁹⁷⁴, qui est devenu « *un objectif commun prioritaire* »⁹⁷⁵. Il est permis d'affirmer à ce propos que « *le principal but de la subsidiarité est d'assurer un partage efficace des pouvoirs* »⁹⁷⁶. D'aucuns ne manquent pas d'évoquer à cet égard une « *subsidiarité-efficacité* »⁹⁷⁷, qui justifie tantôt l'intervention européenne, tantôt l'intervention nationale. Le Professeur David SZYMCAK considère pour sa part que « *l'inconstance du principe de subsidiarité renvoie [...] à la très grande difficulté sous-jacente à donner un sens univoque au critère d'efficacité* »⁹⁷⁸. Le juge Sabino CASSESE va plus loin, en expliquant le paradoxe que les idéaux de proximité et d'efficacité sous-tendent. Selon lui, « *la subsidiarité [...] est un mécanisme de dévolution en faveur des autorités de niveau inférieur [...] et elle est également le fondement du soutien apporté par le niveau supérieur pour pallier les lacunes du niveau inférieur* »⁹⁷⁹.

L'intime relation entre recherche d'une intervention efficace et subsidiarité se retrouve également en droit de l'Union européenne. La définition du principe de subsidiarité retenue par l'article 3 B du traité de Maastricht⁹⁸⁰ fait référence au critère d'efficacité, qui justifie l'intervention européenne dans la mise en œuvre des compétences qui lui ne lui sont pas

⁹⁷² C. MILLON-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, op. cit., p. 106.

⁹⁷³ En référence à l'intitulé du Séminaire : *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015.

⁹⁷⁴ C. MILLON-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, op. cit., p. 109.

⁹⁷⁵ J. M. SAUVÉ, Discours lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, op. cit., p. 29.

⁹⁷⁶ S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », op. cit., p. 15.

⁹⁷⁷ Ici à propos du système conventionnel, in B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », op. cit.

⁹⁷⁸ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », op. cit., p. 33.

⁹⁷⁹ S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », op. cit., p. 15.

⁹⁸⁰ Actuel art. 5 TUE.

exclusives si les objectifs peuvent être « *mieux* » atteints par une action au niveau de l'Union⁹⁸¹.

Le paradoxe entre ces deux objectifs réside en ce que l'action de proximité ne sera pas toujours la plus efficace, autant que l'efficacité peut tout à la fois nécessiter une action nationale ou européenne selon les circonstances⁹⁸². Aucune adéquation ne peut être établie dans le tandem proximité-efficacité, qui demeure donc une équation imparfaite.

2. Les aspirations contradictoires des systèmes juridictionnels européens

Les termes du débat. En même temps que de faire du juge national le juge européen de droit commun, les systèmes juridictionnels européens sont bâtis de sorte que les juges européens ont pour mission de veiller à l'objectif d'harmonisation de la protection des droits fondamentaux pour le premier et d'application uniforme du droit de l'Union pour le second. Dans l'ordre juridique de la Convention, les fonctions complémentaires du juge national et européen⁹⁸³ doivent permettre l'émergence d'un droit commun des droits de l'homme. De la même manière, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, la « *solution du traité [...] qui fait des juges nationaux les juges de droit commun de l'ordre juridique de l'Union et de la Cour de justice la garante de l'unité dans l'interprétation et l'application des traités [est] le pilier essentiel à la préservation de la nature même du droit institué par les traités* »⁹⁸⁴.

Les relations entre juridictions nationales et Cours européennes forment un système singulier, qui « *obéit à une logique spécifique et évolutive* »⁹⁸⁵, et dépend tout entier de la capacité à trouver un équilibre entre action de proximité et efficacité, entre préservation des

⁹⁸¹ Pour une critique de cette disposition du traité de Maastricht, v. F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 100.

⁹⁸² Le 24 juin 1992, lors de sa conférence de presse avant le Conseil européen de Lisbonne, Jacques DELORS « *a mis en garde contre une application déraisonnable de la subsidiarité qui serait un obstacle à la construction européenne et a rappelé que "la subsidiarité ne joue pas seulement vers le bas" mais peut jouer vers le haut, si une action est plus efficace à un niveau plus élevé* ». V. *Agence Europe*, n°5757, 25 juin 1992, p.3.

⁹⁸³ J.-P. COSTA, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1364 ; S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, pp. 61 et s.

⁹⁸⁴ R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 600.

⁹⁸⁵ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 3.

diversités nationales et sauvegarde de l'unité européenne⁹⁸⁶. Ainsi peuvent être présentés les « *termes du débat* »⁹⁸⁷ relatif au principe de subsidiarité juridictionnelle.

La recherche d'un équilibre. Ces aspirations peuvent paraître incompatibles dès lors que, concernant le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, « *il ne saurait y avoir de standards communs qu'enracinés dans des pratiques nationales et, en retour, de protection effective et dynamique sans un contrôle externe, placé entre les mains d'une Cour internationale* »⁹⁸⁸. Un équilibre doit ainsi être recherché par le juge de Strasbourg entre « *l'accomplissement de sa fonction juridictionnelle d'élaboration d'un ordre public européen des droits fondamentaux fondé sur l'autonomie conventionnelle [et sa fonction] de sauvegarde du pluralisme des ordres publics nationaux fondé sur l'autonomie locale* »⁹⁸⁹. L'équilibre doit alors être trouvé entre l'harmonisation de la protection des droits⁹⁹⁰ et l'autonomie des juridictions internes qui garantit le respect des diversités nationales.

Dans le système juridictionnel de l'Union, la recherche de l'équilibre « *entre encadrement et autonomie [des juridictions nationales]* »⁹⁹¹ est également une préoccupation majeure à laquelle la subsidiarité est censée apporter une réponse. La fonction intégratrice de la Cour de justice est en effet contrebalancée par le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, la subsidiarité dans ses deux dimensions relevant à la fois des deux objectifs⁹⁹². L'idée subsidiaire a vocation à se saisir de ce paradoxe en permettant non pas « *le dépouillement [du juge européen], mais la délimitation de ses compétences, le but étant de ne perdre de vue ni l'autonomie [des juridictions nationales], ni l'intérêt général de l'ensemble ainsi constitué* »⁹⁹³. Les juges européens doivent ainsi tenir compte « *de cette*

⁹⁸⁶ Ce dernier tandem sera plus amplement développé *infra*. V. Chapitre 2, Section 1, § 1.

⁹⁸⁷ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 8.

⁹⁸⁸ J. M. SAUVÉ, Discours lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁸⁹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, p. 392.

⁹⁹⁰ Le Professeur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA évoque à cet égard un « *ordre juridique d'harmonisation* ». V. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 28.

⁹⁹¹ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 5.

⁹⁹² S. BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 57.

⁹⁹³ C. MILLON-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 96.

*dialectique d'équilibre et effectu[er] un va-et-vient entre les deux faces du concept de subsidiarité »*⁹⁹⁴.

L'idée d'aspirations contradictoires devrait d'ailleurs, à cet égard, être nuancée. En effet, l'idée subsidiaire oscille en permanence entre centralisation et décentralisation, entre proximité et efficacité, entre unité et diversité. Ce mouvement permanent entre ses deux faces, reposant sur un « *équilibre parfois fragile* »⁹⁹⁵, fait partie des caractéristiques de la subsidiarité et semble « *plus dialectique que contradictoire* »⁹⁹⁶.

B. Le potentiel conciliateur du principe de subsidiarité juridictionnelle

Sa nature duale et réversible caractérise la richesse de l'idée subsidiaire. Le principe de subsidiarité, en ce qu'il « *oscille entre deux pôles : celui des intérêts de l'État souverain [...] et celui des valeurs et intérêts de la communauté internationale, universelle ou régionale* »⁹⁹⁷, participe au maintien de l'équilibre nécessaire à la survie des ordres juridiques européens. Certains affirment à cet égard que l'« *équilibre durable [repose sur] la subsidiarité* »⁹⁹⁸. La question demeure de savoir ce qu'il en est concernant le principe de subsidiarité juridictionnelle, qui jouit de ces mêmes caractéristiques. Ce dernier a-t-il des vertus utiles à la recherche d'un équilibre entre proximité et efficacité dans les systèmes juridiques européens ? Une réponse affirmative peut être apportée à cette interrogation.

Ce principe prône non seulement une intervention juridictionnelle prioritaire de proximité **(1)**, mais promeut également l'efficacité **(2)**. Il joue, dès lors, un rôle actif dans la conciliation des divers objectifs, révélant son potentiel équilibrant dans les systèmes juridiques européens.

⁹⁹⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 30.

⁹⁹⁵ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 5.

⁹⁹⁶ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 86.

⁹⁹⁷ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 231.

⁹⁹⁸ CourEDH, *Avis de la Cour sur le Rapport des Sages* (tel qu'adopté lors de la Session Plénière du 2 avr. 2007), point 5.

1. Un principe de proximité

La promotion de la proximité. Le Professeur Elsa BERNARD rappelle que « *la quête de proximité qui est à la base du système juridictionnel [européen] justifie que le juge national soit le juge [européen] de droit commun* »⁹⁹⁹. C'est ainsi que « *porteur d'une exigence de proximité* »¹⁰⁰⁰, le principe de subsidiarité juridictionnelle fait du juge national le premier juge du droit européen. Ce dernier a été qualifié de « *juge de proximité des droits fondamentaux* »¹⁰⁰¹, comme il a été souligné que « *ce sont les tribunaux nationaux qui constituent le socle du système judiciaire de l'Union [dans la mesure où] l'application quotidienne du droit communautaire a lieu sur le plan national, devant les cours et autorités nationales* »¹⁰⁰².

La justification de la proximité. Le principe de subsidiarité juridictionnelle, dans sa fonction structurante, a ainsi pour effet de « *protéger la priorité du niveau inférieur* »¹⁰⁰³ dès lors qu'il est admis qu'« *il vaut mieux être près des événements pour bien juger, par exemple lorsqu'il existe certaines particularités nationales ou locales difficiles à comprendre à distance* »¹⁰⁰⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a, de longue date, exprimé cette dimension de la subsidiarité juridictionnelle, en insistant sur le fait que « *grâce à leurs contacts directs avec les forces vives de leurs pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer* »¹⁰⁰⁵. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative aux jeux de hasard atteste également de ce

⁹⁹⁹ E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 437.

¹⁰⁰⁰ J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, « Subsidiarité juridictionnelle ? », *op. cit.*, p. 1082.

¹⁰⁰¹ D. SIMON, « Avant-Propos » de la Troisième Partie : Étude : La Cour de cassation et la construction juridique européenne, in *Rapport annuel 2006*, Cour de cassation, en ligne.

¹⁰⁰² A. ROSAS, « L'avenir du système juridictionnel de l'UE – quelques pistes de réflexion », Lisbonne, 13 juil. 2007, p. 6.

¹⁰⁰³ Sur cette idée, v. E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 272.

¹⁰⁰⁴ J. CALLEWAERT, « La justification du principe de subsidiarité et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 350.

¹⁰⁰⁵ CourEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, GACEDH, n° 7, § 4.

que la proximité du juge national avec le litige justifie sa compétence de principe¹⁰⁰⁶. C'est également le cas dans certaines affaires relatives au standard de procès équitable¹⁰⁰⁷.

La justification de la priorité donnée aux juridictions les plus proches des litiges se retrouve dans plusieurs éléments, qui tous présument une meilleure efficacité de l'intervention juridictionnelle de proximité¹⁰⁰⁸. Le juge national peut en principe « *assurer une protection directement plus efficace contre les atteintes qui peuvent être portées aux droits garantis* »¹⁰⁰⁹ par le droit européen puisque sa situation fait qu'il « *dispose des pouvoirs les plus étendus* »¹⁰¹⁰ pour accomplir cette tâche. Proche des faits et du droit, ce dernier jouit d'une meilleure position pour apprécier les faits, rendre un jugement dans un délai raisonnable et en assurer l'exécution¹⁰¹¹. Privilégier l'action de l'échelon juridictionnel le plus proche de l'individu entraînerait ainsi « *des gains de représentativité, de responsabilité et, globalement, d'efficacité* »¹⁰¹².

2. Un principe d'efficacité

La promotion de l'efficacité. La recherche du meilleur niveau de décision est la préoccupation majeure à laquelle le principe de subsidiarité juridictionnelle a vocation à répondre. S'il place le juge national en tant que premier juge du droit européen, ce principe reconnaît également les Cours de Strasbourg et de Luxembourg comme les juges garants de

¹⁰⁰⁶ V., pour une lecture croisée, notamment : CJCE, *Gambelli*, 6 nov. 2003, C-243/01 ; CJCE, *Placanica*, 6 mars 2007, C-338/04 ; CJCE, *Santa Casa*, 8 sept. 2009, C-42/07 ; CJCE, *CEZ*, 27 oct. 2009, C-115/08 ; CJUE, *Sporting Exchange Ltd*, 3 juin 2010, C-203/08 ; CJUE, *Winner Witten*, 8 sept. 2010, C-409/06 ; CJUE, *Engelmann*, 9 sept. 2010, C-64/08 ; CJUE, *Zeturf*, 30 juin 2011, C-212/08 ; CJUE, *Ömer*, 15 sept. 2011, C-347/09 ; CJUE, *Costa et Cifone*, 16 fév. 2012, C-72/10 et 77/10 ; CJUE, *Football Dataco e.a.*, 1 mars 2012, C-604/10 ; CJUE, *Stanleybet International e.a.*, 24 janv. 2013, C-186/11 et 209/11 ; CJUE, *Biasci*, 12 sept. 2013, C-660/11 et 8/12 ; CJUE, *Pfleger e. a.*, 30 avril 2014, C-390/12 ; CJUE, *Digibet*, 12 juin 2014, C-156/13 ; Trib.UE, *Dansk Automat*, 26 sept. 2014, T-601/11 ; CJUE, *Blanco et Fabretti*, 22 oct. 2014, C-344/13 et C-367/13.

¹⁰⁰⁷ Sur ce point, v. E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 302 et s. L'auteur évoque CJCE, 6 oct. 1976, *Tessili*, aff. 12/76, *Rec.*, p. 1473 et CJCE, 19 fév. 2002, *Besix SA*, aff. 256/00, *Rec.*, p. I-1737.

¹⁰⁰⁸ J.-M. SAUVÉ, Intervention à la Conférence « *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* », *op. cit.*

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 273.

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 272.

l'autonomie des ordres juridiques européens. Ce second versant de la subsidiarité juridictionnelle insiste donc plus précisément sur la promotion de l'efficacité de la construction européenne, qui ne peut être atteinte que par l'intervention des juridictions supranationales.

La justification de l'efficacité. Il est utile d'observer à cet égard que dans le système de la Convention, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes trouve sa justification dans l'idée selon laquelle, « *[c'est parce que les États] sont [...] à bien des égards les mieux à même d'assurer une protection complète et efficace de ces droits, [qu'ils sont les] premiers responsables de la protection des droits fondamentaux* »¹⁰¹³. Le principe de subsidiarité juridictionnelle est, à ce titre, « *un vecteur d'efficacité [de par sa] vocation essentielle de guider la répartition des compétences entre les différents acteurs d'un système structuré* »¹⁰¹⁴. De la même manière dans l'ordre juridique de l'Union, il permet « *de déterminer efficacement le niveau adéquat pour l'exercice de la compétence juridictionnelle* »¹⁰¹⁵. L'« *impératif d'efficacité* »¹⁰¹⁶ est incontestablement un élément majeur justifiant son utilité.

Le débat semble ainsi moins se situer au niveau de la légitimité des juges¹⁰¹⁷ à intervenir qu'à celui de l'efficacité de leur action, la proximité étant un élément à prendre en compte dans l'évaluation du meilleur niveau de décision¹⁰¹⁸.

¹⁰¹³ J.-M. SAUVÉ, Intervention à la Conférence « *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* », *op. cit.*, p. 3. Jean-Marc SAUVÉ cite à ce propos l'expression de « *nécessité fonctionnelle* » empruntée au Professeur Frédéric SUDRE, v. F. SUDRE, « Commentaire de l'arrêt *Handyside* », in *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, Thémis, 5^{ème} éd., p. 76.

¹⁰¹⁴ J.-M. SAUVÉ, Intervention à la Conférence « *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* », *op. cit.*

¹⁰¹⁵ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 51.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 60.

¹⁰¹⁷ Sur la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme, v. les développements et références de R. SPANO, « *Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity* », *Human Rights Law Review*, 2014, 0, pp. 1-16, spéc. pp. 2-3.

¹⁰¹⁸ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 266 et s.

Le principe de subsidiarité juridictionnelle, riche de ses deux dimensions complémentaires, révèle ainsi tout son potentiel conciliateur. Il favorise, d'une part, la proximité de la prise de décision, en ce qu'il prescrit une action principale des juridictions des États complétée par une marge de manœuvre accordée à ses derniers dans l'accomplissement de leur tâche. Il favorise, dans le même temps, la recherche de l'efficacité de la prise de décision, en confiant aux Cours européennes la responsabilité de veiller à l'autonomie des ordres juridiques européens. La réversibilité de l'idée subsidiaire, héritée par le principe de subsidiarité juridictionnelle, révèle ici toute sa richesse, faisant de ce dernier un principe de structuration des systèmes juridictionnels européens « *multi-niveaux* »¹⁰¹⁹.

Présidant à un partage des compétences permettant d'organiser la priorité d'intervention et traduisant la complémentarité d'action des juridictions nationales et européennes, la subsidiarité juridictionnelle démontre son potentiel en tant que principe d'organisation du contentieux européen. Parce qu'il est au fondement des ordres juridiques de la Convention et de l'Union, il joue également un rôle majeur dans la conciliation¹⁰²⁰ des exigences diverses, notamment de proximité et d'efficacité, qui les animent. Il intervient au cœur de la recherche de cet équilibre, nécessaire à la pérennité des systèmes juridictionnels européens. En jouant un rôle central dans l'organisation des systèmes juridictionnels européens et dans la conciliation de leurs aspirations contradictoires, le principe de subsidiarité juridictionnelle s'impose donc en tant que principe de structuration des systèmes juridictionnels européens¹⁰²¹. Cette fonction de structuration lui est commune avec le principe de subsidiarité, puisqu'il est établi que ce dernier est intimement lié à « *la problématique [...] de la structuration du pouvoir et des compétences* »¹⁰²².

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 272.

¹⁰²⁰ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 263. ; L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 192 et s. ; E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 266.

¹⁰²¹ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 52.

¹⁰²² H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres », *op. cit.*, p. 167.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Le principe de subsidiarité juridictionnelle est donc en premier lieu un principe de répartition des compétences juridictionnelles intervenant en amont de l'élaboration du droit.

C'est d'abord un principe qui préside à l'attribution de ces compétences. À ce titre, son rôle est fondamental pour le fonctionnement du processus d'intégration européenne. Il a été relevé, à cet égard, que le principe revêt un caractère statique puisqu'il intervient ponctuellement, en amont de l'inscription des compétences juridictionnelles dans les traités. Sa staticité réside en ce que les compétences ainsi attribuées dans les traités, une fois inscrites, n'ont pas vocation à évoluer au sein même de la vie du traité.

Il a également été observé que dans sa fonction de répartition des compétences juridictionnelles, le principe de subsidiarité juridictionnelle ne semble pas relever de la science juridique. Bien que ce dernier influence le contenu des normes que sont les traités, il s'apparente davantage à un principe de science politique consistant en un « *esprit de subsidiarité* » imprégnant la volonté des Pères fondateurs. Dans ce contexte, il a été permis de s'interroger sur la potentielle supra-constitutionnalité du principe et d'y apporter une réponse positive.

Le principe de subsidiarité juridictionnelle recèle ensuite des vertus structurantes pour les systèmes juridictionnels européens. Là encore, il s'impose comme une condition essentielle au fonctionnement de l'intégration européenne.

En procédant à une répartition des compétences entre les juridictions des différents niveaux, et en traduisant la complémentarité de leurs interventions, il contribue effectivement à l'organisation harmonieuse des systèmes. La subsidiarité juridictionnelle s'impose ainsi en tant que principe organisant les rapports entre juridictions dans des « *systèmes complexes* »¹⁰²³. Sa fonction structurante se manifeste aussi dans sa vocation naturelle à constituer le point de conciliation entre les diverses aspirations animant les systèmes juridictionnels européens. Elle permet la rencontre d'un point d'équilibre entre proximité et

¹⁰²³ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 16.

efficacité. Ce point d'équilibre peut paraître fragile¹⁰²⁴, mais il est indispensable à la survie des systèmes juridictionnels européens et plus largement de l'intégration européenne.

Il a été constaté qu'à l'occasion de cette fonction particulière de répartition des compétences entre les différents échelons de décision, le principe de subsidiarité juridictionnelle recèle les mêmes potentialités que le principe de subsidiarité. Cela est dû au fait que plus qu'un principe ou l'autre, c'est vraisemblablement l'idée subsidiaire qui guide la répartition des compétences dans les ordres juridiques européens¹⁰²⁵.

La fonction du principe de subsidiarité juridictionnelle « *ne s'épuise [cependant] pas avec la décision d'un transfert de compétences. En d'autres termes, la subsidiarité [juridictionnelle] n'est pas seulement un principe politique à invoquer lors de [la répartition] des compétences [juridictionnelles]. Elle est aussi et surtout un concept qui doit présider à la mise en œuvre de [ces] compétences* »¹⁰²⁶.

¹⁰²⁴ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 5.

¹⁰²⁵ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 85.

¹⁰²⁶ Pour lire les propos originaux, qui concernent le principe de subsidiarité, v. J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES et J. WEYLAND, *Le traité de Maastricht*, *op. cit.*, p. 143.

CHAPITRE 2. L'IDENTIFICATION D'UN PRINCIPE DE RÉGULATION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

Revenant à la conception plus classique de la subsidiarité pour les juristes, il s'agit d'envisager le principe de subsidiarité juridictionnelle dans son sens le plus étroit¹⁰²⁷, en tant que principe de régulation des compétences juridictionnelles¹⁰²⁸. En effet, tout comme le principe de subsidiarité est un « *principe régulateur de l'exercice des compétences partagées dans un multilevel constitutionnalism* »¹⁰²⁹, le principe de subsidiarité juridictionnelle a pour fonction la « *régulation de l'exercice des compétences juridictionnelles* »¹⁰³⁰ dans des systèmes complexes composés de plusieurs niveaux de juridictions. Il s'impose, dès lors, comme une condition indispensable au fonctionnement de l'intégration européenne.

« *Si l'existence de cette régulation ne fait aucun doute* »¹⁰³¹, elle se manifeste de diverses manières. La régulation de l'exercice des compétences par la subsidiarité revêt en effet deux facettes complémentaires. Agissant en premier lieu comme un principe d'articulation¹⁰³² des compétences, le principe de subsidiarité juridictionnelle organise l'intervention des juridictions des différents niveaux, guidant l'imbrication de leurs contrôles. À cet égard, il révèle tout son dynamisme et confirme son caractère juridique (**Section 1**).

Le jeu de la subsidiarité juridictionnelle a également pour effet de permettre l'ajustement des compétences juridictionnelles. Par la souplesse dont il est porteur, le principe

¹⁰²⁷ Terme emprunté au juge Melchior WATHELET qui, à propos du principe de subsidiarité, évoque un « *sens large* » et un « *sens plus étroit* », v. M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 132.

¹⁰²⁸ V. COURONNE évoque un « *principe régulateur de subsidiarité juridictionnelle* ». V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 529.

¹⁰²⁹ F. MARTUCCI, « L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », *op. cit.*, p. 24.

¹⁰³⁰ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 88.

¹⁰³¹ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 5.

¹⁰³² M. VERDUSSEN, E. WILLEMART, « Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », *op. cit.*

agit comme un curseur guidant les variations dans l'exercice de leur contrôle par les juridictions européennes. Il est mobilisé à ce titre par le juge européen, qui lui fait pleinement jouer son rôle de variable d'ajustement de son contrôle, qui varie selon la tension des situations en présence. Plus largement, la question se pose de la contribution du principe au développement des systèmes juridictionnels européens sur un mode non pas hiérarchique mais collaboratif (**Section 2**).

Section 1. Un principe présidant à l'articulation des compétences juridictionnelles

Section 2. Un principe permettant l'ajustement des compétences juridictionnelles

SECTION 1. UN PRINCIPE PRÉSIDENT À L'ARTICULATION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

La subsidiarité juridictionnelle, « *concept dynamique par excellence* »¹⁰³³ en ce qu'il irrigue l'ensemble de la jurisprudence européenne, permet d'articuler les deux contrôles complémentaires¹⁰³⁴ que sont le contrôle national et supranational. Son caractère dynamique se révèle pleinement lors de l'accomplissement de sa fonction de régulation des compétences et permet au principe de subsidiarité juridictionnelle de s'imposer en tant que principe d'articulation des compétences juridictionnelles (§ 1). Son analyse dans ce cadre permettra, dans un second temps, d'observer qu'il relève pleinement de la science juridique (§ 2).

§ 1. Un principe dynamique

En tant que « *mécanisme de régulation des compétences entre les juges* »¹⁰³⁵, la subsidiarité juridictionnelle peut faire l'objet d'une double lecture, centrifuge ou centripète¹⁰³⁶. Le « *double mouvement contenu dans l'idée de subsidiarité* »¹⁰³⁷ rejaillit en effet naturellement sur le principe de subsidiarité juridictionnelle. Impliquant la décentralisation du contentieux européen en direction des juridictions des États membres (A), il justifie tout autant une certaine centralisation de ce dernier entre les mains des juridictions européennes (B).

¹⁰³³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 36.

¹⁰³⁴ B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne-LGDJ, 2009, pp. 313 et s.

¹⁰³⁵ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 52.

¹⁰³⁶ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 85.

¹⁰³⁷ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 16.

A. La « lecture décentralisatrice »¹⁰³⁸ de la subsidiarité juridictionnelle

La première facette de la subsidiarité juridictionnelle, lorsqu'elle s'exprime dans la mise en œuvre par les juridictions de leurs compétences, conduit à renvoyer principalement vers les juridictions des États la charge de veiller au respect du droit européen (1) et œuvre ainsi en faveur du respect des diversités nationales (2).

1. Le renvoi vers les juridictions nationales

L'affirmation de la compétence principale du juge national. La lecture décentralisatrice du principe de subsidiarité juridictionnelle « *justifi[e] l'intervention des instances nationales pour autant que l'intervention [européenne] n'est pas indispensable* »¹⁰³⁹. Elle le décrit ainsi lorsqu'il « *joue [...] en faveur de la compétence nationale* »¹⁰⁴⁰. L'idée de non-ingérence se reflète alors précisément dans le mouvement de préservation des compétences des juridictions nationales¹⁰⁴¹. Ce mouvement décentralisateur mène donc au phénomène consistant à renvoyer vers le juge national la responsabilité principale de la garantie du respect du droit européen. En d'autres termes, ce mouvement s'illustre par l'autonomie laissée aux juridictions nationales dans « *l'exercice par celles-ci de leur tâche de juridictions décentrées du droit [européen]* »¹⁰⁴². En effet, le principe « *dicte aux juridictions [européennes] de laisser une liberté importante aux juges nationaux* »¹⁰⁴³.

L'affirmation de l'autonomie du juge national. Dans le jeu de cet exercice dynamique des compétences juridictionnelles, la notion d'autonomie du juge national dans l'accomplissement de sa mission de juge européen de droit commun est donc essentielle. Elle est incarnée par la notion de marge nationale d'appréciation en droit de la Convention

¹⁰³⁸ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 85.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁴¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁴² A. TIZZANO, « La Cour de justice et la réalisation de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 514.

¹⁰⁴³ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 59.

européenne des droits de l'homme, ainsi que par le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres en droit de l'Union européenne.

Le Professeur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA note qu'« *invariablement* »¹⁰⁴⁴, les juges européens sont animés par le souci de ne pas « *empiéter sur les compétences propres des juridictions nationales* »¹⁰⁴⁵, décrivant ainsi « *un respect convergent de l'autonomie procédurale nationale dans la jurisprudence [européenne]* »¹⁰⁴⁶. La mobilisation de la notion de marge nationale d'appréciation permet à la Cour européenne des droits de l'homme de respecter l'autonomie du juge national dans l'exercice de son rôle de juge naturel des droits de l'homme¹⁰⁴⁷. Elle n'a ainsi cessé d'affirmer qu'elle n'est pas une juridiction d'appel ou de quatrième instance¹⁰⁴⁸, et qu'elle n'a pas vocation à se substituer aux instances juridictionnelles nationales¹⁰⁴⁹.

Le respect de l'autonomie des juridictions nationales par la Cour européenne des droits de l'homme se manifeste dans ses renvois à l'intervention du juge national. Elle se refuse en effet, de manière systématique, à « *annuler, rapporter ou réformer les décisions [...] juridictionnelles [nationales]* »¹⁰⁵⁰, ces actions relevant exclusivement du ressort du juge national.

Dans l'accomplissement de sa mission de veiller au respect des dispositions de la Convention, la Cour n'est pas non plus compétente pour « *substituer [sa] propre appréciation*

¹⁰⁴⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*

¹⁰⁴⁷ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 210.

¹⁰⁴⁸ V. par exemple CourEDH, 2 avr. 2009, *Vassiliadis c. Grèce*, req. n° 32086/06, § 29 et CourEDH, 24 nov. 1994, *Kemmache c. France (N°3)*, req. n° 17621/91, série A n° 296-C, § 44 ; CourEDH, 12 avr. 2011, *Adrian Constantin c. Roumanie*, req. n° 21175/03, § 20.

¹⁰⁴⁹ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 210 ; Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.*

¹⁰⁵⁰ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, *op. cit.*, p. 967.

quant à la preuve des faits »¹⁰⁵¹ à celle des juridictions nationales, ni pour « *se prononcer sur [leur] interprétation du droit interne* »¹⁰⁵².

Concernant les éléments de faits, la Cour a eu l'occasion d'affirmer qu'il ne lui revient pas « *d'apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt que telle autre [...] sinon, elle s'érigerait en juge de troisième ou quatrième instance et méconnaîtrait les limites de sa mission* »¹⁰⁵³.

En droit de l'Union, la relation entre la subsidiarité juridictionnelle et le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres est étroite dès lors que ce dernier « *participe de la fonction communautaire du juge national* »¹⁰⁵⁴. L'application du droit européen par les juridictions nationales obéit en effet aux règles et procédures de droit national¹⁰⁵⁵.

Le même mouvement de renvoi vers le niveau national peut être observé dans le contentieux de l'Union. En principe, l'appréciation des faits justifiant l'application du droit européen ainsi que l'interprétation des dispositions de droit national relèvent de la compétence des juridictions nationales, et conduisent la Cour de justice à se référer à leurs décisions¹⁰⁵⁶.

Cette subsidiarité juridictionnelle décentralisatrice a également pour effet de réserver au juge national « *une compétence exclusive pour statuer sur l'utilité et sur l'opportunité du renvoi [préjudiciel] au regard de la solution du litige au principal* »¹⁰⁵⁷. De même,

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 704.

¹⁰⁵² *Ibid.* Et v. notamment CourEDH, 17 déc. 2013, *Perinçek c. Suisse*, req. n° 27510/08, § 66 ; CourEDH, 17 déc. 2013, *Nășui c. Roumanie*, req. n° 42529/08, § 21 ; CourEDH, 31 oct. 2013, *Janyr c. République Tchèque*, req. n° 42937/08, § 96 ; CourEDH, 13 oct. 2015, *Riza et autres c. Bulgarie*, req. n° 48555/10, § 143.

¹⁰⁵³ CourEDH, 24 nov. 1994, *Kemmache c. France (N°3)*, req. n° 17621/91, série A n° 296-C, § 44.

¹⁰⁵⁴ S. BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁵⁵ CJCE, 11 fév. 1971, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor*, aff. 39/70, *Rec.*, p. 49. V. S. BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁵⁶ CJCE, 29 nov. 1978, *Pigs Marketing Board*, aff. 83/78, *Rec.*, p. 2347 ; CJCE, 17 oct. 1995, *Leifer*, aff. C-83/94, *Rec.*, I-3231 ; CJCE, 27 fév. 1997, *Ebony Maritime*, aff. C-177/95. V. D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁵⁷ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 88.

l'appréciation de la pertinence des questions adressées à la Cour et le moment du renvoi préjudiciel lui revient¹⁰⁵⁸.

Autre illustration de cette dynamique descendante, le Professeur Jean-Claude GAUTRON relève dans les jurisprudences *Peterbroek* et *Van Schijndel* de 1995¹⁰⁵⁹ une application de la subsidiarité par la Cour de justice « *au bénéfice des juridictions nationales* »¹⁰⁶⁰. La Cour y considère qu'une règle de droit national enfermant la faculté pour le juge national d'apprécier d'office la compatibilité d'une norme nationale avec une norme communautaire dans un certain délai, est contraire au droit communautaire. Par cette affirmation, elle renforce l'autonomie procédurale nationale.

Enfin, cette lecture décentralisatrice de la subsidiarité juridictionnelle révèle un aspect tout à fait particulier de sa fonction d'articulation des compétences juridictionnelles, et plus largement des ordres juridiques qui s'enchevêtrent sur le continent européen quant à la protection des droits fondamentaux¹⁰⁶¹. Il revient en effet au juge national d'assurer une articulation cohérente de la garantie des droits de l'homme offerte par les droits de la Convention et de l'Union¹⁰⁶². Au-delà, ce renvoi vers les juridictions nationales permet de garantir le respect des diversités nationales, au fondement de l'idée subsidiaire.

2. Le respect des diversités nationales

Dans le système conventionnel. Porté par son « *objectif de proximité* »¹⁰⁶³, le principe de subsidiarité juridictionnelle favorise le respect des particularités nationales. Dans le système de la Convention, il est le garant de la diversité et du pluralisme, ce qui signifie que

¹⁰⁵⁸ V. par exemple CJCE, 14 fév. 1980, *ONPTS c. Damiani*, aff. 53/79, *Rec.*, p. 273 ; CJCE, 3 mars 1994, *Eurico Italia*, aff. C-332, 333 et 335/92, *Rec.*, p. I-711.

¹⁰⁵⁹ CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroek*, aff. C-312/93, *Rec.* I-4599 et *Van Schijndel*, aff. C-430 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705.

¹⁰⁶⁰ J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁶¹ A. DA FONSECA, L. LASNIER, A. LOUBEYRE, S. PROSPER, L. RICHEFEU, C. SAUMAGNE, M.-B. VENENCIE, « Le pouvoir juridictionnel dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : un espace pour quel(s) juge(s) ? », *RTD eur.*, 2015, pp. 544 et s.

¹⁰⁶² J.-M. SAUVÉ, Intervention à la Conférence « *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* », *op. cit.*

¹⁰⁶³ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 8.

« dans le respect du socle commun, chaque État adopte la mise en œuvre de ces principes à sa propre culture juridique »¹⁰⁶⁴. D'ailleurs, son corollaire, la doctrine jurisprudentielle de la marge nationale d'appréciation, peut être considéré comme « une traduction de la diversité des cultures européennes »¹⁰⁶⁵.

Le Président Robert SPANO établit clairement ce lien entre subsidiarité et préservation des diversités nationales lorsqu'il explique que « *par sa nature, le principe de subsidiarité est une manifestation expresse du caractère diversifié de la mise en œuvre des garanties des droits de l'homme au niveau national* »¹⁰⁶⁶. La mobilisation de la subsidiarité juridictionnelle permet en effet aux diversités nationales de s'exprimer, dans la limite des standards minimum dont le franchissement est sanctionné par la Cour européenne. Ce respect des particularités nationales est essentiel dans la mesure où « *il peut parfaitement y avoir différentes réponses à des affaires portant sur les droits de l'homme fondées sur des faits similaires dans des États différents* »¹⁰⁶⁷, sans pour autant compromettre l'harmonisation impulsée à Strasbourg.

Dans l'ordre juridique de l'Union européenne. La préservation des particularités du niveau national est également l'une des manifestations de la subsidiarité juridictionnelle dans l'Union européenne, traduite par l'autonomie procédurale reconnue aux juges nationaux par la Cour de justice¹⁰⁶⁸. Le juge de Luxembourg a effectivement affirmé de longue date qu'« *en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les*

¹⁰⁶⁴ J.-M. SAUVÉ, Intervention à la Conférence « *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* », *op. cit.*

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶⁶ R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, 0, pp. 1-16. Traduction libre de l'auteur. Propos originaux : « *by its nature, the principle of subsidiarity is an express manifestation of the diversified character of the implementation of human rights guarantees at national level* ».

¹⁰⁶⁷ Lord JUSTICE LAWS, Contribution to the Hamlyn Lectures, 2013, cité par R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *op. cit.* Traduction libre de l'auteur. Propos originaux : « *[there] may perfectly be different answers to some human rights issues in different States on similar facts* ».

¹⁰⁶⁸ Sur cette question, v. G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *op. cit.*

*modalités procédurales destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire »*¹⁰⁶⁹.

« *Fortement aménagée* »¹⁰⁷⁰ par le juge de l'Union, l'autonomie des juridictions nationales n'a toutefois jamais été remise en cause¹⁰⁷¹. Elle concerne particulièrement les voies de recours, dès lors que « *les traités n'ont pas entendu créer devant les juridictions étatiques des voies de droit autres que celles établies par le droit national* »¹⁰⁷². Sa raison d'être est à rechercher dans le souci « *d'éviter une ingérence excessive [du juge de l'Union] dans l'organisation juridictionnelle et procédurale des États membres* »¹⁰⁷³.

La Cour de justice a très tôt dégagé le principe de primauté du droit de l'Union sur l'ensemble du droit des États membres, dont la mise en relation avec l'autonomie procédurale n'est pas nécessairement évidente. Ces deux principes, « *antagonistes mais complémentaires* »¹⁰⁷⁴, doivent être « *mis en balance par les juridictions nationales* »¹⁰⁷⁵ afin de trouver un point d'équilibre. La subsidiarité juridictionnelle doit à cet égard contribuer à leur conciliation, en ce qu'elle traduit « *la recherche d'un équilibre (certes mouvant, mobile) entre d'un côté l'autonomie procédurale et de l'autre l'efficacité du droit communautaire* »¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁶⁹ V. principalement CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et 45/76, *Rec.*, pp. 1989 et 2043. Pour une analyse, v. M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen. Du marché intérieur à la coopération civile*, *op. cit.*, p. 292.

¹⁰⁷⁰ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁷¹ Sur cette question, v. O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national. Preliminary ruling procedure and margin of appreciation of the national judge*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 159-182.

¹⁰⁷² G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *op. cit.*, p. 136.

¹⁰⁷³ D. SIMON et A. BARAV, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », *op. cit.*, p. 169 ; M. WATHELET, « La répétition des montants payés en violation du droit communautaire », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico MANCINI*, Giuffrè, 1998, p. 1033.

¹⁰⁷⁴ L. DUBOIS, « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA*, 1992, spéc. p. 9.

¹⁰⁷⁵ M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, *Rapport de la Cour de justice des Communautés européennes*, Conférence des Cours constitutionnelles européennes, XII^{ème} Congrès, Bruxelles, 14-16 mai 2002, p. 14.

¹⁰⁷⁶ F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *op. cit.*, p. 97.

Ces quelques éléments, s'ils ne prétendent pas à l'exhaustivité, illustrent le mouvement de décentralisation animé par la subsidiarité juridictionnelle. Il a consisté, pour les juges de Strasbourg et de Luxembourg, à laisser à l'appréciation du juge national les éléments qui, dans le cadre de la résolution d'un litige, relèvent de sa fonction de juge européen de droit commun. Principe dual, la subsidiarité juridictionnelle connaît également le mouvement inverse, qui peut être qualifié d'*ascendant* ou de *centralisateur*.

B. La « lecture centralisatrice »¹⁰⁷⁷ de la subsidiarité juridictionnelle

À l'heure d'observer le mouvement ascendant impulsé par la subsidiarité juridictionnelle, il faut garder à l'esprit que l'objectif de la construction européenne est la réalisation d'une « *union plus étroite* »¹⁰⁷⁸ entre les partenaires européens.

Cet objectif ultime – celui de l'intégration¹⁰⁷⁹ – suppose que les juridictions supranationales veillent à la « *sauvegarde de l'unité, de l'efficacité et du développement* »¹⁰⁸⁰ des ordres juridiques européens (2). Il tend ainsi naturellement vers une certaine centralisation du contrôle au niveau des juridictions européennes (1).

1. La centralisation vers les juridictions européennes

La nécessité de l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme est le moteur de l'émergence d'un droit commun des droits de l'homme et la garante de l'harmonisation de la protection des droits fondamentaux en Europe. Son action prend en compte « *les aspirations contradictoires à l'unité et à la diversité* »¹⁰⁸¹, l'objectif étant de trouver un équilibre entre l'affirmation de l'internationalisme et l'autonomie de l'ordre juridique européen d'une part, et le nécessaire

¹⁰⁷⁷ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁷⁸ V. Préambule du TUE, alinéa 13 dont la formule est « *une union sans cesse plus étroite* » ; et Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, alinéa 4.

¹⁰⁷⁹ À propos du processus d'intégration initié par la Convention européenne des droits de l'homme, v. J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, *op. cit.*, p. 43. Concernant l'ordre juridique de l'Union européenne, v. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 100 p.

¹⁰⁸⁰ P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁸¹ S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », *op. cit.*, p. 8.

respect des diversités nationales d'autre part¹⁰⁸². La notion qu'il faut observer ici est bien celle d'harmonisation des droits, qui est une « *méthode visant à rapprocher des systèmes différents sans toutefois chercher à les unifier* »¹⁰⁸³. L'objectif d'harmonisation « *inclut l'objectif d'intégration mais se limite à une intégration imparfaite dont la clé est la préservation des marges nationales* »¹⁰⁸⁴.

Se remarque un « *constant mouvement de balancier [...] dans la politique jurisprudentielle de la Cour entre d'une part le souci d'assurer un équilibre entre les droits fondamentaux de l'individu et d'autre part l'intérêt général de la collectivité, le tout dans le respect du principe de subsidiarité* »¹⁰⁸⁵. La Cour l'explique lorsqu'elle souligne qu'« *il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble* »¹⁰⁸⁶. Le Professeur Béatrice PASTRE-BELDA considère pour sa part qu'il s'agit « *pour le juge européen de trouver un équilibre entre le respect du caractère subsidiaire du système conventionnel et l'objectif inscrit dans le préambule de la Convention de réaliser "une union plus étroite" entre les États membres* »¹⁰⁸⁷. La subsidiarité juridictionnelle autorise alors la Cour à intervenir chaque fois que nécessaire afin de réaliser ce que le juge national « *serait incapable de faire seul* »¹⁰⁸⁸.

La nécessité de l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette indispensable conciliation entre « *deux ensembles de valeurs en concurrence : d'une part le respect des règles internes et de la diversité, et d'autre part le respect des principes communs incorporant, dans le processus de décision, les intérêts qui sont exclus de manière formelle et limitent la souveraineté nationale* »¹⁰⁸⁹ est en partie opérée par le principe de subsidiarité juridictionnelle lorsqu'il vient justifier l'intervention du juge de l'Union. Le juge Antonio

¹⁰⁸² *Ibid.*, p. 9.

¹⁰⁸³ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁰⁸⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, Dalloz, 2006, n°14, p. 954.

¹⁰⁸⁵ O. JACOT-GUILLARMOD, « Présentation générale », *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁸⁶ V. notamment CourEDH, *Powell et Rayner*, 21 fév. 1990, Série A, n° 172, p. 18, § 41.

¹⁰⁸⁷ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 253.

¹⁰⁸⁸ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁸⁹ S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », *op. cit.*, p. 16.

TIZZANO le rappelle : « *l'attribution de compétence à la Cour vise à assurer l'unité et la cohérence intrinsèque du corps normatif commun et sa capacité à "résister" face aux particularités des systèmes nationaux* »¹⁰⁹⁰. Son intervention est ainsi « *indispensable* »¹⁰⁹¹ pour préserver l'uniformité de l'application du droit dès lors que cet objectif, nécessaire à la pérennité de l'ordre juridique de l'Union, ne peut être atteint par les juridictions des États membres.

Ayant permis à la Cour de « *développer les caractéristiques essentielles* »¹⁰⁹² de l'ordre juridique de l'Union, la compétence préjudicielle révèle parfaitement cet état de fait, d'autant qu'elle est « *un mécanisme [...] relativement novateur* »¹⁰⁹³ contribuant également à la garantie de l'application uniforme du droit de l'Union.

La tâche de mise en commun et de préservation de l'autonomie des ordres juridiques européens ne peut être accomplie que par « *les juridictions [européennes] centrales* »¹⁰⁹⁴. Elle a ainsi pour conséquence de voir s'illustrer la subsidiarité juridictionnelle dans son versant ascendant, cette « *lecture "centralisatrice" ou "centripète" appelant et justifiant l'intervention du juge [européen] stricto sensu, si et dans la mesure où la pleine application du droit [européen] l'exige* »¹⁰⁹⁵.

2. La sauvegarde de l'unité européenne

L'objectif d'intégration européenne. Les Préambules des traités européens mentionnent clairement l'objectif d'intégration de la construction européenne. Le quatrième alinéa du Préambule de la Convention indique que « *le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres* », tandis que le Préambule du traité sur l'Union européenne affirme que les États sont « *résolus à poursuivre le processus créant une*

¹⁰⁹⁰ A. TIZZANO, « La Cour de justice et la réalisation de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 512.

¹⁰⁹¹ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁹² A. TIZZANO, « La Cour de justice et la réalisation de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 509.

¹⁰⁹³ M. STRUYS, « Le rôle des juridictions nationales dans le contentieux communautaire des aides d'État », *op. cit.*, p. 287.

¹⁰⁹⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁹⁵ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 85.

*union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »*¹⁰⁹⁶. L'adoption de la Convention autant que l'instauration des Communautés ont « *inauguré un processus d'intégration irréversible [...] qui n'a cessé de s'amplifier au fil du temps »*¹⁰⁹⁷.

Dès lors, « *l'instauration d'un équilibre entre compétences européennes et nationales »*¹⁰⁹⁸ est une préoccupation majeure. Les auteurs de la Convention européenne autant que les Pères fondateurs des Communautés étaient animés par un « *double souci »*¹⁰⁹⁹, tenant à la fois à la préservation du champ d'action des États membres et de leurs diversités nationales¹¹⁰⁰ et à la poursuite de l'intégration par l'intervention des institutions européennes.

Les vertus de la subsidiarité juridictionnelle. L'idée subsidiaire concentre en son sein ces deux « *exigences à la fois paradoxales et complémentaires »*¹¹⁰¹. Elle suggère une action le plus près possible du citoyen, en ce sens que l'autonomie de l'échelon le plus bas doit être préservée tant que ce dernier est capable d'accomplir les objectifs poursuivis. Il ne faut cependant pas oublier que l'idée subsidiaire est « *à double détente, [et doit] aussi servir à rappeler les exigences d'un intérêt général commun, lequel a été la raison première de la mise en marche du processus européen »*¹¹⁰².

Le Professeur David SZYMCZAK, à propos de l'ordre juridique de la Convention, résume la place centrale occupée par la subsidiarité dans la recherche d'un équilibre entre les divers impératifs sous-tendus par la construction européenne lorsqu'il déclare que la « *question essentielle »*¹¹⁰³ est celle d'« *un subtil équilibrage à trouver entre des forces centripètes et des forces centrifuges, entre les désirs d'efficacité et d'autonomie, entre la volonté d'assurer une*

¹⁰⁹⁶ Préambule du TUE, alinéa 13.

¹⁰⁹⁷ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., p. 43.

¹⁰⁹⁸ J. RIDEAU, « Compétences et subsidiarité dans l'Union européenne et les Communautés européennes », op.cit., p. 629.

¹⁰⁹⁹ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », op. cit., p. 8.

¹¹⁰⁰ V. le deuxième axe de travail retenu lors du colloque organisé par l'IDEDH, « Le débordement d'un principe de préservation des diversités nationales », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit.

¹¹⁰¹ C. MILLON-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, op. cit., p. 106.

¹¹⁰² *Ibid.*, p. 96.

¹¹⁰³ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », op. cit., p. 17.

*certaine unité, tout en s'efforçant de préserver la diversité »*¹¹⁰⁴. Or la subsidiarité juridictionnelle « *a justement pour vocation de se saisir de cette antinomie pour permettre d'en assumer convenablement les contradictions »*¹¹⁰⁵.

Dans l'ordre juridique de l'Union, « *l'intervention - subsidiaire – de la Cour de justice [est] indispensable [car elle répond à] l'exigence d'uniformité dans l'application du droit communautaire qui a commandé l'entremise de la Cour de justice pour tempérer la liberté des juges internes »*¹¹⁰⁶. La Cour est en effet la seule à même de veiller à l'unité d'application et d'interprétation du droit de l'Union. Ce rôle dont elle est investie par les traités *via* ses compétences d'attribution est nécessaire à la garantie de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, et ne peut être efficacement accompli que par elle, eu égard à la dimension supranationale de l'objectif à atteindre¹¹⁰⁷. Le principe de subsidiarité juridictionnelle, renvoyant aux attributions de la Cour de justice, apparaît ainsi comme un élément moteur dans l'accomplissement de « *l'objectif d'intégration »*¹¹⁰⁸. Il l'est également à un autre titre, dans la mesure où le juge national, « *en appliquant les traités et le droit dérivé créé par les institutions communautaires, [...] participe nécessairement à la finalité d'intégration »*¹¹⁰⁹.

Observé lors de la mise en œuvre de leurs compétences par les juridictions européennes, le principe de subsidiarité juridictionnelle révèle son caractère éminemment dynamique. Faisant l'objet d'une double lecture, celui-ci justifie tantôt le renvoi vers le contrôle du juge national, tantôt l'intervention du juge européen. Ce double mouvement de décentralisation/centralisation¹¹¹⁰ du contrôle juridictionnel tend à mettre en balance deux objectifs essentiels et *a priori* contradictoires de l'intégration européenne que sont la préservation des diversités nationales et la favorisation de l'unité européenne. Par ailleurs, si

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ C. MILLON-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 117.

¹¹⁰⁶ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 60.

¹¹⁰⁷ La reprise ici du lexique de l'article 5, § 3 TUE relatif au principe de subsidiarité, est volontaire.

¹¹⁰⁸ K. LENAERTS & P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁰⁹ G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *op. cit.*, p. 133.

¹¹¹⁰ Pour des réflexions sur cette dialectique à propos du principe de subsidiarité, v. J.-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *op. cit.*

le principe de subsidiarité juridictionnelle envisagé en tant que principe guidant la répartition des compétences juridictionnelles relève clairement de la science politique¹¹¹, il semblerait que dans cette seconde fonction, au cœur de l'exercice des compétences, son étude soit pleinement ancrée dans la science juridique.

§ 2. Un principe relevant de la science juridique

Envisager le principe de subsidiarité juridictionnelle dans sa fonction de régulation des compétences permet d'observer qu'il s'inscrit au cœur du processus juridictionnel **(A)**. Cela permet de s'assurer du caractère juridique de l'étude qui s'y rapporte, pour aller jusqu'à le qualifier de principe directeur du droit européen **(B)**.

A. Une intervention dans la mise en œuvre des compétences juridictionnelles

Le principe de subsidiarité juridictionnelle se manifeste à l'occasion de l'exercice de leurs compétences par les juridictions européennes. Il irrigue en effet l'ensemble des jurisprudences européennes **(1)**, dans lesquelles il est matérialisé au travers de différents instruments juridiques **(2)**.

1. Un principe au cœur de la jurisprudence européenne

Un principe souvent rappelé par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de subsidiarité est constamment rappelé. Bien que la Cour ne distingue pas entre le principe de subsidiarité et sa déclinaison particulière qu'est le principe de subsidiarité juridictionnelle – seuls les termes *subsidiarité* et *principe de subsidiarité* étant mentionnés dans sa jurisprudence –, une lecture attentive des décisions rendues permet néanmoins de prendre la mesure de la mobilisation de la subsidiarité juridictionnelle par le juge de Strasbourg.

De manière indirecte tout d'abord, dans la mesure où référence était faite au concept de subsidiarité sans que ce dernier ne reçoive pour autant de la part du juge de la Convention la

¹¹¹¹ V. *Supra*, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 2.

qualification de principe, la Commission a affirmé que « *la Convention assigne un rôle avant tout subsidiaire au mécanisme de garantie collective qu'elle instaure* »¹¹¹².

La Cour a, par la suite, confirmé la place centrale de la subsidiarité de son intervention dans le système conventionnel. Elle a expliqué 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* »¹¹¹³. De manière directe et typique ensuite, elle rappelle régulièrement, au titre des « *principes généraux applicables* », que « *le mécanisme de plainte devant la Cour revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme* »¹¹¹⁴, en déduisant cette subsidiarité principalement des articles 13 et 35, paragraphe 1, ou 1 et 19 de la Convention¹¹¹⁵.

Bien que l'expression exacte de *principe de subsidiarité juridictionnelle* soit absente de son langage, c'est bien à ce dernier que la Cour européenne des droits de l'homme fait sans cesse référence lorsqu'elle affirme le caractère subsidiaire de son intervention par rapport à celle des juridictions nationales.

Un principe implicitement consacré par la Cour de justice de l'Union européenne.

Le cas du juge de l'Union est nettement plus ambigu, ce dernier ne mobilisant pas explicitement la subsidiarité à l'égard de l'articulation des contrôles juridictionnels national et européen. Les références dans la jurisprudence de l'Union visent en effet le principe tel qu'il est explicitement consacré par le traité, et ne concernent donc que le principe institutionnel de

¹¹¹² ComEDH, déc., 18 déc. 1963, *De Buck et Koolen (1) c. Belgique*, req. n° 1420/62 et al., *Rec.* 13, pp. 71-91.

¹¹¹³ CourEDH, 23 juil. 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, req. n° 1474/62, série A, n° 6, § 10.

¹¹¹⁴ V. parmi une jurisprudence particulièrement fournie, v. récemment CourEDH, GC, 26 oct. 2000, *Kudła c. Pologne*, req. n° 30210/96, § 152 ; CourEDH, GC, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, req. n° 36813/97, § 140 ; CourEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 39692/09 et al., § 61 ; CourEDH, GC, 13 déc. 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07, § 77.

¹¹¹⁵ Pour une analyse chiffrée des références de la Cour européenne au principe de subsidiarité, v. L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 77-78.

subsidiarité présidant à la régulation de l'exercice des compétences non exclusives entre l'Union et ses États membres¹¹¹⁶.

L'observation de la jurisprudence de la Cour permet toutefois de se rendre compte de son importance dans l'exercice des compétences juridictionnelles. Elle a en effet très solennellement reconnu, dans son *avis 1/09*¹¹¹⁷, le rôle du juge national en tant que « *juges de "droit commun" de l'ordre juridique de l'Union* »¹¹¹⁸. L'un des versants de la subsidiarité juridictionnelle est donc clairement établi par le juge de l'Union lui-même.

Le caractère subsidiaire de l'intervention du juge de Luxembourg se manifeste également au travers de la procédure du renvoi préjudiciel. Dans les réponses qu'il livre aux juges nationaux, il insiste sur leur rôle principal dans le contrôle de l'application du droit de l'Union. Si la subsidiarité juridictionnelle n'est pas nommée, elle apparaît clairement en filigrane dans de nombreux arrêts préjudiciels. L'un des exemples les plus « *intéressants* »¹¹¹⁹ à cet égard est la jurisprudence sur les jeux de hasard.

Dans de nombreux arrêts, la Cour de justice renvoie en effet le soin aux juridictions nationales de « *vérifier si la réglementation nationale répond véritablement à l'objectif invoqué par le gouvernement* », de « *vérifier si ces restrictions satisfont aux conditions qui ressortent de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne leur proportionnalité* », d'identifier « *[l]es objectifs effectivement poursuivis par la réglementation nationale* », de « *vérifier si les restrictions imposées par l'État membre concerné satisfont aux conditions qui ressortent de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne leur proportionnalité* » et enfin

¹¹¹⁶ Pour quelques exemples récents, v. CJUE, 14 janv. 2016, *Vodafone GmbH c. Bundersrepublik Deutschland*, C-395/14, pt. 54 ; CJUE, 4 mai 2016, *République de Pologne c. Parlement et Conseil*, C-358/14, pts. 105 à 126 ; CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox38 Ltd. c. Secretary of State for Health*, C-477/14, pts. 142 à 151. CJUE, 4 mai 2016, *British American Tobacco c. Secretary of State for Health*, C- 547/14, pts. 214 à 228 ;

¹¹¹⁷ CJUE, 8 mars 2011, *avis 1/09*, *Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Jurisdiction du brevet européen et du brevet communautaire*, *Rec.*, p. I-1137.

¹¹¹⁸ Point 80 de l'*avis 1/09*.

¹¹¹⁹ Entretien avec le juge Jean-Claude BONICHOT, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

d' « effectuer une appréciation globale des circonstances entourant l'adoption et la mise en œuvre d'une réglementation restrictive »¹¹²⁰.

Alors même que le mot n'est pas écrit, c'est bien l'idée de subsidiarité juridictionnelle qui transparaît de la jurisprudence de la Cour de justice de dès lors que l'intervention du juge national apparaît comme étant la principale et celle du juge de l'Union subsidiaire¹¹²¹. Le Professeur Denys SIMON voit d'ailleurs dans l'arrêt *SIA Garkains*¹¹²² « le souci de "subsidiarité juridictionnelle descendante" qui caractérise la position du juge de l'Union »¹¹²³.

Outre sa mobilisation générale par les juges de la Convention et de l'Union, la teneur juridique du principe de subsidiarité juridictionnelle lorsqu'envisagé en tant que principe régulateur des compétences prend forme avec l'analyse des instruments juridiques qui l'incarnent.

2. Un principe matérialisé par des instruments juridiques

Une nature juridique discutable. Lorsque le principe de subsidiarité juridictionnelle est mobilisé dans la mise en œuvre des compétences, il est incarné de manière tout à fait concrète par des éléments procéduraux et substantiels. En effet, « la subsidiarité [...] inspire [...] un certain nombre de règles qui peuvent contribuer à une meilleure articulation entre les ordres juridiques »¹¹²⁴, et tel est le cas à propos des manifestations concrètes de la subsidiarité

¹¹²⁰ V., pour une lecture croisée, notamment : CJCE, *Gambelli*, 6 nov. 2003, C-243/01 ; CJCE, *Placanica*, 6 mars 2007, C-338/04 ; CJCE, *Santa Casa*, 8 sept. 2009, C-42/07 ; CJCE, *CEZ*, 27 oct. 2009, C-115/08 ; CJUE, *Sporting Exchange Ltd*, 3 juin 2010, C-203/08 ; CJUE, *Winner Witten*, 8 sept. 2010, C-409/06 ; CJUE, *Engelmann*, 9 sept. 2010, C-64/08 ; CJUE, *Zeturf*, 30 juin 2011, C-212/08 ; CJUE, *Ömer*, 15 sept. 2011, C-347/09 ; CJUE, *Costa et Cifone*, 16 fév. 2012, C-72/10 et 77/10 ; CJUE, *Football Dataco e.a.*, 1 mars 2012, C-604/10 ; CJUE, *Stanleybet International e.a.*, 24 janv. 2013, C-186/11 et 209/11 ; CJUE, *Biasci*, 12 sept. 2013, C-660/11 et 8/12 ; CJUE, *Pfleger e. a.*, 30 avril 2014, C-390/12. CJUE, *Digibet*, 12 juin 2014, C-156/13 ; Trib.UE, *Dansk Automat*, 26 sept. 2014, T-601/11 ; CJUE, *Blanco et Fabretti*, 22 oct. 2014, C-344/13 et C-367/13.

¹¹²¹ F. MARTUCCI, « L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », *op. cit.*, p. 38. L'auteur considère que la jurisprudence relative aux jeux de hasard est une illustration de la mise en œuvre de la subsidiarité juridictionnelle.

¹¹²² CJUE, 19 juil. 2012, *SIA Garkains*, C-470/11.

¹¹²³ D. SIMON, « Jeux de hasard », *Europe*, oct. 2012, n° 10, comm. 387.

¹¹²⁴ J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », *op. cit.*, p. 52.

juridictionnelle. Bien que la nature juridique des seconds puisse être discutée, l'ensemble des éléments relève sans aucun doute de l'analyse propre à la science juridique.

La nature juridique des concrétisations textuelles de la subsidiarité juridictionnelle a en effet préalablement été démontrée¹¹²⁵. La juridicité de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, ainsi que du droit à un recours effectif et à une protection juridictionnelle effective ne peut être contestée dès lors que ces derniers remplissent les trois critères déterminants que sont la positivité, l'impérativité et la justiciabilité. Ce sont dès lors des indicateurs indiscutables du fait que l'étude de la subsidiarité juridictionnelle relève dans ce cadre de la science juridique.

Il a cependant été observé que la juridicité des concrétisations jurisprudentielles, principalement la marge d'appréciation accordée aux juridictions nationales¹¹²⁶, n'est pas avérée dans la mesure où leur justiciabilité n'est pas certaine.

Une analyse relevant de la science juridique. Bien que la nature proprement juridique de la marge d'appréciation des juridictions nationales ne soit pas établie de façon certaine du fait du caractère contingent de certains critères théoriques, il n'en demeure pas moins que son intervention s'inscrit pleinement dans un processus juridique. D'origine prétorienne, les notions voisines de *marge nationale d'appréciation* et de *marge d'appréciation du juge national* sont convoquées par les Cours pour s'insérer dans un raisonnement juridique et guider leur contrôle juridictionnel. Ces notions expriment la préoccupation portée par le juge européen à la subsidiarité de son intervention et s'inscrivent pleinement dans l'accomplissement de leur fonction.

Mobilisées à l'occasion d'un raisonnement juridique mené par des juridictions dans la mise en œuvre de leurs compétences à l'égard d'autres juridictions, ces notions s'inscrivent indiscutablement dans un processus relevant du droit, en dehors duquel elles n'existent d'ailleurs pas. Dès lors, la question de savoir si elles remplissent ou non les critères théoriques

¹¹²⁵ V. *Supra*, Partie I, Titre I, Ch. 2, Section 2, § 2.

¹¹²⁶ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », *op. cit.*.

définissant la nature juridique des principes ou des normes, si elle était cruciale dans l'identification de la nature du principe de subsidiarité juridictionnelle, importe peu ici.

Il est ainsi utile d'observer le contraste quant aux implications de la subsidiarité juridictionnelle selon la fonction qu'elle remplit. Lorsque le principe préside à la répartition des compétences entre les juridictions nationales et européennes, il doit être recherché dans la volonté subjective des négociateurs des traités et relève à ce titre de la science politique. À l'inverse, lorsque la subsidiarité juridictionnelle intervient pour réguler l'exercice de leurs compétences par les juridictions, elle s'inscrit pleinement dans un processus juridique.

B. Un principe directeur du droit européen

Dans sa fonction de régulation de l'exercice des compétences juridictionnelles, le principe de subsidiarité juridictionnelle fait donc partie intégrante de l'analyse juridique. Si l'identification de la juridicité du principe laissait perdurer quelques doutes d'un point de vue théorique, principalement au regard des critères d'impérativité et de justiciabilité, il n'en reste pas moins que ce dernier peut revêtir une « *signification et une portée juridique* »¹¹²⁷ et correspondre à la qualification de *principe directeur*.

Il est alors opportun d'exclure les autres qualifications qui semblent s'en rapprocher **(1)**, avant de déterminer dans quelle mesure le principe de subsidiarité juridictionnelle s'apparente à un principe directeur du droit européen **(2)**.

1. L'éviction des autres qualifications

Le rejet de la qualification de principe général du droit. Le Professeur Franck MODERNE décrit les principes généraux du droit selon une double légitimité, fonctionnelle et organique¹¹²⁸. Selon lui, ces derniers participent à la cohérence de l'ordre juridique autant qu'ils viennent combler les lacunes du droit. Enfin, du point de vue organique, ces derniers émanent du juge.

¹¹²⁷ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 244.

¹¹²⁸ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, pp. 722 et s.

La subsidiarité juridictionnelle semble bien participer de la cohérence au sein des ordres juridiques nationaux et européens en ce qu'elle organise l'exercice des compétences juridictionnelles qui s'y enchevêtrent¹¹²⁹. Il n'apparaît cependant pas qu'elle intervienne pour combler une quelconque lacune du droit ni même qu'elle soit l'œuvre du juge. Elle précède le droit et n'a aucunement été découverte par le juge. Il ressort de ces éléments que le principe de subsidiarité juridictionnelle ne peut être assimilé à un principe général du droit.

La possible qualification de principe fondateur. Si l'on s'attache au caractère fondamental de la subsidiarité juridictionnelle, en ce qu'elle fait partie des principes « *sans lesquels l'armature de la construction s'effondrerait* »¹¹³⁰, il est tentant de la qualifier de principe fondateur. C'est d'ailleurs une qualification largement reprise à l'égard du principe de subsidiarité, tant envisagé dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹³¹, que dans le droit de l'Union européenne¹¹³². Jean-Marc SAUVÉ qualifie notamment le principe de subsidiarité de « *"clef de voûte" de l'ensemble du système européen de protection des droits de l'homme* »¹¹³³.

La subsidiarité juridictionnelle pourrait en effet être considérée comme un principe fondateur dans la mesure où cette dernière est « *inhérent[e] à la nature spécifique* »¹¹³⁴ de la construction européenne et « *inhérent[e] à l'exercice de la fonction judiciaire* »¹¹³⁵. En tant que principe régulateur des compétences juridictionnelles, c'est toutefois le qualificatif de *principe directeur* qui paraît le plus approprié pour décrire la subsidiarité juridictionnelle.

¹¹²⁹ A. DA FONSECA, L. LASNIER, A. LOUBEYRE, S. PROSPER, L. RICHEFEU, C. SAUMAGNE, M.-B. VENENCIE, « Le pouvoir juridictionnel dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : un espace pour quel(s) juge(s) ? », *op. cit.*, pp. 544 et s.

¹¹³⁰ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, De Boeck Université, 3^{ème} éd., 2001.

¹¹³¹ V. par ex. F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour EDH. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *op. cit.*, p. 1914 ; B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 1-14.

¹¹³² V. par ex. D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 295 ; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, *op. cit.*

¹¹³³ J.-M. SAUVÉ, Intervention à la Conférence « *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* », *op. cit.*

¹¹³⁴ D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 295.

¹¹³⁵ *Ibid.*, p. 299.

2. La qualification retenue de principe directeur

L'analogie avec le principe de subsidiarité. Définis comme des éléments participant à la « *régulation "globalisée" à des échelons supérieurs à ceux des États contemporains* »¹¹³⁶, les principes directeurs servent également à « *maintenir les liens entre les réseaux [...] et assurer leur cohésion et leur articulation minimales, gage de l'efficacité pratique du droit dans son ensemble* »¹¹³⁷. Le Professeur Franck MODERNE classe ainsi le principe de subsidiarité parmi ces principes qui constituent « *le noyau dur d'un droit constitutionnel européen alimenté par [...] l'histoire même des sociétés du vieux continent* ». Laurèn AUDOUY le qualifie également de « *principe directeur du droit européen* »¹¹³⁸. La doctrine communautariste identifie également un principe *directeur* de subsidiarité¹¹³⁹.

La qualification de principe directeur de la subsidiarité juridictionnelle. Le principe de subsidiarité juridictionnelle pourrait également satisfaire à cette définition dès lors que guidant le contrôle des juridictions européennes et nationales depuis les origines de l'intégration européenne, il s'impose comme l'une des « *poutres maîtresses de tout l'édifice juridique* »¹¹⁴⁰. Permettant une articulation des compétences juridictionnelles nationales et européennes, la subsidiarité juridictionnelle occupe une place non négligeable dans l'« *armature de la pensée juridique* »¹¹⁴¹ et se présente comme un « *élément fédérateur* »¹¹⁴² participant au rapprochement des ordres juridiques européens et nationaux.

En ce qu'il participe à la cohérence et à la coordination des différents niveaux de contrôle, le principe de subsidiarité juridictionnelle peut recevoir le titre de principe directeur

¹¹³⁶ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, pp. 722 et s.

¹¹³⁷ *Ibid.*

¹¹³⁸ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 131 et s. Pour une identification du principe de subsidiarité en tant que principe directeur en droit de la Convention européenne des droits de l'homme ; v. également L.-E. PETTITI, « Réflexions sur les principes et mécanismes de la Convention », *op. cit.*, p. 28 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 194.

¹¹³⁹ V. notamment V. CONSTANTINESCO, « La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne », *op. cit.*, p. 444 ; F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 38 ; K. SCHELTER, « La subsidiarité, principe directeur de la future Europe », *RMC*, 1991, pp. 138-141.

¹¹⁴⁰ J.-L. BERGEL, *Théorie général du droit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, pp. 112 et s.

¹¹⁴¹ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Éd. du Seuil, 1994, p. 131.

¹¹⁴² *Ibid.*

en droit européen, « *la vertu première des principes directeurs [étant] peut-être dans leur aptitude à rapprocher les systèmes juridiques différents sans pour autant imposer l'unification des règles* »¹¹⁴³. Dès lors, si la subsidiarité juridictionnelle peut être classée parmi les principes fondateurs, elle semble cependant dépasser ce concept principalement attaché à la fundamentalité du principe dans le système juridique dans lequel il s'inscrit¹¹⁴⁴, pour se révéler plus largement en tant que *principe directeur du droit européen*.

Revenu à une conception plus « *étroite* »¹¹⁴⁵ - plus classique - de la subsidiarité juridictionnelle, il a été observé que lorsque le principe est envisagé comme régulateur des compétences juridictionnelles, il a vocation à guider le contrôle juridictionnel et révèle alors tout son dynamisme. Véritable cheville d'articulation des contrôles juridictionnels des niveaux national et européen, il oscille alors entre une lecture décentralisatrice ou centralisatrice du contentieux européen. Ce dynamisme trouve son origine dans la réversibilité du principe. Il permet ainsi à la subsidiarité juridictionnelle de pleinement contribuer à « *assurer une articulation verticale* »¹¹⁴⁶ des compétences juridictionnelles.

Il a par ailleurs été relevé que le principe de subsidiarité juridictionnelle et le principe de subsidiarité ont en commun leur caractère dynamique¹¹⁴⁷ lorsqu'ils interviennent pour réguler les compétences. Il s'avère, en outre, qu'envisagé sous l'angle de cette fonction de régulation, l'étude du principe de subsidiarité juridictionnelle s'inscrit indiscutablement dans la science juridique. Ce dernier intervient en effet au moment de l'exercice de leurs compétences par les juridictions, et se manifeste comme un principe directeur du droit européen. Là encore, le rapprochement avec le principe de subsidiarité est évident en ce que ce dernier est également

¹¹⁴³ *Ibid.*, pp. 134 et 135.

¹¹⁴⁴ La fundamentalité est l'un des éléments de définition du principe directeur. V. à ce sujet L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Études offertes à Jacques NORMAND, Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 83.

¹¹⁴⁵ M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁴⁶ M. VERDUSSEN, E. WILLEMART, « Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », *op. cit.*, spéc. p. 254.

¹¹⁴⁷ Sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité, v. notamment J.-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *op. cit.*, 07-140 ; J. VERHOEVEN, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 381 et s. ; F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, *op. cit.*, pp. 41 et s.

appréhendé comme tel dans les ordres juridiques européens. La fonction de régulation du principe de subsidiarité juridictionnelle ne se limite cependant pas à l'articulation des compétences. Au-delà, riche de ses « *deux faces* »¹¹⁴⁸, il constitue un véritable principe d'ajustement des compétences des différentes juridictions veillant au respect du droit européen.

¹¹⁴⁸ En référence à l'intitulé du Séminaire : *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015.

SECTION 2. UN PRINCIPE PERMETTANT L'AJUSTEMENT DES

COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

Au cœur de l'exercice du contrôle opéré par les juridictions européennes, la subsidiarité juridictionnelle intervient comme une variable d'ajustement. Par le biais des instruments prétoriens développés afin de matérialiser le souci du respect de la subsidiarité du contrôle européen, elle est variablement utilisée pour justifier la mise en retrait du juge européen ou pour légitimer son intervention en fonction des circonstances de chaque espèce (§ 1).

Par nature source de flexibilité et dépourvue de prescriptions hiérarchiques, la subsidiarité juridictionnelle semble favoriser cet ajustement des compétences juridictionnelles entre les différents niveaux dans une démarche collaborative. Elle participe ainsi au développement harmonieux des relations entre les systèmes juridictionnels s'enchevêtrant dans le même espace¹¹⁴⁹ (§ 2).

§ 1. Les variations du contrôle juridictionnel permises par la subsidiarité juridictionnelle

Le « caractère dynamique [de la subsidiarité juridictionnelle] dès lors que le niveau auquel il convient d'agir – étatique ou européen – dépend de l'efficacité de l'action en cause et partant, est fonction des circonstances »¹¹⁵⁰. De ces circonstances découlent des variations quant à l'exercice de leur contrôle par les Cours européennes.

¹¹⁴⁹ V. A. DA FONSECA, L. LASNIER, A. LOUBEYRE, S. PROSPER, L. RICHEFEU, C. SAUMAGNE, M.-B. VENENCIE, « Le pouvoir juridictionnel dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : un espace pour quel(s) juge(s) ? », *op. cit.*, pp. 544 et s.

¹¹⁵⁰ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 10.

Dès lors que la subsidiarité juridictionnelle peut être « *sujette à différentes interprétations* »¹¹⁵¹, son appréhension par le juge implique des fluctuations tenant tantôt à l'objet même du contrôle (A), tantôt à l'intensité de ce dernier (B).

A. Les variations quant à l'objet du contrôle

Le jeu de la subsidiarité juridictionnelle dans le contentieux européen laisse entrevoir toute la variabilité dont cette dernière est porteuse. Elle conduit parfois à faire bouger la ligne de répartition des compétences entre juges européens et nationaux telle que prévue par les traités (1). Ces variations sont le fruit d'une mise en relief de l'objectif d'efficacité porté par l'idée subsidiaire (2).

1. Une répartition des compétences aménagée par le juge européen

Une répartition des compétences inscrite dans les traités. Conformément au principe classique d'attribution, les compétences des juges européens sont expressément énoncées dans les traités¹¹⁵². Cette répartition textuelle des compétences, guidée en amont par le principe de subsidiarité juridictionnelle, paraît figée. Les juridictions européennes n'ont en effet « *pas vocation à remplacer [leur] collègue national, dont [elles ne sont] pas l'équivalent* »¹¹⁵³. La Cour européenne ne manque d'ailleurs pas de rappeler qu'elle « *n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités internes, mais d'examiner sous l'angle de la Convention les décisions que ces autorités ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire* »¹¹⁵⁴, et plus particulièrement qu'elle n'a pas vocation à « *usurper [...] le rôle des juridictions nationales* »¹¹⁵⁵.

L'observation de l'œuvre jurisprudentielle européenne conduit pourtant à se rendre compte des variations infligées à cette répartition des compétences en apparence stabilisée par les textes. La mobilisation du principe de subsidiarité juridictionnelle par les juridictions

¹¹⁵¹ S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁵² Pour un rappel des attributions des deux juridictions, v. *Supra*, Partie 1, Titre II, Ch. 1, Section 1, § 1.

¹¹⁵³ J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁵⁴ CourEDH, GC, 4 oct. 2012, *Harroudj c. France*, req. n° 43631, § 45.

¹¹⁵⁵ CourEDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, § 79.

européennes dépasse parfois la régulation de l'exercice de leurs compétences pour emporter des conséquences sur la répartition même de ces dernières.

Une répartition des compétences aménagée par la jurisprudence. Les Cours européennes tirent parfois de la subsidiarité juridictionnelle un moyen de « *légitimer [leur] intervention [...] dans des domaines relevant en principe* »¹¹⁵⁶ des seules juridictions nationales.

Dans l'ordre juridique conventionnel, elle est parfois utilisée pour « *fonder l'obligation [des juges nationaux] de procéder d'une manière déterminée par [la Cour européenne]* »¹¹⁵⁷ dans leur mission de veiller au respect des droits conventionnels. Le juge de la Convention procède alors à une véritable « *reformulation de la répartition des compétences* »¹¹⁵⁸ entre les juridictions nationales et elle-même. Cela se traduit de manière concrète lorsqu'elle substitue son appréciation du droit interne à celle des juges nationaux¹¹⁵⁹, ou sa propre appréciation du respect du droit interne par les autorités étatiques à celles du juge national¹¹⁶⁰, ou encore sa propre appréciation des faits à celle de la juridiction nationale¹¹⁶¹.

Pour justifier le dépassement de ses compétences, la Cour de Strasbourg fait également appel à la notion de consensus européen : si elle ne constate pas de consensus au sein des États parties relatif à la question qui est portée devant elle, la subsidiarité commande de laisser au niveau national une large marge d'appréciation. Autrement dit, le juge européen reste en retrait, la subsidiarité juridictionnelle exigeant un respect des diversités nationales. Mais si elle constate un consensus des États quant à la question en cause, elle « *s'arroge la*

¹¹⁵⁶ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *Jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Paris, Mare & martin, 2013, p. 2.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 9.

¹¹⁵⁹ V. par ex. CourEDH, 25 oct. 1990, *Keus c. Pays-Bas*, req. n° 12228/86, § 28 ; CourEDH, 27 nov. 1991, *Oerlemans c. Pays Bas*, req. n° 12565/86 ; CourEDH, 20 mars 1997, *Loukanov c. Bulgarie*, req. n° 21915/93, § 41 et 43.

¹¹⁶⁰ V. par ex. CourEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, § 59 ; CourEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/73, § 46 ; CourEDH, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99, § 84.

¹¹⁶¹ V. pour un exemple marquant, v. CourEDH, GC, 3 oct. 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n° 12738/10 ; H. LABAYLE, « Obligations positives des États parties à la CEDH et séjour irrégulier : pour un meilleur usage de la subsidiarité juridictionnelle par la CEDH », *www.gdr-elsj.eu*, 19 oct. 2014.

compétence »¹¹⁶² d'intervention. La subsidiarité vient alors justifier son intervention, et « *tout se passe comme si, à partir du moment où se dégage une conception majoritaire au sein des États parties dans un domaine précis, celui-ci tombait ipso facto dans le champ de compétence normative du niveau supérieur* »¹¹⁶³.

La question du dépassement de ses compétences par la Cour de justice de l'Union européenne se pose également¹¹⁶⁴. Le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale laisse les États membres libres du choix des juridictions compétentes et des voies procédurales destinées à garantir le respect du droit de l'Union. Développé par le juge de Luxembourg¹¹⁶⁵, ce principe découle implicitement des dispositions des traités et est directement inspiré de l'idée subsidiaire dans son versant « proximité ». Pourtant la Cour de justice va parfois « *jusqu'à consacrer les nouvelles voies de recours internes, fondées sur le droit communautaire* »¹¹⁶⁶, bouleversant ainsi la répartition des compétences prévue par les traités, lesquels ne lui attribuent aucune compétence de cet ordre. Certains y voient une usurpation de la subsidiarité¹¹⁶⁷ par la Cour de justice.

De la même manière, celle-ci a fait bouger les lignes des compétences réparties par les traités *via* une lecture centralisatrice de la subsidiarité juridictionnelle à propos de la procédure préjudicielle. L'obligation de procéder au renvoi préjudiciel en appréciation de validité est imposée par le traité uniquement aux juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours. Or dans son célèbre arrêt *Foto-Frost*¹¹⁶⁸, la Cour de justice a mobilisé la subsidiarité dans son versant ascendant afin d'imposer à l'ensemble des juridictions nationales, quel que soit leur rang dans la hiérarchie juridictionnelle, l'obligation

¹¹⁶² B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁶³ *Ibid.*, p. 11.

¹¹⁶⁴ F. SCHOCKWEILER, « La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions ? », *JTDE*, 1995, p. 73.

¹¹⁶⁵ V. principalement CJCE, 4 avr. 1968, *Lück*, aff. 34/67, *Rec.*, p. 370 ; CJCE, 19 déc. 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec.*, p. 675.

¹¹⁶⁶ M. VERDUSSEN, E. WILLEMART, « Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », *op. cit.* p. 265.

¹¹⁶⁷ M. STRUYS et L. FLYNN, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : la dimension juridictionnelle », *op. cit.*, p. 246.

¹¹⁶⁸ CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85.

de procéder à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité dès lors que se pose devant elles la question de la légalité d'une norme du droit de l'Union.

Alors que l'objectif de proximité porté par le principe de subsidiarité juridictionnelle se manifeste dans le renvoi des responsabilités vers le juge national, l'impératif d'efficacité peut conduire les juridictions européennes à faire bouger « *la ligne de démarcation* »¹¹⁶⁹ entre compétences européennes et nationales. Ces dernières effectuent en effet « *un va-et-vient entre les deux faces du concept de subsidiarité* »¹¹⁷⁰.

2. Une mise en avant de la subsidiarité-efficacité¹¹⁷¹

Une qualification principalement utilisée dans le système conventionnel. La dimension *proximité* de l'idée subsidiaire justifie l'attribution au juge national de certaines compétences, mais sa dimension *efficacité* est parfois sollicitée pour légitimer l'interventionnisme du juge européen, responsable de l'intérêt général commun. C'est au nom de cette *subsidiarité-efficacité* que ce dernier déplace la ligne de répartition des compétences pourtant déterminée *a priori*.

Cette idée se retrouve principalement dans la doctrine attachée à l'étude du système conventionnel, probablement parce que la Cour européenne se fonde de manière plus caractéristique sur ce critère d'efficacité pour justifier son action. Dans le système de la Convention, « *la subsidiarité-efficacité est [en effet] un argument propice à la justification d'une large compétence de la Cour en raison du pouvoir discrétionnaire qu'elle offre à la juridiction* »¹¹⁷².

L'une des manifestations claires de cette dialectique proximité/efficacité se trouve dans l'appréciation des faits. Si l'impératif de proximité porté par la subsidiarité juridictionnelle

¹¹⁶⁹ M. WATHELET, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », *op. cit.*, p. 134.

¹¹⁷⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁷¹ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁷² *Ibid.*

fait relever du juge national l'appréciation des faits de l'espèce, l'objectif d'efficacité peut, par exception, justifier la substitution de son appréciation par le juge de Strasbourg¹¹⁷³.

Une qualification plus rarement utilisée dans le système de l'Union européenne. De manière plus anecdotique, la Cour de justice justifie l'extension de l'obligation de renvoi préjudiciel en appréciation de validité à l'ensemble des juridictions nationales par le caractère plus efficace de son action, indiquant précisément que « *c'est la Cour qui est la mieux placée pour se prononcer sur la validité des actes communautaires* »¹¹⁷⁴.

La subsidiarité juridictionnelle peut donc, en premier lieu, être source de variations quant à l'objet du contrôle juridictionnel des Cours européennes, et modifier la répartition des compétences primairement fixée par les traités. En second lieu, les variations concernent l'intensité du contrôle juridictionnel européen.

B. Les variations quant à l'intensité du contrôle

Dans la mesure où ces éléments seront plus largement développés dans la seconde partie de cette étude, seulement quelques jalons seront ici posés aux fins de constater que le principe de subsidiarité juridictionnelle, dans son interprétation par le juge européen, conduit à faire varier l'intensité du contrôle de ce dernier.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de subsidiarité juridictionnelle donne naissance à la doctrine de la marge nationale d'appréciation, qui fait varier l'intensité du contrôle juridictionnel au gré de l'étendue qui lui est dévolue par la Cour elle-même **(1)**. Dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la marge d'appréciation accordée au juge national, inspirée de considérations tenant à la subsidiarité du contrôle européen, fait varier l'intensité du contrôle juridictionnel mené à Luxembourg **(2)**.

¹¹⁷³ V. par ex. CourEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, req. n° 34553/97, § 33 à 39. V. également les explications du Professeur Johan CALLEWAERT : J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », *op. cit.*, pp. 49 et s.

¹¹⁷⁴ CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, pt. 18.

1. Les variations liées à la marge nationale d'appréciation

La doctrine de la marge nationale d'appréciation. Considérée comme « *une forme bénigne d'immunité* » par l'ancien Président Dean SPIELMANN¹¹⁷⁵, la doctrine de la marge nationale d'appréciation permet à la Cour de faire fluctuer son contrôle. L'étendue de la marge dont disposent les autorités nationales conditionne en effet l'intensité de son contrôle quant à l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des mesures d'ingérence nationales. Si selon elle, l'État dépasse la marge d'appréciation qui lui revient, elle constate la violation.

Or l'étendue de la marge nationale d'appréciation paraît difficilement prévisible, dans la mesure où elle varie en fonction des circonstances de l'espèce et de critères qui paraissent « *insuffisamment précis* »¹¹⁷⁶. Ainsi, bien que le juge de la Convention, « *en intégrant ce paramètre de contrôle* », tentait de répondre à la question « *de savoir si, et à quel point, son propre examen devait être subsidiaire [...] par rapport à l'intervention des juridictions nationales* »¹¹⁷⁷, les fluctuations quant à l'intensité de son contrôle ne sont pas aisément prévisibles.

L'influence de l'interprétation consensuelle. L'identification par la Cour européenne des droits de l'homme d'un consensus des États parties sur une question donnée entraîne une double conséquence. Une fois le consensus relevé par le juge de la Convention, la marge d'appréciation des autres États est réduite et le contrôle juridictionnel européen s'intensifie¹¹⁷⁸.

La Cour européenne utilise ainsi le consensus européen comme un instrument de variation de la liberté des États, et comme une légitimation de l'intensification ou de la

¹¹⁷⁵ D. SPIELMANN, « *Allowing the Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine : Waiver or Subsidiarity of European review ?* », *Centre for European Legal Studies, University of Cambridge, Faculty of Law, Working Paper Series*, fév. 2012, p. 2.

¹¹⁷⁶ J. CALLEWAERT, « *La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle* », *op. cit.*, p. 53.

¹¹⁷⁷ C. PICHERAL, « *L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation* », *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁷⁸ Sur cette question, v. notamment G. GONZALEZ, « *Le jeu de l'interprétation consensuelle* », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « *Droit et justice* », n° 108, 2014, 412 p., pp. 120-121.

réduction de son contrôle. L'ensemble reste fondé sur l'idée de la subsidiarité du contrôle juridictionnel européen, l'interprétation consensuelle mettant variablement l'accent sur sa dimension proximité ou efficacité¹¹⁷⁹.

2. Les variations liées à la marge d'appréciation du juge national

Une analyse limitée. L'intensité du contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne est également sujette à variations en fonction de la marge de liberté accordée aux juridictions nationales. Ces variations feront l'objet d'une étude critique en seconde partie de cette recherche. Dès lors, il s'agit ici simplement, à l'appui d'un exemple choisi, de mettre en lumière le phénomène.

L'exemple du contentieux du « *Sunday trading* ». Dans le contentieux du « *Sunday trading* », alors qu'elle avait dans un premier temps fait relever l'appréciation des exigences impératives prévues par l'article 30 du traité de la marge d'appréciation des juridictions nationales¹¹⁸⁰, la Cour a ensuite volontairement réduit cette marge pour s'emparer de la question¹¹⁸¹. La nécessité d'une application uniforme de la disposition en cause l'a conduite à réduire la marge nationale pour justifier son intervention. La subsidiarité juridictionnelle est ainsi mobilisée dans son versant centralisateur, légitimé par l'impératif d'efficacité qu'il sous-tend.

Le principe de subsidiarité juridictionnelle fait donc l'objet d'une utilisation complète par les juridictions européennes. Ses deux faces – proximité et efficacité – sont mobilisées, soit au bénéfice du respect de la compétence de principe des juridictions nationales, soit au bénéfice d'une centralisation vers le juge européen. Par le jeu de la subsidiarité juridictionnelle, tant l'objet que l'intensité des contrôles juridictionnels menés à Strasbourg et à Luxembourg sont amenés à varier, révélant ainsi tout le potentiel du principe, qui incarne une véritable variable d'ajustement dans l'exercice des compétences juridictionnelles. Cette

¹¹⁷⁹ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 11. L'auteur évoque à ce propos « une subsidiarité de type fédéral ».

¹¹⁸⁰ CJCE, 23 nov. 1989, *Torfaen Borough Council*, aff. C-145/88, *Rec.* p. 3851.

¹¹⁸¹ CJCE, 28 fév. 1992, *Conforama*, aff. C-312/89, *Rec.*, p. I-997 ; CJCE, 28 fév. 1992, *Marchandise*, aff. C-332/89, *Rec.*, p. I-1037 ; CJCE, 16 déc. 1992, *Council of the City of Stoke on Trent et Norwich City Council c. B & Q plc*, aff. C-169/91, *Rec.*, p. I-6635.

fonction d'ajustement comporte d'autres effets. Il faut alors observer que la subsidiarité juridictionnelle permet de réguler les relations entre les différentes juridictions en présence, non pas sur un mode hiérarchisant mais collaboratif.

§ 2. La collaboration juridictionnelle fondée sur la subsidiarité juridictionnelle

Dans les relations qui se nouent entre les juridictions nationales et européennes, la subsidiarité juridictionnelle joue un rôle essentiel d'ajustement, dans une perspective non pas hiérarchique mais collaborative. Participant à « *mettre de l'ordre dans le pluralisme* »¹¹⁸², elle œuvre en faveur du développement harmonieux des relations entre les différents systèmes juridictionnels en présence **(A)**. La collaboration entre les juridictions nationales et européennes se concrétise alors de différentes manières, toutes teintées par l'idée subsidiaire **(B)**.

A. Des relations non hiérarchisées

Dépassant la théorie kelsénienne de la hiérarchie des normes¹¹⁸³, l'évolution de la construction européenne a conduit au développement d'un mode de relation entre les juridictions tout à fait original. Les rapports entre le juge national et la Cour européenne de droits de l'homme ainsi que la Cour de justice ne répondent ainsi pas à une organisation hiérarchisée **(1)**. La notion de pluralisme permet de prendre toute la mesure de cette originalité et de l'importance de la subsidiarité dans ce cadre **(2)**.

1. L'absence de hiérarchie entre le juge national et le juge européen

Des fonctions différentes. Les juridictions nationales et européennes ne remplissent pas les mêmes fonctions. Alors que le juge national veille à la fois au respect des dispositions conventionnelles et du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne, les Cours européennes ne sont en charge que du respect des normes de l'ordre juridique duquel elles dépendent. Il

¹¹⁸² M. DELMAS-MARTY, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, *op. cit.*

¹¹⁸³ Dans sa thèse de doctorat, Simon LABAYLE évoque à propos de l'Union européenne des « *interactions permanentes qui réunissent [les ordres juridiques autonomes], sans pour autant être ordonnées sur un mode hiérarchique fermement établi* ». V. S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 196.

apparaît que « *divers systèmes juridiques cohabitent ainsi au sein de l'espace européen, et chacun d'entre eux revendique son autonomie sans qu'il ne puisse pour autant se prétendre absolument exclusifs les uns des autres* »¹¹⁸⁴. À l'intérieur de ces systèmes juridiques, les juridictions jouent un rôle majeur dans l'ajustement des relations animant la cohabitation des différents ensembles normatifs. Dès lors, les relations qui se nouent entre les juridictions nationales et les Cours européennes ne sont pas construites sur un mode hiérarchisant mais coopératif.

Des relations non hiérarchisées. Aux juridictions nationales est confiée la responsabilité première de veiller au respect des droits et libertés conventionnellement protégés.

La Cour européenne des droits de l'homme opère, pour sa part, un contrôle *a posteriori* du respect de la Convention. Dès lors que le juge de Strasbourg exerce un contrôle externe et subsidiaire, « *il n'y a aucun lien hiérarchique* »¹¹⁸⁵ entre les juridictions étatiques et la Cour. Ce sont des niveaux juridictionnels distincts qui veillent tous deux au respect des dispositions conventionnelles tout en restant « *indépendants l'un de l'autre tant du point de vue matériel que procédural* »¹¹⁸⁶.

La Cour de justice de l'Union européenne est, quant à elle, à la fois juge de la légalité des actes de droit dérivé¹¹⁸⁷, des comportements des institutions de l'Union¹¹⁸⁸ et des États membres¹¹⁸⁹, mais également l'interprète authentique veillant à l'application homogène du droit de l'Union sur l'ensemble du territoire¹¹⁹⁰. Ces compétences lui sont exclusives. Revient

¹¹⁸⁴ S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 201.

¹¹⁸⁵ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 1 et 2.

¹¹⁸⁶ Ibid.

¹¹⁸⁷ Via le recours en annulation et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

¹¹⁸⁸ Via le recours en carence.

¹¹⁸⁹ Via le recours en constatation de manquement.

¹¹⁹⁰ Via le renvoi préjudiciel en interprétation.

alors au juge national « *tout le reste* »¹¹⁹¹, c'est-à-dire la mise en œuvre quotidienne du droit de l'Union.

Issues d'ordres juridiques distincts, les juridictions en présence tirent leur habilitation à statuer de textes indépendants les uns des autres. Leurs tâches apparaissent alors « *complémentaires mais distinctes et donc non équivalentes et non interchangeables* »¹¹⁹². Dès lors, leurs interactions se bâtissent sur « *une logique régulatrice de réseau plutôt que purement hiérarchique* »¹¹⁹³. L'idée de pluralisme permet d'en prendre la mesure.

2. Le pluralisme impliquant la subsidiarité

Éléments de présentation du pluralisme. Principalement mobilisée pour décrire les relations entre les différents ordres juridiques, qu'ils soient nationaux, régionaux, internationaux voire mondial¹¹⁹⁴, la notion de pluralisme est ici volontairement réduite dans son acception pour plus spécifiquement en observer les manifestations au regard des acteurs particuliers et essentiels que sont les juridictions. Il s'avère en effet que « *l'imbrication des réseaux de normes forme un espace juridique dynamique à l'intérieur duquel l'articulation entre les systèmes repose au premier chef sur les juridictions, chacune dans son propre champ d'intervention* »¹¹⁹⁵.

Seule « *une vision pluraliste du droit qui admet à la fois la coexistence d'une pluralité de systèmes juridiques et la coexistence de visages multiples* »¹¹⁹⁶ permet de rendre compte de la réalité de la construction européenne. Les « *visages multiples* » peuvent en effet renvoyer aux différentes juridictions cohabitant dans l'espace européen et dont les contrôles

¹¹⁹¹ Entretien avec le juge Ezio PERILLO, Bayonne, 15 avr. 2014.

¹¹⁹² J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁹³ S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 202.

¹¹⁹⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, Dalloz, 2006, n°14, p. 954.

¹¹⁹⁵ D. SIMON et M. GUYOMAR, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gazette du Palais*, 12 fév. 2009, p. 12.

¹¹⁹⁶ M. VAN DE KERCHOVE, « Les rapports entre systèmes juridiques, entre clôture et ouverture », in J.-L. BERGEL (dir.), *Le plurijuridisme*, Actes du VIII^{ème} Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Aix-en-Provence, 4-6 sept. 2003, Presses d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2005, p. 11.

s'entremêlent. Mobiliser la notion de pluralisme aide à « *rendre compte de l'interpénétration et de l'interdépendance* »¹¹⁹⁷ du travail juridictionnel national et européen.

Le Professeur Pierre BRUNET explique qu'« *on ne peut rendre fidèlement compte des rapports entre les ordres juridiques – et notamment ceux entre les ordres internes et l'ordre communautaire – qu'à la condition de prendre la mesure de leur indépendance autant que de leur étroite imbrication* »¹¹⁹⁸. Le pluralisme décrit ainsi la « *situation si contemporaine de coexistence des ordres juridiques non hiérarchisés entre eux qui néanmoins interagissent les uns avec les autres sans qu'aucun système ne nie l'indépendance ou la normativité de l'autre ; une situation où domine donc non pas la hiérarchie mais le "réseau"* »¹¹⁹⁹.

L'intervention de la subsidiarité. Dans un espace ainsi caractérisé par le pluralisme, « *l'ampleur du défi tient à la difficulté d'assurer aussi bien la coexistence que le fonctionnement harmonieux des ordres juridiques qui s'y entremêlent* »¹²⁰⁰. Or l'idée subsidiaire répond pour partie à cette préoccupation. Intervenant comme une variable d'ajustement, elle permet la flexibilité des relations juridictionnelles et œuvre ainsi pour une coexistence harmonieuse des juridictions qui s'enchevêtrent.

À cet égard, dans l'ordre conventionnel, en ce qu'il incarne la complémentarité des contrôles opérés au niveau national et européen, le principe de subsidiarité juridictionnelle incite à la coopération entre les juridictions. Cette « *[coopération du juge national et de la Cour européenne des droits de l'homme] évolue [...] en un sens qui tend à la coexistence harmonieuse de juridictions ayant à faire application, alors qu'elles appartiennent à des ordres juridiques distincts, de la même règle* »¹²⁰¹.

De la même manière, concernant l'Union européenne, dans sa thèse de doctorat, Simon LABAYLE présente la subsidiarité comme l'un des instruments témoignant de la volonté d'adaptabilité de cette dernière face au pluralisme qui la caractérise, et à l'absence de

¹¹⁹⁷ S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, op. cit., p. 201.

¹¹⁹⁸ P. BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les concepts du droit public français*, Dalloz, Paris, 2010, p. 196.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, op. cit., p. 203.

¹²⁰¹ O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », op. cit., p. 22.

hiérarchie qui en découle¹²⁰². En effet, « *en l'absence de rapports hiérarchisés clairement établis entre les différentes normes applicables, les juges doivent dégager des lignes directrices leur permettant d'assurer une homogénéité d'ensemble du droit applicable* »¹²⁰³. Le principe de subsidiarité juridictionnelle est l'un de ces instruments dès lors qu'il contribue à « *l'émergence fonctionnelle d'un réseau composé par les juridictions nationales et la Cour* »¹²⁰⁴.

Le principe de subsidiarité juridictionnelle s'inscrit ainsi pleinement parmi les éléments favorisant l'expression d'un « *pluralisme ordonné* »¹²⁰⁵ fondé sur le développement de relations non hiérarchiques et harmonieuses entre les différentes juridictions occupant l'espace européen. Elle s'illustre en ce sens comme une variable d'ajustement salvatrice. Cette dynamique de relations juridictionnelles non hiérarchisées se traduit également dans la collaboration présidant aux rapports entre les juridictions nationales et européennes.

B. Des collaborations organisées

La collaboration entre les juridictions nationales et les Cours européennes est souvent spontanée¹²⁰⁶, s'opérant naturellement par la voie d'échanges jurisprudentiels¹²⁰⁷ et de rencontres formelles et informelles. Pour autant, l'expression la plus caractéristique de la coopération entre le juge national et le juge européen réside dans la mise en œuvre de la procédure préjudicielle.

Existant depuis les origines des Communautés européennes **(1)**, une procédure qui s'en inspire largement a récemment vu le jour dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. Répondant à l'appel lancé par les États parties à la Convention européenne

¹²⁰² *Ibid.*, pp. 205-206.

¹²⁰³ D. SIMON et M. GUYOMAR, « La hiérarchie des normes en Europe », *op. cit.*, p. 12.

¹²⁰⁴ J.-C. GAUTRON, « Le renvoi préjudiciel. Changements et continuité », 26 oct. 2009, p. 3, disponible en ligne : <http://www.eubg.eu>

¹²⁰⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, *op. cit.*, p. 954.

¹²⁰⁶ V. M. GUYOMAR, concl. CE, Sect., 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux et autres, RFDA*, 2008, p. 575 : « *au dialogue institutionnalisé avec la Cour de Luxembourg s'ajoute celui, spontané mais nécessaire, avec la Cour de Strasbourg et les autres juridictions nationales* ».

¹²⁰⁷ O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », *op. cit.*, pp. 21 et s.

des droits de l'homme lors de la Conférence de Brighton¹²⁰⁸, le Protocole n°16¹²⁰⁹ ouvre la faculté pour « *les plus hautes juridictions* » nationales de saisir la Cour européenne d'une demande d'avis consultatif, lorsqu'à l'occasion de l'examen d'un litige, apparaît une difficulté relative à l'interprétation de la Convention ou de l'un de ses Protocoles. L'idée d'institutionnaliser le dialogue entre les juridictions internes et la Cour européenne n'est cependant pas nouvelle.

Déjà en 1962, la Cour songeait à l'instauration d'une procédure préjudicielle permettant aux juges nationaux de lui soumettre des questions portant sur l'interprétation de la Convention¹²¹⁰. Suggestion fermement rejetée à l'époque¹²¹¹, elle a été introduite dans le débat sur la réforme de la Cour en 2006¹²¹², mais ce n'est qu'à partir de la Conférence d'Izmir¹²¹³ que le juge de Strasbourg appuie à nouveau fermement et définitivement la proposition de créer un mécanisme d'avis consultatif dans le système de la Convention¹²¹⁴ (2).

1. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne

La nature du renvoi préjudiciel. La procédure du renvoi préjudiciel est un « *instrument de coopération judiciaire* »¹²¹⁵ qui « *institue une coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales* »¹²¹⁶. Il s'agit en effet d'un instrument permettant

¹²⁰⁸ Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme réunie à Brighton les 16 et 20 avril 2012. Déclaration de Brighton du 20 avril 2012, paragraphe 12, d).

¹²⁰⁹ Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STCE n° 214, Strasbourg, 2 oct. 2013.

¹²¹⁰ Propositions présentées en 1962 par la Cour européenne des droits de l'homme au Comité d'Experts lors de l'élaboration du Protocole attribuant à la Cour la compétence de donner des avis consultatifs, CM (62)78.

¹²¹¹ Rapport du Comité d'Experts au Comité des ministres sur l'extension de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme, 7 janvier 1963, CM(63)2.

¹²¹² Rapport du Groupe des Sages au Comité des ministres, 979bis Réunion, 15 novembre 2006, CM(2006)203, paragraphes 76 et s.

¹²¹³ Avis de la Cour pour la Conférence d'Izmir adopté le 4 avril 2011, et Discours du président Costa à Izmir, 27 avril 2011.

¹²¹⁴ Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, #3853040, mars 2012 ; Avis préliminaire de la Cour établi en vue de la Conférence de Brighton, adopté par la Plénière le 20 fév. 2012 ; Avis de la Cour sur le projet de Protocole n°16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention, adopté par la Cour plénière le 6 mai 2013.

¹²¹⁵ CJCE, 15 mai 2003, *Salzmann*, aff. C-300/01, *Rec.* 2003, p. I-4899, point 28.

¹²¹⁶ CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *Rec.* 2008, p. I-9641, point 90.

directement un « *dialogue de juge à juge* »¹²¹⁷. L'esprit de coopération entre le juge de l'Union et les juges nationaux est ainsi au fondement de la « *philosophie* » de cette procédure¹²¹⁸ puisque la relation qu'elle établit « *n'est pas conçue sur le mode hiérarchique* »¹²¹⁹.

L'intervention de la Cour est en effet subsidiaire puisqu'elle n'intervient que sur demande du juge national¹²²⁰, pour lui apporter son aide face à une difficulté qu'il n'est pas en mesure de surmonter seul¹²²¹. La Cour de justice agit donc de manière subsidiaire, en renfort. Elle ne se substitue en aucun cas au juge de droit commun. « *Mécanisme central de coopération entre les juridictions nationales et la Cour de justice* »¹²²², la procédure du renvoi préjudiciel est alors révélatrice de ce que l'organisation du système juridictionnel européenne est fondée sur le principe de subsidiarité juridictionnelle.

La procédure du renvoi préjudiciel, expression de la subsidiarité juridictionnelle, fait ainsi partie des instruments juridiques qui permettent de « *respecter la diversité tout en permettant son expression harmonieuse* »¹²²³ et qui participent à la composition d'« *une mosaïque, ce qu'on ne saurait faire en jetant ses divers éléments au hasard, mais en les combinant de telle manière qu'il en ressorte un dessin d'ensemble, le plus harmonieux possible* »¹²²⁴.

Une procédure de collaboration. Le mécanisme préjudiciel rend ainsi compte de la collaboration étroite qui unit les juridictions nationales à la Cour de justice depuis les origines des Communautés. Étant entendu que « *cette coopération judiciaire vise à prévenir et corriger les risques qui découlent de la répartition des compétences entre les juges nationaux,*

¹²¹⁷ CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *Rec.* 2008, p. I-9641, point 91.

¹²¹⁸ G. VANDERSANDEN, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 16.

¹²¹⁹ J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, *op. cit.*, p. 29. V. également CJCE, 7 sept. 1999, *Beck et Bergdorf*, aff. C-355/97, *Rec.* 1999, p. I-4977.

¹²²⁰ E. VON BARDELEBEN, F. DONNAT et D. SIRITZKY, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris, La documentation française, coll. *Réflexeurope*, 2012, 325 p., spéc. p. 176.

¹²²¹ Le juge national n'est pas compétent pour interpréter ni apprécier la validité d'une norme du droit de l'Union européenne, cette compétence incombant exclusivement à la Cour de justice.

¹²²² J.-C. GAUTRON, « Le renvoi préjudiciel. Changements et continuité », *op. cit.*, p. 1.

¹²²³ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006.

¹²²⁴ M.-L. IZORCHES, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000, p. 753.

juge de droit commun du contentieux communautaire, et la juridiction communautaire, juge d'attribution »¹²²⁵, il est possible d'aller plus loin pour remarquer que « *le renvoi préjudiciel (...) est un outil permettant à ces deux juges de former une équipe* »¹²²⁶. Ainsi, en forçant quelque peu le trait, il est possible d'affirmer que « *le renvoi préjudiciel est l'instrument du dialogue entre juge national et juge de l'Union permettant in fine de ne former qu'un juge* »¹²²⁷.

Bien que les arrêts préjudiciels jouissent de l'autorité absolue de la chose jugée et s'imposent donc non seulement à la juridiction de renvoi mais également à l'ensemble des juridictions des États membres de l'Union¹²²⁸, il n'en demeure pas moins que cette procédure ouvre un canal de discussion entre les juridictions nationales et la Cour de justice fondée sur l'idée d'une collaboration étroite entre les différents niveaux juridictionnels.

2. *L'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme*¹²²⁹

La distinction avec le renvoi préjudiciel du droit de l'Union. La procédure d'avis consultatif se distingue nettement du renvoi préjudiciel organisé par le droit de l'Union européenne. Ce point a d'ailleurs longtemps marqué les discussions relatives au projet. L'emploi de l'expression « renvoi préjudiciel », même si elle peut correspondre, d'un point de vue sémantique - mais pas seulement¹²³⁰ -, à la procédure d'avis consultatif, conduit le plus souvent à un amalgame regrettable entre les deux mécanismes préjudiciels. Or, ainsi que cela

¹²²⁵ J.-C. GAUTRON, « Le renvoi préjudiciel. Changements et continuité », *op. cit.*, p. 2.

¹²²⁶ A. ANGELAKI, M. BERNELIN, A. FABRIZI, M. GKEGKA, A. NEDJARI, L. PAILLER, B. PASCALE, L. PEUCHMAUR, T. RACHO et J. RONDU, « Le pouvoir juridictionnel dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : quel espace pour le juge ? », *RTD eur.*, 2015, pp. 529 et s.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ J.-C. GAUTRON, « Le renvoi préjudiciel. Changements et continuité », *op. cit.*, p. 3.

¹²²⁹ Les avis consultatifs prévus par le Protocole n°16 ne doivent pas être confondus avec les avis consultatifs de l'article 47 de la Convention, dont l'initiative n'appartient qu'au seul Comité des ministres en dehors de tout litige.

¹²³⁰ J.-P. JACQUÉ, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne des droits de l'homme, Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », *Dialogue entre juges* 2012, 27 janv. 2012, pp. 18 à 24 : « *L'hypothèse actuellement visée sous le nom d'avis consultatif recouvre bien la notion de renvoi préjudiciel* ».

a été rappelé à plusieurs reprises, il n'a jamais s'agit de tenter de transposer le renvoi préjudiciel de l'Union au système de la Convention européenne des droits de l'homme¹²³¹.

Le choix d'une dénomination particulière s'imposait donc aux rédacteurs du Protocole afin de marquer la spécificité de la procédure applicable devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, la logique qui préside aux deux procédures demeure la même, celle d'une coopération juridictionnelle, d'un dialogue direct en amont de la prise de décision par le juge national face au litige qui lui est donné de trancher. À ce titre, la procédure d'avis consultatif doit être inscrite au rang des procédures préjudicielles, parmi lesquelles le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne ou encore la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil Constitutionnel français¹²³².

La procédure d'avis consultatif. Le Protocole n°16 à la Convention offre la faculté aux « *plus hautes juridictions* » des Parties à la Convention¹²³³, dans le cadre d'une affaire pendante devant elles, de saisir la Cour d'une demande d'avis consultatif portant sur l'interprétation de la Convention ou de ses Protocoles. La limitation aux seules « *plus hautes juridictions* » nationales s'explique principalement par le fait qu'une telle sélection permet de limiter le nombre de demandes parvenant à la Cour en introduisant « *une forme d'épuisement des voies de recours internes* »¹²³⁴. Toute demande doit être motivée et sera examinée par la Grande chambre, qui demeure libre d'y opposer un refus. Particulièrement discutée, a finalement été retenue pour la Cour l'obligation de motiver ses éventuels refus. Cette

¹²³¹ G. CANIVET, « Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme, Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne ? », *op. cit.* : « *On comprend que, pour des raisons structurelles, [le mécanisme du recours préjudiciel en interprétation devant la Cour de justice des Communautés européennes] ne puisse être reproduit devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais il me semble que, d'une manière ou d'une autre, un mode de coopération formelle soit à organiser* ». V. également le Rapport du Groupe des Sages du 15 nov. 2006, CM(2006)203, § 80 : « *Le Groupe est cependant arrivé à la conclusion que le régime communautaire ne se prête pas à une transposition au Conseil de l'Europe* ». V. également J.-P. JACQUÉ, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne des droits de l'homme, Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », *op. cit.*, pp. 18 à 24, § 3 : « *Toutes ces caractéristiques sont propres à l'Union et ne sont pas transposables au système de la Convention* ».

¹²³² Seul le cas français est envisagé ici bien que d'autres États européens connaissent une procédure similaire à la question prioritaire de constitutionnalité, tels que l'Italie, l'Allemagne ou encore la Belgique.

¹²³³ Ce sont les Parties à la Convention elles-mêmes qui désignent quelles sont leurs « *plus hautes juridictions* », habilitées à demander des avis consultatifs.

¹²³⁴ Voir le document du DH-GDR (Comité d'experts sur la réforme de la Cour dans le cadre du Comité directeur pour les droits de l'homme), DH-GDR(2011)R8 Annexe VII, 2-4 nov. 2011, pt. 7, et le Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, #3853040, mars 2012, § 20.

exigence a notamment pour objectif d'encourager les juridictions nationales au dialogue en leur épargnant la frustration d'un refus silencieux.

Autre point débattu, les avis de la Cour ne seront pas contraignants, la juridiction à l'origine de la demande restant libre de suivre ou non les indications fournies par les juges de Strasbourg. Le droit de recours individuel demeurant inchangé, cela signifie que les parties ont toujours la possibilité d'introduire une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme après que la décision définitive a été adoptée au niveau national¹²³⁵.

L'expression de la collaboration juridictionnelle. La création du mécanisme d'avis consultatifs s'inscrit au cœur d'une série de mesures poursuivant l'objectif ultime de réduire la charge de travail de la Cour¹²³⁶. En 2011, le président de la Cour indique, au sujet des avis consultatifs, qu'« *il y a là une piste possible pour un renforcement concret de la subsidiarité* »¹²³⁷. Cette mesure s'accompagne de l'insertion du principe de subsidiarité et de la doctrine de la marge nationale d'appréciation dans le Préambule de la Convention¹²³⁸.

Le mécanisme préjudiciel proposé vient renforcer la subsidiarité juridictionnelle au sein du système de la Convention. Ce dernier devrait contribuer, par une intervention de la Cour en amont, à réduire le nombre de requêtes introduites à Strasbourg en aval¹²³⁹. Un litige traité de manière satisfaisante au niveau national, avec l'appui du juge de la Convention, n'a en effet que peu de chances de se retrouver par la suite à Strasbourg *via* le droit de recours individuel prévu par l'article 34. La mise en œuvre des demandes d'avis consultatif devrait donc, par un renforcement de la subsidiarité juridictionnelle, avoir pour effet de résoudre définitivement un plus grand nombre de litiges au niveau national, qui à défaut seraient parvenus, une fois toutes les voies de recours internes épuisées, jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme.

¹²³⁵ Avis de la Cour sur le projet de Protocole n°16 à la Convention, 6 mai 2013, § 12.

¹²³⁶ Au rang desquelles la création de la formation de « juge unique »¹²³⁶, la création d'une procédure d'« arrêt pilote », d'une politique de « priorisation des requêtes », l'ajout puis l'élargissement de l'application du critère de recevabilité de « préjudice important », la réduction du délai de recours devant la Cour de six à quatre mois.

¹²³⁷ Discours du Président J.-P. COSTA à l'occasion de la Conférence d'Izmir, le 26 avr. 2011.

¹²³⁸ Ces deux dernières mesures sont prévues par le Protocole n°15 à la Convention européenne des droits de l'homme, ouvert à la signature des États le 24 juin 2013 et qui entrera en vigueur une fois ratifié par l'ensemble des États parties à la Convention.

¹²³⁹ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1912.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le principe de subsidiarité juridictionnelle se révèle, lorsqu'il est observé dans sa fonction de principe régulateur des compétences, en tant que variable d'ajustement du contrôle juridictionnel opéré à Strasbourg et Luxembourg. Justifiant parfois l'intervention des juridictions européennes, il est tout à la fois, selon les circonstances de l'espèce, mobilisé pour légitimer une mise en retrait du juge européen. Permettant de faire varier l'étendue du contrôle juridictionnel tant quant à son objet qu'à son intensité, la réversibilité du principe dévoile ici toute la richesse des potentialités qu'elle recèle.

Par ailleurs, matérialisé par les instruments de « dialogue institutionnalisé » que sont les procédures préjudicielles, le principe de subsidiarité juridictionnelle contribue avec force au développement de relations harmonieuses entre les juridictions des différents ordres juridiques. Agissant sur un mode de coopération plus que sur un mode hiérarchique, les juridictions s'ajustent au sein d'un réseau cohérent indispensable au développement de l'intégration européenne.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Il a été observé que le principe de subsidiarité juridictionnelle, lorsqu'il intervient en tant que principe régulateur des compétences, produit deux effets complémentaires. Ce dernier contribue à l'articulation des contrôles juridictionnels des différents niveaux, et induit plus spécialement un ajustement entre l'intervention des juridictions nationales et européennes.

Lorsqu'elle se manifeste comme un principe d'articulation des compétences juridictionnelles, la subsidiarité juridictionnelle dévoile tout son dynamisme. Soumise à une double lecture, elle permet en effet tout autant de « ramener la compétence » vers le niveau européen que de justifier la décentralisation du contentieux vers le juge national. Ce double mouvement en fait un principe essentiel à la sauvegarde des diversités nationales, tout en favorisant l'émergence d'un droit commun. En articulant les contrôles juridictionnels des différents niveaux, le principe de subsidiarité juridictionnelle permet de satisfaire ces deux objectifs et s'impose comme une condition du fonctionnement de l'intégration européenne. L'étude du principe s'inscrit ici pleinement dans la science juridique car il est mobilisé au cœur de la mise en œuvre des compétences juridictionnelles et prend appui sur des instruments juridiques. Dans ce cadre, la subsidiarité juridictionnelle peut être qualifiée de principe directeur du droit européen.

Forte du dynamisme qui la caractérise dans cette fonction de régulation, la subsidiarité juridictionnelle s'impose également en tant que principe d'ajustement des compétences juridictionnelles. Elle permet en effet l'adaptation du contrôle européen en fonction des circonstances de chaque espèce. Or l'on sait à quel point les jurisprudences de Strasbourg et de Luxembourg sont casuistiques. Cet ajustement concerne tant l'objet que l'intensité du contrôle effectué par le juge européen. Enfin, cet ajustement des contrôles juridictionnels débouche sur une collaboration aussi harmonieuse que possible entre le juge national et le juge européen lorsque le principe est matérialisé dans le renvoi préjudiciel. Là encore, le principe de subsidiarité juridictionnelle s'analyse comme une condition indispensable à la réalisation de l'intégration européenne.

CONCLUSION DU TITRE II

Une conception large du principe de subsidiarité juridictionnelle a été retenue à l'heure de s'intéresser aux fonctions que ce principe remplit dans la construction européenne. Cette approche a permis d'observer, dans un premier temps, ses implications dans la répartition des compétences juridictionnelles pour, dans un second temps, en observer les manifestations en tant que principe régulateur de ces compétences.

Lorsqu'il préside à la répartition des compétences entre les juridictions européennes et nationales, le principe de subsidiarité juridictionnelle entretient des liens étroits avec le principe d'attribution. Agissant de manière circonscrite dans le temps, il est alors statique et relève de la science politique. À ce titre, il a été qualifié de principe supra-constitutionnel. La subsidiarité juridictionnelle permet également la structuration des systèmes juridictionnels, ainsi organisés de manière à éviter les conflits de compétences et marquant la complémentarité des différents contrôles. La subsidiarité juridictionnelle favorise la conciliation des diverses aspirations qui les sous-tendent.

Lorsqu'il préside ensuite à la régulation des compétences juridictionnelles, le principe de subsidiarité juridictionnelle contribue à une articulation dynamique de celles-ci. Il s'inscrit à cet égard dans la science juridique de manière indiscutable. Influençant la mise en œuvre des différents contrôles et traduit par des instruments juridiques, il a, à cette occasion, été qualifié de principe directeur du droit européen. Au-delà de l'articulation des compétences, le principe de subsidiarité juridictionnelle est une source d'adaptabilité constante de l'étendue du contrôle juridictionnel en fonction des circonstances de chaque espèce. L'ajustement qu'il permet se mue en véritable facteur de cohérence lorsque le principe se manifeste au travers de la procédure du renvoi préjudiciel.

Ainsi, parce que les fonctions qu'il remplit dans le processus d'intégration européenne sont essentielles, le principe de subsidiarité juridictionnelle peut valablement être qualifié de condition fonctionnelle de l'intégration européenne.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

La première partie de cette recherche, consacrée à l'identification de la subsidiarité juridictionnelle, a conduit à observer que cette dernière est une condition posée aux succès de la construction européenne. Condition originelle et fonctionnelle de l'intégration européenne, la richesse de la subsidiarité juridictionnelle s'analyse en effet en un formidable outil à disposition des différents acteurs afin de concilier les exigences des niveaux national et européen.

La question des sources de la subsidiarité juridictionnelle s'est confrontée à un premier constat désarçonnant, celui de l'absence de sa consécration formelle dans le droit européen. Pourtant, son existence a pu être démontrée par la mise en exergue de ses différentes manifestations dans le droit européen. De ces observations, il a été conclu que l'absence formelle de la subsidiarité juridictionnelle, sa « *clandestinité* »¹²⁴⁰, s'explique par son évidence au fondement de l'intégration européenne. La seconde interrogation majeure à laquelle une réponse a été apportée est celle de la nature de la subsidiarité juridictionnelle. Il s'avère qu'elle est un principe, dont la juridicité est incomplète au regard de ses aspects matériels. L'étude des liens entretenus avec l'idée subsidiaire a par ailleurs permis de démontrer que la subsidiarité juridictionnelle en est une application en matière judiciaire. Surtout, l'impertinence de la question initiale, consistant à rechercher si elle est une déclinaison du principe de subsidiarité a été mise à jour. La notion de référence adéquate ne devrait en effet pas être le principe de subsidiarité, mais l'*idée générale de subsidiarité*. Cela permet de mieux rendre compte de la réalité, dans laquelle le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention en est un synonyme, le principe de subsidiarité au sens du droit de l'Union en est une déclinaison particulière et circonscrite, et le principe de subsidiarité juridictionnelle en est une application en matière juridictionnelle.

¹²⁴⁰ À propos de la subsidiarité, V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 41.

L'intérêt porté aux fonctions de la subsidiarité juridictionnelle dans la construction européenne a permis de prolonger ces premières réflexions. Dans sa fonction de répartition des compétences, elle relève de la science politique et intervient pour organiser une répartition des compétences structurant les systèmes juridictionnels. Elle peut alors être qualifiée de principe supra-constitutionnel. Enfin, lorsqu'elle préside à la régulation des compétences, la subsidiarité juridictionnelle relève de la science juridique et peut être qualifiée de principe directeur du droit européen. Au-delà, a été mise en lumière son implication dans l'ajustement des différents contrôles juridictionnels enchevêtrés, faisant de la subsidiarité juridictionnelle un facteur de cohérence des relations entre le juge national et le juge européen, et une condition indispensable au fonctionnement de l'intégration européenne.

SECONDE PARTIE

L'EXERCICE AMBIVALENT DE LA SUBSIDIARITÉ

JURIDICTIONNELLE

La subsidiarité juridictionnelle intervient dans la gestion des contentieux européens de Strasbourg et Luxembourg comme un curseur définissant l'intervention du juge européen. Ce curseur peut tout à la fois limiter le rôle du juge national, en diminuant sa marge de manœuvre, ou le « libérer » dans son contrôle en lui offrant une marge d'appréciation plus importante. Mis à disposition de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, le principe de subsidiarité juridictionnelle est un formidable outil d'adaptation de leur contrôle. Sa réversibilité, qui peut tantôt faire tendre vers une centralisation, tantôt vers une décentralisation de la gestion du contentieux européen, doit permettre de trouver, en tout instant, le point d'équilibre salvateur.

Dès lors, si la question qui s'inscrit en toile de fond est celle de l'équilibre entre centralisation et décentralisation dans la gestion du contentieux européen, appréhender l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle conduit à s'interroger à de nombreux titres. Dans quelle mesure le renvoi aux juridictions nationales qu'implique ce principe est-il effectif ? Le juge national bénéficie-t-il de l'autonomie et des instruments nécessaires à l'accomplissement de son rôle de premier juge du droit européen ? Le rôle des juridictions de Strasbourg et Luxembourg demeure-t-il secondaire comme le préconise le principe de subsidiarité juridictionnelle, ou au contraire empiète-t-il sur l'action de l'échelon inférieur ?

La crise de l'intégration européenne – et plus particulièrement les crises vécues à Strasbourg et Luxembourg – ont obligé l'ensemble des acteurs, au premier rang desquels les deux Cours européennes, à repenser, voire redéfinir leur rôle dans la construction européenne. Ces crises sont en effet profondes et exposent plusieurs difficultés.

En premier lieu, il faut surmonter la crise politique majeure que traverse la construction européenne et qui voit éclore de part et d'autre des contestations nationales à son égard. Le Royaume-Uni a décidé de quitter l'Union européenne et, acceptant mal la tutelle de la Cour européenne des droits de l'homme sur ses juridictions nationales, exprime régulièrement sa volonté de s'en affranchir. De même, plusieurs Cours constitutionnelles nationales ont récemment défié la Cour de justice de l'Union européenne, n'hésitant pas provoquer un affrontement direct. Ce sont des exemples frappants des tensions qui animent les projets européens et qui opposent le niveau national et européen.

En second lieu, les difficultés concernent les solutions qui doivent être dégagées pour résorber ces tensions et apaiser les crises. Le juge européen, qu'il siége à Strasbourg ou à Luxembourg, n'est pas qu'un spectateur de ces dernières, et prend part dans la gestion de la crise. L'enjeu est alors celui de la régulation du contentieux européen. Sous l'effet de la menace, les deux juridictions européennes ont amorcé un mouvement d'adaptation bienveillant à l'égard du juge national, afin de répondre aux attentes d'une décentralisation plus affirmée du contentieux européen. Plus encore, cette régulation du contentieux, intervient à leur bénéfice, afin de recentrer leur action sur les missions d'attribution qui leur ont été assignées, à savoir la préservation des ordres juridiques européens.

Le principe de subsidiarité juridictionnelle est à la fois invoqué par le niveau national pour réclamer un renforcement de la décentralisation, mais se révèle également être un formidable outil porteur de solutions. La réversibilité de la subsidiarité juridictionnelle et la souplesse qu'elle implique doivent permettre de trouver, même en situation de crise, un équilibre salubre. Elle révèle ainsi toutes ses potentialités et s'impose incontestablement comme une réponse à la crise de l'intégration européenne, qui pourrait même relancer cette dernière.

La régulation du contentieux européen dans ce contexte de crise intervient ainsi en premier lieu au bénéfice du juge national, dont les contestations sont entendues à Strasbourg et Luxembourg. La subsidiarité juridictionnelle, mobilisée par le juge européen, lui permet en effet de répondre aux préoccupations des juridictions nationales sans compromettre le processus d'intégration européenne. La décentralisation du contentieux européen vers le niveau national, bien qu'elle ne soit pas nouvelle puisqu'elle fonde les deux ordres juridiques européens, connaît alors un certain renouveau porté par l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle (**Titre I**).

L'angle de vue complémentaire consistant à observer que la régulation du contentieux européen intervient également au bénéfice du juge européen, s'il est moins courant, doit retenir l'attention. La subsidiarité juridictionnelle intervient en effet dans une logique de protection des juges européens en situation de crise. Les constats récents relatifs à l'encombrement des prétoires européens, autant que l'activisme ou la centralisation qui leur sont parfois reprochés, sont porteurs d'un nouvel élan protecteur des Cours européennes, dont l'accès est remodelé par une approche empreinte de subsidiarité juridictionnelle (**Titre II**).

Titre I. La régulation du contentieux européen au bénéfice du juge national

Titre II. La régulation du contentieux européen au bénéfice du juge européen

Titre I. LA RÉGULATION DU CONTENTIEUX EUROPÉEN AU BÉNÉFICE DU JUGE NATIONAL

« La décentralisation se mesure à la liberté dont disposent les collectivités locales au sein d'un Etat unitaire [...]. Elle implique [...] :

- a. [...] une sphère de compétence spécifique au bénéfice des collectivités locales [...]*
- b. [...] que ces activités propres soient prises en charge par des autorités locales indépendantes du pouvoir central, tant pour leur nomination que pour leur révocation [...]*
- c. [...] que la gestion des autorités locales relative à leurs affaires propres soit autonome »¹²⁴¹.*

Cette définition classique de la décentralisation au sein de l'État est parfaitement adaptée à la décentralisation juridictionnelle dans l'intégration européenne. Il suffit de remarquer que le juge national jouit d'une liberté dans l'exercice de son rôle de juge européen de droit commun, qu'il dispose d'une sphère de compétence spécifique, qu'il est toujours indépendant des institutions européennes tant dans sa nomination que dans sa révocation, et qu'il bénéficie d'une autonomie certaine dans la résolution des affaires qui relèvent de sa compétence.

Comme l'explique le Professeur Jean-Philippe DEROSIER, « *un ordre juridique décentralisé est en effet composé d'une entité supérieure et d'un ou plusieurs niveaux d'entités inférieures. La répartition verticale des compétences reflète la volonté d'attribuer certains domaines au niveau supérieur, et d'autres au niveau inférieur* »¹²⁴². Dans le cadre de cette étude, les entités supérieures de chaque ordre juridique sont les Cours de Strasbourg et de Luxembourg alors que les entités inférieures sont les juridictions nationales, et la répartition verticale des compétences est effectuée par la Convention européenne des droits de l'homme et les traités de l'Union européenne.

¹²⁴¹ J. BAGUENARD, *La décentralisation*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2002, pp. 8, 21-22, 45.

¹²⁴² J.-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 109.

Partant de l'acception classique de la décentralisation en droit public français¹²⁴³, l'idée de cette analyse est que la décentralisation juridictionnelle observée dans la construction européenne est une manifestation de l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle, étant entendu que « *ces deux notions [de centralisation et de décentralisation] ne s'opposent nullement, mais se complètent pleinement* »¹²⁴⁴. Se borner à constater que la subsidiarité juridictionnelle est consubstantielle à la décentralisation du contentieux européen ne suffirait évidemment pas. Le propos doit aller plus loin, afin de comprendre comment la subsidiarité juridictionnelle, mobilisée principalement par les Cours européennes, permet d'assurer une gestion satisfaisante du contentieux européen en temps de crise. Ce sont en effet les efforts d'adaptation, portés par les juridictions européennes dans leur jurisprudence, qui offrent les moyens de cette régulation.

Ainsi, la première préoccupation du juge national est celle de son autonomie¹²⁴⁵. Pleinement reconnue mais différemment régulée à Strasbourg et Luxembourg, elle est indispensable à l'intégration européenne, autant qu'elle peut présenter un risque si elle n'est pas suffisamment préservée. L'enjeu pour le juge européen consiste dès lors à trouver le juste équilibre entre ces deux caractéristiques, permis par la subsidiarité juridictionnelle, mais pas toujours atteint (**Chapitre 1**).

L'autonomisation des juridictions nationales dans leur fonction de juges européens de droit commun ne peut pas être totale dès lors que « *la liberté qu'implique la décentralisation à travers le principe de l'autonomie ne peut aller jusqu'à remettre en cause l'unité* »¹²⁴⁶. Ce rapport unité/pluralisme qu'évoquent les notions de centralisation/décentralisation¹²⁴⁷ trouve son expression dans la responsabilisation des juridictions nationales, invitées par les

¹²⁴³ Sur cette notion, v. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., pp. 352 et s. et 373 et s. ; C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948 et C. ROIG, « Théorie et réalité de la décentralisation », *Revue française de science politique*, 1966, n° 16-3, pp. 445-471.

¹²⁴⁴ À propos de la décentralisation et de la subsidiarité, v. J.-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », op. cit., p. 128.

¹²⁴⁵ Le terme autonomie sera utilisé dans son sens commun, tel que le définissent les dictionnaires usuels, par exemple le Larousse qui le définit ainsi : « *Possibilité de décider, pour un organisme, un individu, sans en référer à un pouvoir central, à une hiérarchie ; indépendance* ». V. Le Petit Larousse illustré, 2011, p. 82.

¹²⁴⁶ C. CAGNINA, *L'Europe et la décentralisation sous l'éclairage des exemples français et italien*, Thèse, Lyon, 2007, p.5.

¹²⁴⁷ F.-X. AUBRY, *La décentralisation contre l'État*, Paris, LGDJ, 1992, p. 150.

juridictions européennes à prendre conscience de l'importance de leur rôle dans le processus d'intégration européenne. Veillant à préserver l'objectif d'unité porté dans les projets de construction européenne et conscient des menaces qui pèsent sur l'intégration, le juge européen intervient pour responsabiliser les juridictions nationales dans leur mission de juge européen de droit commun (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'autonomisation contrastée du juge national

Chapitre 2 : La responsabilisation renouvelée du juge national

CHAPITRE 1. L'AUTONOMISATION CONTRASTÉE DES JURIDICTIONS NATIONALES

Selon la définition communément admise, l'autonomie renvoie à la « *situation d'une collectivité, d'un organisme public dotés de pouvoirs et d'institutions leur permettant de gérer les affaires qui leur sont propres sans interférence du pouvoir central* »¹²⁴⁸. Cette définition générale doit être adaptée à cette étude. L'autonomie sera donc entendue comme la liberté reconnue au juge national dans l'accomplissement de sa mission de juge européen de droit commun¹²⁴⁹.

La difficulté essentielle rencontrée dans l'élaboration de l'analyse a été celle de l'identification de ce qui caractérise l'*autonomie des juridictions nationales*. Parce qu'elles permettent de dessiner un tableau évocateur et pertinent de la situation européenne globale, il a été choisi de se focaliser sur la déférence du juge européen à l'égard du juge national, la marge d'appréciation et l'autonomie procédurale du juge national. A ainsi été fait le choix de regrouper ces trois manifestations particulières de la liberté laissée au juge national dans l'exécution de sa mission de juge européen de droit commun sous la dénomination commune d'*autonomie des juridictions nationales*, afin de gagner en clarté dans les intitulés sans pour autant perdre de vue que chacune renvoie à des réalités différentes.

Une autre difficulté a résidé en ce que dans la sphère européeniste, l'autonomie nationale est le plus souvent évoquée de manière globale à l'égard de l'ensemble des autorités des États concernées par la mise en œuvre du droit européen, et non spécifiquement à l'égard

¹²⁴⁸ Première définition proposée par le dictionnaire Larousse en ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/autonomie/6779>

¹²⁴⁹ Dans sa thèse de doctorat, Marjolaine ROCCATI définit l'autonomie du juge national comme « *la liberté offerte au juge national dans l'application des normes [...] de l'Union* ». L'autonomie du juge national est ici envisagée dans le même sens. V. M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, op. cit., pp. 289 et s.

de leurs juridictions. Il a donc été nécessaire d'opérer un tri considérable afin de ne conserver dans le champ d'analyse que les cas concernant l'acteur particulier qu'est le juge national.

Une fois ces premières difficultés surmontées, il a été possible de mener deux observations. Dans un premier temps, l'autonomie des juridictions nationales est reconnue dans son principe tant par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour de justice de l'Union européenne. Toutes deux en ont dessiné les conditions et contours au fil de leur jurisprudence, faisant de cette notion centrale dans l'intégration européenne une notion par nature évolutive (**Section 1**).

Dans un second temps, cette autonomie du juge national ne soulève pas exactement les mêmes questions selon qu'elle est appréhendée dans l'un ou l'autre des systèmes. Alors que son instabilité dans le système de la Convention européenne peut présenter un risque pour l'intégration européenne dans ce contexte, sa stabilisation par la Cour de justice semble plutôt rassurante pour ce même processus dans l'Union européenne (**Section 2**).

Section 1. Une reconnaissance de l'autonomie du juge national indispensable à l'intégration européenne

Section 2. Une régulation de l'autonomie du juge national risquée pour l'intégration européenne

SECTION 1. UNE RECONNAISSANCE DE L'AUTONOMIE DU JUGE NATIONAL INDISPENSABLE À L'INTÉGRATION EUROPÉENNE

En tant que juge européen de droit commun, le juge national est chargé de la mise en œuvre du droit européen au niveau national. Dans l'accomplissement de cette lourde tâche, il bénéficie d'une certaine liberté d'action. Cette autonomie est pleinement reconnue, voire consacrée au rang de principe par les Cours européennes. Son existence et sa reconnaissance par les juges européens sont donc parfaitement acquises et son caractère fondamental dans le processus d'intégration européenne s'impose de lui-même.

Ici présentée sous la dénomination d'*autonomie du juge national*, cette liberté des juridictions des États membres recouvre plusieurs réalités distinctes, à la fois dans la jurisprudence du juge de la Convention (§ 1) et de l'Union (§ 2).

§ 1. La reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme

Dans le système conventionnel, l'autonomie reconnue au juge national se manifeste principalement sous deux aspects complémentaires. Le premier concerne la déférence de la Cour européenne à son égard. Cette déférence est observée au regard de ses compétences exclusives, et manifeste donc la subsidiarité juridictionnelle dans son intervention *a priori*, au moment de l'attribution des compétences. Elle signifie qu'il appartient au juge national et à lui seul d'apprécier les faits, d'interpréter et d'apprécier le droit national autant que d'apprécier les éventuelles violations du droit national par les autorités étatiques **(A)**.

Le second réside dans la marge d'appréciation reconnue au juge national. Celle-ci a vocation à intervenir dans l'exercice de compétences partagées entre niveau national et européen, c'est-à-dire le contrôle du respect des obligations conventionnelles, pour lequel le juge national est juge de droit commun alors que l'intervention du juge européen reste subsidiaire. La marge d'appréciation du juge national est donc l'expression de la subsidiarité juridictionnelle en aval, au moment de la mise en œuvre du contrôle du respect des droits et libertés fondamentaux **(B)**.

A. La déférence à l'égard du juge national

La déférence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard des interprétations et appréciations du juge national concernant les faits et les questions de droit interne est un principe qu'elle admet largement. En vertu du principe de subsidiarité juridictionnelle, un certain nombre de questions échappent en effet à sa compétence pour relever exclusivement de celle des juridictions nationales. L'autonomie de ces dernières est ainsi pleinement reconnue.

La lecture du paragraphe 48 de l'arrêt *Handyside* permet de comprendre que « *la Cour fait découler de son caractère international et de son rôle subsidiaire une double autonomie des juges nationaux : celle concernant l'exercice de leur contrôle et celle relative à l'interprétation et à l'application du droit national* »¹²⁵⁰. La reconnaissance de cette autonomie est dès lors intimement liée à la subsidiarité juridictionnelle qui organise les rapports entre les différents niveaux de juridictions **(1)**.

La Cour européenne rappelle d'ailleurs régulièrement qu'« *il incombera toujours en priorité aux autorités nationales, et tout particulièrement aux juges nationaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne* »¹²⁵¹. De l'autonomie reconnue au juge national découle en effet l'impossibilité¹²⁵² pour la Cour de substituer sa propre appréciation à celle des juridictions des États concernant les faits et les questions relevant strictement du droit interne **(2)**.

1. Un principe lié à la subsidiarité juridictionnelle

Le respect du partage des compétences juridictionnelles. Selon l'article 19 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a pour mission « *d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles* ». Dans sa version originale, l'article 50, relatif à l'octroi d'une satisfaction

¹²⁵⁰ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Nanterre, 2007, 250 p., pp. 101-114.

¹²⁵¹ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 31. À propos de CourEDH, 11 janv. 2005, *Blücher c. République Tchèque*, req. n° 58580/00, § 62.

¹²⁵² Dont il sera démontré en B) qu'elle est relative.

équitable, rappelait que la Cour est compétente pour déclarer si « *une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la Convention* »¹²⁵³.

Tenu par le principe d'attribution, le juge européen est ainsi compétent pour contrôler le respect des dispositions de la Convention et en sanctionner les éventuelles violations. Le système juridictionnel conventionnel est en effet fondé sur le principe de la « *double compétence juridictionnelle, à la fois de droit interne et de droit international* »¹²⁵⁴, dans lequel chaque niveau de juridiction se voit investi d'une mission propre. Les questions de droit interne sont alors exclues du champ d'action de la Cour pour relever exclusivement de la compétence des juridictions nationales, qu'il s'agisse du contrôle des obligations des Etats découlant de leur droit national, ou encore de l'application ou de l'interprétation de ce dernier par leurs autorités¹²⁵⁵.

Cette « *déférence à l'égard du pouvoir judiciaire national* »¹²⁵⁶ pour tout ce qui relève de l'appréciation du droit interne n'est en fait que le strict respect de la répartition des compétences entre juridictions nationales et européenne tel qu'elle a été conçue, inspirée par le principe de subsidiarité juridictionnelle. Le double objectif de proximité et d'efficacité charge en effet les juridictions des États, en raison de leur meilleure connaissance du contexte, des traditions juridiques, des textes et de la jurisprudence nationaux, de l'interprétation exclusive du droit national, mais aussi de l'appréciation des faits de l'espèce.

¹²⁵³ Dans la version actuelle de la Convention, c'est l'article 41 qui traite de la satisfaction équitable en les termes suivants : « *Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable* ».

¹²⁵⁴ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protecting human rights : the European dimension*, 2^{ème} éd., Berlin, Car Heymanns Verlag KG, 1990, pp. 201-220, spéc. p. 210.

¹²⁵⁵ Sur cette question, v. les développements de J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., pp. 704 et s.

¹²⁵⁶ S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, Dossier sur les droits de l'homme n° 17, 2000, p. 17.

Les conséquences du partage des compétences. Cette répartition des tâches a d'ailleurs conduit à l'émergence de la doctrine de la quatrième instance, selon laquelle la Cour européenne des droits de l'homme « *n'est pas une sorte de Cour de cassation européenne* »¹²⁵⁷. Elle n'est absolument pas « *une juridiction d'appel, de cassation ou de révision par rapport aux juridictions des États parties* »¹²⁵⁸. Le jurisconsulte de la Cour Vincent BERGER ajoute également que « *les affaires de quatrième instance procèdent d'une conception erronée [...] du rôle de la Cour et de la nature du mécanisme judiciaire instauré par la Convention* »¹²⁵⁹, qui est subsidiaire par rapport à celui des juridictions nationales¹²⁶⁰. Il s'ensuit que le juge de la Convention n'est pas compétent pour « *annuler, rapporter ou réformer les décisions individuelles prises par les autorités [...] juridictionnelles nationales* »¹²⁶¹. En particulier, il n'a pas vocation à « *rechercher si des erreurs de fait ou de droit ont été commises par les juridictions internes des États [sauf si] ces erreurs paraîtraient avoir entraîné des violations de l'un des droits et libertés* »¹²⁶² conventionnels. De la même manière, en dehors de l'hypothèse particulière dans laquelle la Convention vise expressément le droit national¹²⁶³, la Cour européenne ne contrôle pas l'interprétation et l'application du droit national faites par les juges des États.

Ainsi, « *seul l'intéresse l'effet d'un acte interne – ici juridictionnel – sur un droit conventionnel et nullement son contenu* »¹²⁶⁴. Le principe est simple. La Cour européenne des

¹²⁵⁷ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., p. 960. V. également le Rapport de la Commission juridique à l'Assemblée Consultative, présenté par M. TEITGEN, 5 sept. 1949, in Rec., I, pp. 103 et 104-105 : « *La Cour ne fonctionnera en aucune manière comme une Cour de Cassation Supérieure compétente pour connaître de toute erreur de droit ou de fait reprochée à l'arrêt attaqué* ».

¹²⁵⁸ Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », op. cit., p. 9.

¹²⁵⁹ Ibid.

¹²⁶⁰ Le lien entre la « doctrine de la quatrième instance » et la subsidiarité du contrôle mené à Strasbourg est régulièrement mis en avant. V. par ex. J.-P. COSTA, « Le contrôle externe institutionnalisé », Table ronde, Colloque à la Cour de Cassation, 14 nov. 2003 : « *Guidée par le principe de subsidiarité, [...] la Cour devant se garder d'être une juridiction de quatrième instance* ». V. également J.-P. COSTA, « Intervention introductive », Conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Conseil d'État, Paris, 19 avril 2010, en ligne sur www.conseil-etat.fr.

¹²⁶¹ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., p. 967. Pour un ex. à propos de l'autorité législative nationale, v. CourEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, § 58.

¹²⁶² Ibid., p. 704.

¹²⁶³ Ibid.

¹²⁶⁴ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », op. cit., pp. 101-114.

droits de l'homme se prononce sur les éventuelles violations de la Convention en laissant de côté toute potentielle « *inexactitude matérielle des faits, erreur de qualification juridique des faits ou encore erreur d'interprétation* »¹²⁶⁵ ou d'application du droit interne par les juridictions nationales, pour uniquement se concentrer sur les conséquences des décisions de justice nationales sur la garantie des droits et libertés conventionnellement protégés.

L'autonomie reconnue au juge national par la Cour européenne des droits de l'homme est donc intimement liée au partage des compétences juridictionnelles opéré par les textes et dont la logique est guidée par le principe de subsidiarité juridictionnelle. Que l'on qualifie cette autonomie de déférence à l'égard des juridictions nationales ou que l'on y renvoie *via* la référence à la doctrine de la quatrième instance, il reste que la reconnaissance de cette autonomie empêche la Cour de se substituer au juge national.

2. Un principe empêchant la substitution de la Cour aux juridictions nationales

La consécration dans l'arrêt *Handyside*. Le principe selon lequel « *la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier sous l'angle [des dispositions de la Convention] les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation* »¹²⁶⁶ a été consacré au paragraphe 50 du célèbre arrêt *Handyside*. Formule devenue classique dans la jurisprudence de la Cour, elle signifie qu'en vertu du principe de subsidiarité juridictionnelle, lorsque celle-ci est saisie d'une éventuelle violation de la Convention par une décision de justice nationale, elle observe une certaine déférence à l'égard des conclusions de son homologue national. La Cour européenne des droits de l'homme est en effet généralement « *soucieuse de préserver la part d'autonomie des juges internes qui découle de la subsidiarité de son contrôle* »¹²⁶⁷.

La confirmation par une jurisprudence constante. Il est établi que la Cour n'a pas vocation à se substituer aux juridictions nationales, et quelques exemples jurisprudentiels permettent de l'illustrer. En 1971, dans l'affaire *Ringeisen c. Autriche*, le juge de la

¹²⁶⁵ *Ibid.*

¹²⁶⁶ CourEDH, plén., 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, § 50.

¹²⁶⁷ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », *op. cit.*, pp. 101-114.

Convention affirmait déjà qu'il « *n'a pas à se prononcer sur l'interprétation du droit [national] sur laquelle s'appuie l'arrêt dont il s'agit, ni à exprimer un avis sur la manière dont il a été motivé* »¹²⁶⁸. Il reconnaît donc que le partage des compétences entre les niveaux juridictionnels national et européen l'empêche de contrôler l'interprétation qui est faite du droit interne par les juridictions étatiques. Elle reconnaît également une autonomie certaine à ces dernières quant au raisonnement qui anime leurs décisions. Tout en restant « *vague* »¹²⁶⁹, cette autonomie du juge national consacrée par la Cour existe néanmoins.

Dans une autre affaire, alors que la requérante conteste l'interprétation fournie par les juridictions internes de la loi nationale, la Cour répond qu'« *il n[e lui] appartient toutefois pas d'apprécier l'opportunité des choix de politique jurisprudentielle opérés par les juridictions internes ; son rôle se limite à vérifier la conformité à la Convention des conséquences qui en découlent* »¹²⁷⁰. Le juge de la Convention reconnaît donc l'autonomie du juge national reposant sur le partage de leurs attributions respectives et la retenue judiciaire qu'elle implique le concernant.

Il n'est pas inutile de reprendre ici l'intégralité du paragraphe 52 de l'arrêt *Blücher c. République Tchèque* du 11 janvier 2005, tant il résume bien les implications de l'autonomie du juge national, précisément envisagée sous l'angle de la non-substitution de l'appréciation de la Cour à celle des juridictions des États :

« La Cour rappelle d'emblée qu'elle n'a pas pour tâche de substituer sa propre appréciation des faits et des preuves à celle des juridictions internes, sa tâche étant de s'assurer que les moyens de preuve ont été présentés de manière à garantir un procès équitable. C'est au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter et d'appliquer la législation interne. Il n'appartient pas non plus à la Cour d'examiner une requête relative à des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par des juridictions nationales, ni d'apprécier l'opportunité des choix de politique jurisprudentielle opérés par celles-ci ; son rôle se limite à vérifier la conformité à la Convention des conséquences qui en découlent »¹²⁷¹.

¹²⁶⁸ CourEDH, 16 juil. 1971, *Ringeisen c. Autriche*, req. n° 2614/65, § 97.

¹²⁶⁹ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », *op. cit.*, pp. 101-114.

¹²⁷⁰ CourEDH, 19 déc. 1997, *Brualla Gomez de la Torre c. Espagne*, req. n° 26737/95, § 32.

¹²⁷¹ CourEDH, 11 janv. 2005, *Blücher c. République Tchèque*, req. n° 58580/00, § 52.

Le principe de la déférence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard du juge national repose donc sur l'idée simple selon laquelle les autorités juridictionnelles sont tenues par le respect du principe d'attribution. En vertu de ce principe, elle n'est pas habilitée à empiéter sur le domaine de compétence exclusive des juridictions nationales, qui correspond à l'interprétation et à l'application du droit interne mais également à l'appréciation des faits et du droit dans une affaire donnée. Elle reconnaît donc qu'elle ne doit pas substituer ses appréciations à celles du juge de droit commun. Imprégnée de subsidiarité juridictionnelle, cette mécanique est voisine de la notion de marge nationale d'appréciation à l'égard des juridictions nationales.

B. La doctrine de la marge nationale d'appréciation

Initialement développée par la Commission puis par la Cour européenne des droits de l'homme, la doctrine de la marge d'appréciation est un instrument jurisprudentiel « *à la discrétion de la Cour* »¹²⁷², lui permettant, selon les circonstances, de « *moduler l'intensité* »¹²⁷³ de son contrôle **(1)**. L'entrée en vigueur prochaine du Protocole n° 15, qui prévoit son inscription dans le préambule de la Convention en la liant au principe de subsidiarité, semble tenter de mettre la mise en œuvre de la marge d'appréciation entre les mains des États et ainsi changer la donne de manière préoccupante **(2)**.

1. Un instrument jurisprudentiel

Présentation générale de la marge. Qualifiée par le Professeur Frédéric SUDRE d'« *expression jurisprudentielle du principe de subsidiarité* »¹²⁷⁴, la doctrine de la marge nationale d'appréciation est intimement liée à la subsidiarité du contrôle juridictionnel européen par rapport au contrôle effectué au niveau national. Elle est ainsi une « *technique prétorienne élaborée par la Cour dès ses débuts en vue de contrôler la conformité des mesures étatiques à la Convention tout en prenant en compte la proximité de l'État défendeur* »

¹²⁷² F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1918.

¹²⁷³ J.-P. COSTA, « Les réformes de la Cour européenne des droits de l'homme – Avant et après Brighton », *L'Observateur de Bruxelles*, n° 89, juil. 2012, pp. 30-34, spéc. p. 33.

¹²⁷⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 214.

avec la situation litigieuse »¹²⁷⁵. Outre le fait que la préoccupation de proximité renvoie assurément à l'un des marqueurs de la subsidiarité, le lien entre marge d'appréciation et subsidiarité est d'autant plus étroit si l'on considère que lors de sa mise en œuvre, la Cour gère « un équilibre délicat entre une logique centrifuge (celle de la "marge nationale d'appréciation") et une logique centripète (celle du contrôle européen) »¹²⁷⁶.

Il reste par ailleurs que la doctrine de la marge nationale d'appréciation ne relève pas seulement de la subsidiarité matérielle mais également procédurale, et plus précisément juridictionnelle. En effet, « en intégrant ce paramètre de contrôle, le juge européen a répondu à une véritable question de "politique juridique" de savoir si, et à quel point, son propre examen devait être subsidiaire, notamment par rapport à l'intervention des juridictions nationales »¹²⁷⁷. Le Professeur Guillaume DRAGO insiste d'ailleurs lui aussi sur la place centrale occupée par les juridictions nationales lorsqu'il décrit la marge nationale d'appréciation comme étant « une marge de liberté pour les États et leurs juges au regard des exigences de la Cour »¹²⁷⁸.

Décrite par le Professeur Michele DE SALVIA¹²⁷⁹ comme « un principe d'interprétation particulier à la CEDH dont le caractère éminemment subjectif paraît évident »¹²⁸⁰, la doctrine de la marge nationale d'appréciation apparaît comme « un instrument d'autorégulation »¹²⁸¹ de son contrôle développé par la Cour européenne des droits de l'homme. Elle correspond en effet à la « marge de manœuvre » que la Cour reconnaît aux autorités nationales dans le cadre de la mise en œuvre de leurs obligations

¹²⁷⁵ B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Coll. des Thèses, Fondation Varenne, 2009, p. 313.

¹²⁷⁶ F. OST, « L'originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonnement la raison d'État*, 1989, pp. 405-465, spéc. p. 451.

¹²⁷⁷ C. PICHERAL « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », *op. cit.*, p. 89.

¹²⁷⁸ G. DRAGO, in « 3 questions à Guillaume DRAGO », *Actualités, JCP G.*, 2017, n° 11, p. 524.

¹²⁷⁹ M. DE SALVIA est Professeur à l'Université catholique de Milan, mais également ancien jurisconsulte et greffier en chef à la Cour européenne des droits de l'homme, et ancien secrétaire de la Commission européenne des droits de l'homme.

¹²⁸⁰ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation ? », in *Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 273-385, spéc. p. 374.

¹²⁸¹ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », *op. cit.*, p. 103.

conventionnelles¹²⁸². Autrement dit, « *cette notion semble, de façon générale, désigner la plus ou moins grande liberté d'action dont doivent jouir les autorités nationales lorsqu'elles sont amenées à adopter une mesure particulière qui peut affecter l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale* »¹²⁸³. Parmi elles, les autorités juridictionnelles des États, non seulement jouissent également de cette marge au même titre que toute autorité nationale¹²⁸⁴, mais accomplissent de surcroît la mission essentielle du contrôle du respect des droits et libertés conventionnels par les pouvoirs législatif et exécutif nationaux.

Une consécration prétorienne. Totalement absente des travaux des pères fondateurs¹²⁸⁵, la doctrine de la marge nationale d'appréciation est le « *fruit de la jurisprudence de la Cour* », et ainsi « *par nature judiciaire* »¹²⁸⁶. La doctrine de la marge étant une « *construction prétorienne* »¹²⁸⁷, la détermination de cette « *marge de manœuvre* »¹²⁸⁸ repose tout entière entre les mains du juge de la Convention, qui la définit comme « *un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour* »¹²⁸⁹. Dès lors, si les autorités nationales en sont les destinataires, les États ne sont pas pour autant « *les maîtres de la marge d'appréciation, [qui] n'échappe [...] pas à la propre discrétion de la Cour* »¹²⁹⁰. Il est d'ailleurs utile de noter que le champ d'application de la marge

¹²⁸² S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁸³ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 374.

¹²⁸⁴ Pour un ex., v. CourEDH, 18 janv. 2011, *MGN Limited c. Royaume-Uni*, req. n° 39401/01, § 150, dans lequel la Cour évoque « *la marge d'appréciation accordée aux décisions des juridictions nationales* » (la traduction est nôtre).

¹²⁸⁵ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 374.

¹²⁸⁶ S. CASSESE, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », *op. cit.*, p. 2.

¹²⁸⁷ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », *op. cit.*, p. 90.

¹²⁸⁸ S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁸⁹ CourEDH, GC, 19 fév. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 3455/05, § 84.

¹²⁹⁰ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », *op. cit.*, p. 90.

d'appréciation est limité, cette dernière intervenant dans le contrôle de proportionnalité dans la protection des droits non absolus¹²⁹¹.

Cette « *notion toute prétorienne* »¹²⁹² a tout d'abord été développée par la Commission européenne des droits de l'homme. La marge nationale d'appréciation apparaît en effet dans le rapport rendu par la Commission dans la première affaire opposant la Grèce au Royaume-Uni en 1956¹²⁹³, dans lequel elle précise que « *sans aller jusqu'à reconnaître une présomption en faveur de la nécessité des mesures prises par le gouvernement, la Commission était de l'opinion, néanmoins, qu'une certaine marge d'appréciation devait être accordée au gouvernement* »¹²⁹⁴. Elle est à nouveau mobilisée par la Commission à l'occasion de l'affaire *Lawless*¹²⁹⁵, bien que la Cour ne l'ait pas reprise dans l'arrêt rendu au fond¹²⁹⁶.

Des années plus tard, cette « *initiative de la marge d'appréciation par la Commission* »¹²⁹⁷ est également entérinée par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, bien qu'exprimée pour la première fois dans l'« *affaire linguistique belge* »¹²⁹⁸, cette « *doctrine jurisprudentielle* » n'a fait son apparition expresse que dans l'arrêt rendu dans

¹²⁹¹ Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 13-16. Le jurisconsulte précise qu'étaient initialement concernés « *les droits non absolus pour lesquels les restrictions sont explicitement prévues dans la Convention* », puis ensuite « *les droits non absolus aux limitations implicites* ».

¹²⁹² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 214.

¹²⁹³ Affaire *Grèce c. Royaume-Uni (I)*, introduite le 7 mai 1956, n° 176/56, et rapport de la Commission du 26 sept. 1958, rendu public en 1997 par la résolution DH (97) 376.

¹²⁹⁴ Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 26 sept. 1958 rendu dans l'affaire *Grèce c. Royaume-Uni (I)*, § 318. La traduction est nôtre, les propos originaux sont les suivants : « *Without going as far as to recognise a presumption in favour of the necessity of measures taken by the Government, the Commission was of the opinion, nevertheless, that a certain margin of appreciation must be conceded to the Government* ».

¹²⁹⁵ Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 19 déc. 1959 rendu dans l'affaire *Lawless*, § 90.

¹²⁹⁶ CourEDH, 1^{er} juil. 1961, *Lawless c. Irlande (n°3)*, req. n° 332/57.

¹²⁹⁷ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 207.

¹²⁹⁸ CourEDH, 23 juil. 1968, Affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » c. Belgique, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64, § 10 : « *En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention* ».

l'affaire *Handyside*¹²⁹⁹. Dans ce dernier, le juge de la Convention entérine la doctrine en partant de la subsidiarité juridictionnelle du système européen de protection des droits de l'homme. Face à la question de savoir « si les "restrictions" et "sanctions" » visées étaient « "nécessaires dans une société démocratique", et à la "protection de la morale" », il se borne à vérifier que « les juridictions [nationales] ont agi [...] dans les limites de la marge d'appréciation consentie aux États »¹³⁰⁰. Il n'omet cependant pas de préciser ensuite que la marge d'appréciation s'accompagne d'un contrôle européen¹³⁰¹. Plus loin, il explique qu'elle « n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation »¹³⁰². C'est ici la consécration de la doctrine de la marge nationale d'appréciation par la Cour de Strasbourg.

2. Un instrument bientôt textuel

Une consécration textuelle prochaine. Développée par la Cour « dès ses débuts »¹³⁰³, la doctrine de la marge nationale d'appréciation fait l'objet d'une « consécration conventionnelle »¹³⁰⁴ par le Protocole n° 15. Ouvert à la signature en juin 2013, celui-ci entrera en vigueur lorsque tous les États parties l'auront ratifié¹³⁰⁵ et apporte une série de changements d'ordre principalement procédural¹³⁰⁶.

L'intervention du Protocole n° 15 portant amendement à la Convention européenne des droits de l'homme s'inscrit dans le cadre du processus plus large de réforme de la Cour, initié dès le milieu des années 1990 et dont les préoccupations récentes concernent le

¹²⁹⁹ CourEDH, plén. 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, § 48.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, § 47.

¹³⁰¹ *Ibid.*, § 49.

¹³⁰² *Ibid.*, § 50.

¹³⁰³ B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 313.

¹³⁰⁴ F. TULKENS, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 398.

¹³⁰⁵ Au 1^{er} août 2020, 45 États sur 47 l'ont ratifié.

¹³⁰⁶ Les apports du Protocole n° 15 à la Convention concernent la mention du principe de subsidiarité et de la doctrine de la marge nationale d'appréciation dans le préambule de cette dernière, la limite d'âge des juges à la Cour, le dessaisissement des chambres au profit de la Grande Chambre, la réduction du délai de recours et la modification de la condition de recevabilité relative à l'existence d'un préjudice important. Pour une explication de chacun de ces changements, v. G. MALINVERNI, « Le Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD h.*, 2015, n° 101, pp. 51-63.

désengorgement de la juridiction de Strasbourg. Initié par les Protocoles n° 11, puis n° 14, le mouvement de réforme a conduit à l'organisation régulière de « *conférences de haut niveau sur l'avenir de la Cour* », réunissant l'ensemble des États et débouchant sur des Déclarations. Intervenu en 2012 après celles d'Interlaken en 2010 et d'Izmir en 2011, la Déclaration de Brighton a abouti à l'adoption des Protocoles n° 15 et n° 16¹³⁰⁷.

L'ensemble des travaux menés dans le cadre du processus de réforme se fonde sur le même fil rouge : le renforcement de la subsidiarité du système européen de protection des droits de l'homme. Le principe de la subsidiarité du contrôle juridictionnel mené à Strasbourg y est maintes fois rappelé, mis en avant, et parfois brandi comme la solution à tous les maux¹³⁰⁸. Le Protocole n° 15 s'inscrit parfaitement dans cette lignée et a cela de particulier qu'il prévoit en son article 1^{er} l'ajout d'un considérant à la fin du préambule de la Convention, qui se lit ainsi : « *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* »¹³⁰⁹. Ainsi la marge nationale d'appréciation, « *de simple technique prétorienne, accède au rang de règle conventionnelle* »¹³¹⁰.

Une consécration textuelle critiquable. Il est possible d'analyser le changement opéré par l'article 1^{er} du Protocole n° 15 comme une simple « *codification, non seulement de la philosophie inhérente à un système régional de garantie des droits de l'homme (pour la subsidiarité) mais aussi de l'acquis jurisprudentiel de la Cour (pour la marge*

¹³⁰⁷ Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, STCE n 214, 2 oct. 2013, instaurant le mécanisme des avis consultatifs entre les juridictions suprêmes nationales et la Cour.

¹³⁰⁸ Ainsi et parmi les nombreuses références à la subsidiarité : le paragraphe 2 de la Déclaration d'Interlaken « *appelle à un renforcement du principe de subsidiarité* » ; le paragraphe 5 de la Déclaration d'Izmir « *rappelle que le caractère subsidiaire du mécanisme de la Convention constitue un principe transversal et fondamental dont à la fois la Cour et les États Parties doivent tenir compte* » ; le paragraphe 3 de la Déclaration de Brighton déclare que « *les États parties et la Cour partagent la responsabilité de la mise en œuvre effective de la Convention, sur la base du principe fondamental de subsidiarité* » ; et le paragraphe 3 du préambule du Protocole n° 16 qui souligne que le nouveau mécanisme d'avis consultatifs « *consolidera la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité* ».

¹³⁰⁹ Article 1^{er} du Protocole n° 15 portant amendement à la Convention européenne des droits de l'homme du 24 juin 2013.

¹³¹⁰ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1918.

d'appréciation) »¹³¹¹. D'aucuns considèrent que c'est « *enfoncer une porte ouverte* » que d'introduire dans le préambule de la Convention des références au principe de subsidiarité et à la marge d'appréciation, tant il apparaît que la formule est « *incantatoire* »¹³¹². La lecture du rapport explicatif du Protocole n° 15 permettrait de s'en convaincre puisqu'il affirme que ce nouveau considérant « *est destiné [...] à rester cohérent avec la doctrine de marge d'appréciation telle que développée par la Cour dans sa jurisprudence* »¹³¹³. L'ancien juge à la Cour Giorgio MALINVERNI se veut d'ailleurs rassurant lorsque, s'appuyant sur ce même paragraphe 7 du rapport explicatif, il considère que « *le nouveau considérant du préambule ne devrait pas avoir une incidence pratique particulière sur la jurisprudence de la Cour* »¹³¹⁴.

D'autres s'inquiètent néanmoins du fait que l'inscription de la doctrine de la marge nationale d'appréciation dans le préambule n'emporte toutefois pas seulement des conséquences d'ordre « *symbolique* »¹³¹⁵. Leurs craintes sont légitimes. En dénonçant la « *consécration conventionnelle du principe de subsidiarité avec un passager clandestin, son "mauvais génie", la marge nationale d'appréciation* »¹³¹⁶, l'ancienne Vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme Françoise TULKENS s'inquiète de ce que ce changement n'induisse un recul de l'action de la Cour. Référence est faite au contexte particulièrement tendu entourant la conférence de Brighton, le juge de la Convention ayant fait l'objet de nombreuses critiques, pour certaines « *féroces* »¹³¹⁷ de la part des États.

La Cour elle-même avait eu l'occasion de manifester ses craintes à l'égard de cette nouvelle disposition et plus précisément de l'état d'esprit qui en était à l'origine¹³¹⁸. Certains évoquent d'ailleurs à l'égard du développement de la marge nationale d'appréciation qu'il est « *le signe d'une volonté nationale d'équilibrer la jurisprudence européenne, [...] très*

¹³¹¹ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention EDH », *AJDA*, 2013, p. 1794.

¹³¹² J.-P. COSTA, « Les réformes de la Cour européenne des droits de l'homme – Avant et après Brighton », *op. cit.*, spéc. p. 33.

¹³¹³ Rapport explicatif du Protocole n° 15, § 7.

¹³¹⁴ G. MALINVERNI, « Le Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 55.

¹³¹⁵ F. TULKENS, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 397.

¹³¹⁶ *Ibid.*, p. 398.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ Cette crainte est reprise (pour être poliment écartée) dans l'Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme, du 6 fév. 2013, § 4.

intrusive dans le droit des États », et ajoutent que « la marge nationale d'appréciation doit permettre aux États et à leurs juges de résister à ces jurisprudences intrusives »¹³¹⁹.

Il apparaît que l'inscription dans le préambule de la Convention du principe de subsidiarité, en le liant ainsi à la doctrine de la marge d'appréciation, ait vocation aux yeux des États à encadrer le contrôle de la juridiction européenne¹³²⁰, annonçant par là « *un changement de paradigme préoccupant* »¹³²¹. L'assimilation des deux notions n'était en effet pas souhaitable dans la mesure où elles « *ne sont pas interchangeables* » : elles n'ont ni le même moment ni le même champ d'application¹³²². En entretenant la « *confusion* »¹³²³, la formulation retenue par les Parties contractantes laisse planer le doute et ouvre le champ à une dérive qui consisterait en une application généralisée, voire automatique, de la doctrine de la marge. Plus précisément, et ce n'est « *pas très rassurant* »¹³²⁴, cette formulation et les intentions qui l'ont portée encouragent dangereusement une dérive déjà ponctuellement constatée dans la jurisprudence de la Cour¹³²⁵ consistant à « *faire jouer la marge d'appréciation, au nom de la subsidiarité, dans des contentieux qui par nature ne devraient pas impliquer cette technique* »¹³²⁶.

La marge nationale d'appréciation, notion « *créée de façon prétorienne par la jurisprudence de Strasbourg* »¹³²⁷ afin de réguler l'intensité du contrôle juridictionnel opéré par la Cour dans certains domaines, va bientôt faire son entrée dans le texte conventionnel. Si cette doctrine a passionné de nombreux débats, et les anime encore vivement du fait de sa

¹³¹⁹ G. DRAGO, in « 3 questions à Guillaume DRAGO », *op. cit.*, p. 524.

¹³²⁰ F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *op. cit.*, pp. 323 et s.

¹³²¹ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1917.

¹³²² Sur cette question, v. les explications détaillées par Béatrice PASTRE-BELDA : B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, pp. 265 et s.

¹³²³ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention EDH », *op. cit.*, p. 1763.

¹³²⁴ F. TULKENS, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 398.

¹³²⁵ V. principalement CourEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09 ; et CourEDH, GC, 22 avr. 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, req. n° 48876/08.

¹³²⁶ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 267.

¹³²⁷ J.-P. COSTA, « Les réformes de la Cour européenne des droits de l'homme – Avant et après Brighton », *op. cit.*, p. 33.

prochaine inscription dans le préambule de la Convention, c'est parce qu'elle est d'une certaine manière « *imprévisible* »¹³²⁸. Mais avant de s'intéresser plus profondément à cette question, il convient d'observer que dans l'ordre juridique de l'Union européenne, l'autonomie du juge national est également pleinement reconnue.

§ 2. La reconnaissance par la Cour de justice de l'Union européenne

Le choix a été fait de ne s'intéresser ici qu'à l'autonomie procédurale des juridictions nationales. Il convient dès lors de rappeler que malgré une certaine confusion doctrinale¹³²⁹, il ne faut pas confondre les notions voisines d'autonomie institutionnelle et d'autonomie procédurale¹³³⁰. Alors que la première renvoie à la liberté dont disposent les États membres pour « *désigner les juridictions compétentes* » pour assurer la mise en œuvre du droit de l'Union, la seconde concerne l'autonomie des États pour « *régler les modalités procédurales des recours en justice* »¹³³¹.

Ce préalable étant posé, il faut remarquer que l'autonomie procédurale¹³³² du juge national est pleinement reconnue par la Cour de justice depuis les origines de la construction communautaire. Il est intéressant d'y revenir. Cela permettra de présenter ce principe et les conditions de sa reconnaissance par la Cour de justice **(A)**, pour ensuite en déduire qu'il est une manifestation éclatante du principe de subsidiarité juridictionnelle dans tous ses aspects **(B)**.

¹³²⁸ S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 6.

¹³²⁹ Certains placent autonomie institutionnelle et procédurale sous la bannière unique d'autonomie institutionnelle. V. J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, vol. 18, pp. 864-903, spéc. p. 885 ; R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *Cah. dr. eur.*, 1972, pp. 227-244, spéc. p. 232.

¹³³⁰ Comme le fait V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, op. cit., p. 76, qui renvoie lui-même à A. BARAV, « The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of National Courts », in *Judicial Protection of Rights in the Legal Community Order*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 260 ; D.-U. GALLET, *Procedural Autonomy of EU Member States : Paradise Lost ? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, Berlin, Springer, 2010, pp. 7-9 ; J.-C. BONICHOT et F. GREVISSE, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 297-310, spéc. p. 298.

¹³³¹ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, aff. 33/76, *Rec.* p. 1989, pt. 5 ; CJCE, 16 déc. 1976, *Comet BV*, aff. 45/76, *Rec.* p. 2043, pt. 13.

¹³³² Sur le glissement notionnel entre autonomie procédurale et compétence procédurale nationale, v. V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, op. cit., pp. 39 et s.

A. La consécration de l'autonomie procédurale

Le principe de l'autonomie procédurale des États membres, et donc de leurs juridictions puisque ce sont à ces dernières qu'incombe le contrôle quotidien du respect du droit de l'Union par les autorités nationales, devait nécessairement être consacré par le juge de l'Union dans la mesure où la compétence procédurale lui échappe en principe (1). Il a donc rapidement reconnu une autonomie procédurale aux États membres et à leurs juridictions. Il l'a fait dans un premier temps sans en dire le nom, puis en consacrant explicitement le principe (2).

1. Une consécration nécessaire

Présentation de l'autonomie procédurale du juge national. L'autonomie procédurale des juridictions nationales découle de l'idée selon laquelle l'Union a, dès les origines, confié aux juridictions des États membres la mission d'appliquer et de contrôler l'application des règles européennes. Le Professeur Joël RIDEAU relève justement à cet égard que « *la charge des juridictions nationales dans l'application du droit communautaire est lourde et leur responsabilité capitale pour l'avenir de la construction européenne* »¹³³³. Il est clair que l'ordre juridique de l'Union ayant décentralisé au niveau national l'application et le contrôle du respect des normes européennes, ce sont les règles procédurales nationales qui s'appliquent.

Dès lors, le principe de l'autonomie procédurale signifie que le juge national « *est seul juge des moyens les plus adéquats pour exercer sa fonction* »¹³³⁴ de juge de droit commun du droit de l'Union. Il peut donc « *utiliser en toute liberté les outils [procéduraux] que lui offre son ordre juridique* »¹³³⁵.

Le respect de la compétence procédurale nationale. Le principe de l'autonomie procédurale renvoie au droit national pour la mise en œuvre du droit de l'Union, lorsque ce

¹³³³ J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *op. cit.*, p. 900.

¹³³⁴ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 54.

¹³³⁵ *Ibid.*

dernier ne prévoit pas de règle de procédure particulière. Dans ce cas, les règles de procédure nationales sont fondamentales car « *elles seules permettent aux particuliers de soumettre à un juge les méconnaissances du droit communautaire par les autorités nationales* »¹³³⁶.

En effet, il est acquis que le droit primaire de l'Union « *n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit [de l'Union européenne], des voies de droit autres que celles établies par le droit national* »¹³³⁷. Si le respect de l'autonomie procédurale des juges nationaux incarne le « *respect de la diversité des systèmes juridiques* »¹³³⁸, il vient également exprimer « *les exigences de la souveraineté des États membres* »¹³³⁹, dont la compétence procédurale n'a pas été transférée au niveau européen¹³⁴⁰. Selon Vincent COURONNE, la compétence procédurale des États membres se définit « *comme le titre dont disposent [ces derniers] pour régler les modalités procédurales juridictionnelles permettant d'assurer aux justiciables les droits qu'ils tirent du droit de l'Union* »¹³⁴¹.

Il apparaît donc clairement que la reconnaissance de l'autonomie procédurale des juridictions nationales, plus que nécessaire, s'imposait d'elle-même dans une construction fondée sur une exécution décentralisée des normes.

2. Une consécration jurisprudentielle

Le principe consacré par la Cour. Il convient au préalable de souligner, comme le relevait déjà le juge Constantinos KAKOURIS en 1997, que le principe de l'autonomie procédurale a d'abord fait l'objet d'une consécration doctrinale avant d'être formellement

¹³³⁶ J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *op. cit.*, p. 883.

¹³³⁷ CJCE, 7 juil. 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord mbH*, aff. 158/80, Rec. p. 1805, pt. 44.

¹³³⁸ F. TRAIN, « Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité », *op. cit.*, p. 103.

¹³³⁹ R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, spéc. p. 231.

¹³⁴⁰ Sur la distinction entre les notions d'autonomie et de compétence procédurale nationale et la justification de l'utilisation du vocable de compétence procédurale, v. la démonstration convaincante de Vincent COURONNE. V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 39 et s.

¹³⁴¹ *Ibid.*, p. 15.

repris par la Cour de justice¹³⁴². Si l'idée n'est pas nouvelle, c'est seulement en 2006¹³⁴³ que la Cour le mentionne pour la première fois expressément¹³⁴⁴.

Pourtant, l'idée d'une autonomie procédurale des États membres est ancrée dans la jurisprudence de la Cour de justice depuis les arrêts *Rewe* et *Comet* du 16 décembre 1976¹³⁴⁵. Elle y livre déjà une définition du principe, qui restera constante dans la jurisprudence postérieure. Le principe de l'autonomie procédurale signifie ainsi qu'« *en l'absence de réglementation communautaire [dans un domaine déterminé], il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre [...] de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »¹³⁴⁶.

Cela implique pour le juge interne qu'il lui appartient, lors de la mise en œuvre d'une disposition du droit de l'Union n'ayant pas lui-même prévu de modalités procédurales précises, « *de puiser dans son droit national pour y trouver les procédures permettant l'application au justiciable* »¹³⁴⁷ du droit qu'il tire du droit de l'Union. Ainsi, la Cour de justice incite les juridictions nationales à faire une « *exploitation intensive des virtualités procédurales du droit national* »¹³⁴⁸.

¹³⁴² C. KAKOURIS, « Do the Member States possess judicial procedural autonomy ? », *CMLR*, Issue 6, 1997, pp. 1389-1412.

¹³⁴³ CJCE, 19 sept. 2006, *i-21 Germany et Arcor AG*, aff. jtes. C-392/04 et C-422/04, *Rec.* p. I-8559, pt. 57.

¹³⁴⁴ Elle le fait en ces termes au point 57 de son arrêt : « *il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres* ».

¹³⁴⁵ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, aff. 33/76, *Rec.* p. 1989 ; CJCE, 16 déc. 1976, *Comet BV*, aff. 45/76, *Rec.* p. 2043. Avant cela, la Cour de justice avait eu l'occasion d'exprimer que la mise en œuvre du droit communautaire se fait « *dans le respect des formes et procédures du droit national* ». V. CJCE, 11 fév. 1971, *Nord Deutsches Vieh und Fleischkontor*, aff. 39/70.

¹³⁴⁶ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, aff. 33/76, *Rec.* p. 1989, pt. 5 ; CJCE, 16 déc. 1976, *Comet BV*, aff. 45/76, *Rec.* p. 2043, pt. 13. Cette définition est également notamment reprise dans le célèbre arrêt *Unibet* : CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* p. I-02271, pt. 39.

¹³⁴⁷ V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 16.

¹³⁴⁸ D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ? », *op. cit.*, p. 485.

L'idée qui ressort de la jurisprudence de la Cour de justice, et particulièrement dans son arrêt *Rewe* de 1981¹³⁴⁹, est que s'il n'a, à aucun moment, été question de créer une juridiction fédérale chargée de veiller au respect du droit de l'Union, il n'a *a fortiori* jamais été envisagé de créer de nouvelles voies de droit nationales spécifiquement à cet effet¹³⁵⁰.

Une obligation de résultat. Dans ses conclusions dans l'affaire *Marimex*, l'avocat général Karl ROEMER explique que dans la mesure où c'est « *dans les principes de son ordre national que le juge doit trouver les éléments lui permettant de donner son plein effet à la règle communautaire, il se trouve en face d'une obligation de résultat et non de moyen* »¹³⁵¹. C'est en effet l'idée qui est prônée par le juge de l'Union lorsqu'il invite le juge national à appliquer « *parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire* »¹³⁵². Si elle s'en remet au juge national quant aux modalités d'application du droit de l'Union, la Cour de justice garde la main mise sur le contrôle du résultat : la protection des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union.

Le principe de l'autonomie procédurale du juge national est donc ancré dans le fonctionnement du système juridique de l'Union européenne. Découlant par nature de la décentralisation de l'exécution du droit de l'Union au niveau national, sa reconnaissance par la Cour de justice était nécessaire. Si les mots ont tardé à venir, cette dernière l'a très tôt reconnu et n'a cessé de rappeler ce principe, devenu un marqueur de sa jurisprudence concernant les compétences procédurales. Cette première approche permet d'observer dans un second temps que le principe de l'autonomie procédurale du juge national est l'une des expressions de la subsidiarité juridictionnelle opérant entre les deux niveaux de juridiction, national et européen.

¹³⁴⁹ CJCE, 7 juil. 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, aff. 158/80, *Rec.* p. 1805.

¹³⁵⁰ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 54.

¹³⁵¹ Conclusions de l'avocat général ROEMER sous l'affaire *Marimex*, aff. 84/71, 24 fév. 1972, pt. 5. Cette expression d'« *obligation de résultat et non de moyen* » est reprise et expliquée in A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, p. 9.

¹³⁵² V. par ex. CJCE, 19 déc. 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec.* p. 675.

B. L'expression de la subsidiarité juridictionnelle

Il n'est pas question ici de simple subsidiarité mais précisément de subsidiarité juridictionnelle. La compétence procédurale visée dont l'exercice obéit à une logique subsidiaire est bien « *celle du juge national en particulier, et non de l'État membre en général* »¹³⁵³. Ainsi, l'autonomie procédurale dont jouissent les juridictions nationales est « *consubstantielle à la subsidiarité juridictionnelle* »¹³⁵⁴. Elle reflète dans le même temps ses deux versants, descendant (1) et ascendant (2).

1. Une expression de son versant descendant

Autonomie procédurale et décentralisation de la mise en œuvre du droit de l'Union. La relation entre l'autonomie procédurale et le phénomène de décentralisation marquant la mise en œuvre du droit de l'Union depuis ses origines est un préalable permettant d'expliquer en quoi le principe de l'autonomie procédurale des juridictions nationales est en fait l'une des expressions de la subsidiarité juridictionnelle dans son aspect descendant.

Les juridictions des États membres se trouvent pleinement « *au carrefour des systèmes juridiques nationaux et de la mise en œuvre du droit [de l'Union]* »¹³⁵⁵. Ainsi, alors qu'elles étaient tenues depuis leur création par l'office assigné par leur ordre juridique interne, ces dernières sont dès lors simultanément juges européens. Leur incombe donc la garantie de la primauté du droit de l'Union européenne. C'est dans l'accomplissement de cette tâche que leur est reconnue une certaine autonomie procédurale, qui s'inscrit nettement dans le « *phénomène de décentralisation maximale de la mise en œuvre du droit de l'Union* »¹³⁵⁶. D'ailleurs, la Cour de justice fait preuve d'un grand respect de l'autonomie procédurale des

¹³⁵³ V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, op. cit., p. 81. Cette idée est confirmée par la lecture de la jurisprudence de la Cour, par ex. CJUE, 29 oct. 2009, *Virginie Pontin*, aff. C-63/08, Rec. p. I-12467, pt. 38.

¹³⁵⁴ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », op. cit., p. 54.

¹³⁵⁵ J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », op. cit., p. 887.

¹³⁵⁶ V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, op. cit., p. 18.

juridictions nationales quant au relevé d'office des moyens tirés de la violation du droit de l'Union¹³⁵⁷.

Autonomie procédurale et subsidiarité juridictionnelle. Dès lors, la relation entre le principe de l'autonomie procédurale et le principe de subsidiarité juridictionnelle devient évidente. Dans la mesure où « *l'autonomie procédurale nationale est considérée comme faisant partie de la mise en œuvre décentralisée du droit communautaire* »¹³⁵⁸, il n'est pas surprenant d'affirmer qu'elle est une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle dans son versant descendant.

En effet, plus que simplement « *conforme avec l'idée subsidiaire* »¹³⁵⁹, l'autonomie procédurale en est l'une des expressions dans la mesure où « *elle postule [...] une compétence de principe du juge interne pour la mise en œuvre du droit de l'Union, et une compétence subsidiaire de la Cour de justice* »¹³⁶⁰. Ainsi, la subsidiarité juridictionnelle « *constitue une grille de lecture permettant de comprendre les justifications du renvoi à l'autonomie procédurale des droits nationaux* »¹³⁶¹.

Le principe de l'autonomie procédurale, « *qui a pour effet de renvoyer largement au juge interne la tâche de sanctionner l'application du droit communautaire* »¹³⁶², s'inscrit donc dans la logique de subsidiarité juridictionnelle irriguant le système juridique de l'Union. Reste à vérifier que cette inscription est complète, en observant que l'autonomie procédurale du juge national est également une expression du versant ascendant de la subsidiarité juridictionnelle.

¹³⁵⁷ V. par ex. CJCE, 11 juil. 1991, *Verholen*, aff. jtes. C-87/90 à C-89/90, *Rec.* p. I-3757, pt. 16 ; CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec.* p. I-4599, pt. 21 ; CJCE, 14 déc. 1995, *Van Schijndel*, aff. jtes. C-430/93 et C-431/93, *Rec.* p. I-4705, pt. 19 ; CJCE, 7 juin 2007, *Van der Weerd*, aff. jtes. C-222/05 à C-225/05, *Rec.* p. I-4233, pt. 16 ; CJCE, 25 nov. 2008, *Heemskerk*, aff. C-455/06, *Rec.* p. I-8763, pt. 46.

¹³⁵⁸ M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness : Rethinking Its Role in Community Law », *European Public Law*, Issue 3, 2005, pp. 375-403, spéc. p. 395.

¹³⁵⁹ V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 87.

¹³⁶⁰ *Ibid.*, p. 89.

¹³⁶¹ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 89.

¹³⁶² *Ibid.*

2. Une expression de son versant ascendant

L'imposition d'obligations minimales aux juridictions nationales. Observer que l'autonomie du juge national est une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle dans son versant ascendant conduit à s'intéresser à son encadrement par la Cour de justice. En effet, l'autonomie procédurale n'a d'existence que « *dans la limite compatible avec l'autonomie de l'ordre juridique [de l'Union]* »¹³⁶³.

Dans la mesure où cet encadrement par la Cour ne concerne le juge national que dans le cadre de l'exercice de sa fonction de juge de droit commun du droit de l'Union, il est possible d'en déduire que cette intervention vient le renforcer en revalorisant cette mission¹³⁶⁴. L'on ne peut pourtant s'en tenir à cette seule constatation. Plus fondamentalement, par son interventionnisme, le juge de l'Union vient modérer les effets potentiellement négatifs de l'autonomie procédurale sur l'intégration du droit de l'Union dans les ordres juridiques nationaux.

En effet, dès lors que l'uniformité d'application du droit de l'Union, son effet direct ou sa primauté sont menacés, la Cour de justice intervient pour pallier les faiblesses de la décentralisation juridictionnelle. Il s'avère que « *la liberté dont disposent les juridictions internes est ainsi en partie maîtrisée par la Cour de justice* »¹³⁶⁵, dans les cas où elle peut conduire à des divergences d'application et/ou un manque d'effectivité du droit de l'Union. En ce sens, le jeu de l'autonomie procédurale est une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle dans son versant ascendant, intégrateur.

Le renfort apporté par la Cour aux juges nationaux. S'inscrivant encore dans la préservation du processus d'intégration, la Cour de justice intervient aussi parfois non pour imposer des obligations minimales au juge national, mais pour lui apporter son aide. Le juge de l'Union agit alors comme un renfort au juge national lorsque ce dernier se trouve en

¹³⁶³ F. TRAIN, « Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité », *op. cit.*, p. 103.

¹³⁶⁴ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 60.

¹³⁶⁵ *Ibid.*

difficulté lors de l'accomplissement de sa mission de juge de droit commun du droit de l'Union¹³⁶⁶.

Lorsqu'elle agit de la sorte, la Cour de justice incarne parfaitement les *troupes de réserves* à l'origine de l'idée subsidiaire. Son encadrement de l'autonomie du juge national, lorsqu'elle a vocation à lui venir en aide dans une tâche qu'il lui est difficile d'accomplir seul de manière satisfaisante, illustre pleinement la subsidiarité juridictionnelle qui anime les relations entre juges nationaux et européens.

Dans ces deux cas, est observée une « *réduction de la subsidiarité descendante* »¹³⁶⁷ au profit d'une montée en puissance de la subsidiarité ascendante justifiée par l'objectif d'intégration sous-tendant la construction communautaire dès ses origines.

L'autonomie procédurale du juge national autant que l'encadrement dont elle fait l'objet manifestent donc la subsidiarité juridictionnelle dans toute sa complexité, « *tant les considérations et les intérêts en présence sont à la fois légitimes et contradictoires* »¹³⁶⁸.

L'autonomie du juge national est donc pleinement reconnue tant par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour de justice de l'Union européenne. Par l'observation d'une certaine déférence à leur égard et la reconnaissance de leur marge d'appréciation, la Cour européenne reconnaît l'autonomie des juridictions nationales, expression de la subsidiarité juridictionnelle essentielle à l'intégration européenne. Également pleinement acquis dans l'ordre juridique de l'Union, la reconnaissance de ce principe par la Cour de justice a eu lieu très tôt. Il était nécessaire dans une Union européenne qui se revendique « *unie dans la diversité* », afin, précisément, de laisser une place à l'expression des diversités nationales quant aux règles de procédure.

Toutefois, dans un processus d'intégration, il est évident que la liberté reconnue aux acteurs nationaux ne peut être totale, au risque sinon de vouer l'entreprise à l'échec.

¹³⁶⁶ *Ibid.*

¹³⁶⁷ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 89.

¹³⁶⁸ R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, spéc. p. 242.

L'autonomie des juridictions nationales fait ainsi l'objet d'une régulation par les deux Cours européennes.

SECTION 2. UNE RÉGULATION DE L'AUTONOMIE DU JUGE NATIONAL RISQUÉE POUR L'INTÉGRATION EUROPÉENNE

La nécessité d'une intervention des juridictions européennes afin de « *corriger le fonctionnement* »¹³⁶⁹ de l'autonomie du juge national s'est rapidement fait sentir dès lors qu'a été prise en compte l'hétérogénéité des systèmes juridiques des États. Les risques qu'une totale autonomie des juridictions nationales ferait peser sur la construction européenne appellent un contrôle juridictionnel au niveau européen. En effet, autant qu'il serait « *inadmissible* »¹³⁷⁰ de ne reconnaître aucune marge de manœuvre aux juridictions nationale, il serait « *inacceptable* »¹³⁷¹ de n'organiser aucun contrôle à leur égard.

C'est ainsi que de longue date, les juges de la Convention et de l'Union opèrent une régulation de la liberté accordée au juge national dans sa mission de mise en œuvre du droit européen. Dans un contexte de crise, cette régulation est d'autant plus nécessaire qu'elle doit permettre de désamorcer les tensions. Mais si l'intention est identique, les résultats obtenus diffèrent sensiblement. Alors que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme manque clairement de stabilité (§ 1), celle de la Cour de justice de l'Union européenne fait preuve d'une constance bienvenue (§ 2).

§ 1. L'instabilité dans l'ordre juridique de la Convention : un risque de la subsidiarité juridictionnelle

La déférence à l'égard du juge national autant que la marge d'appréciation de celui-ci, s'ils sont reconnus par la Cour européenne des droits de l'homme, font néanmoins l'objet d'une modulation par cette dernière emportant des conséquences similaires.

¹³⁶⁹ Selon les termes de la première définition du terme "régulation" proposée par le dictionnaire Larousse en ligne.

¹³⁷⁰ R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, spéc. p. 234.

¹³⁷¹ R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, spéc. p. 234.

En matière de déférence à l'égard du juge national, alors que la Cour ne devrait pas interférer sur les questions relevant de la compétence de ce dernier, sa jurisprudence laisse parfois constater le contraire. En passant outre cette déférence pour déborder sur ses compétences propres, le juge de la Convention rend alors l'autonomie du juge national particulièrement aléatoire et imprévisible (A).

La notion de marge nationale d'appréciation fait également l'objet de variations dans la jurisprudence conventionnelle, révélant son instabilité et brouillant sa lisibilité pour le juge national, qui n'est pas mis en mesure d'anticiper le degré de la marge de manœuvre dont il peut bénéficier (B).

A. L'imprévisibilité de la déférence à l'égard du juge national

Tantôt affaiblie, tantôt exagérée, l'autonomie du juge national devient imprévisible dès lors que la jurisprudence de la Cour en la matière n'est pas constante. Ces fluctuations se déclinent en deux dynamiques.

Parfois, la Cour outrepassa la déférence qu'elle doit concernant les compétences exclusives d'appréciation des faits, d'interprétation et d'application du droit national et de contrôle du respect du droit interne par les autorités nationales, sans que ces intrusions ne puissent être anticipées (1). Dans d'autres cas, le juge de la Convention restreint son contrôle à l'égard des juridictions nationales au nom de la subsidiarité juridictionnelle qui guide son action, allant même jusqu'à l'abandonner (2).

1. La substitution de la Cour au juge national

La redéfinition des rôles par la Cour. Dans un premier temps, passant outre la répartition des compétences établie en amont par le droit écrit, la Cour fait parfois des compétences exclusives du juge national des compétences partagées où la subsidiarité s'applique. Une fois cette porte ouverte, la Cour n'hésite pas, dans un certain nombre d'affaires et de manière imprévisible, à substituer sa propre vision à celle de son homologue national.

En effet, l'attribution des compétences juridictionnelles était ainsi organisée que l'appréciation des faits de l'affaire autant que l'interprétation et l'application du droit national devaient exclusivement relever du rôle du juge national. La Cour est cependant venue altérer cette répartition par l'introduction d'une hiérarchisation temporelle des interventions, rendant la compétence nationale seulement prioritaire.

En affirmant qu' « *il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer [l]e droit [interne]* »¹³⁷², le juge de la Convention reformule le partage des compétences entre elle-même et les juridictions nationales en termes de priorité et non plus d'exclusivité. Elle fait ainsi « *planer le doute quant au partage des rôles respectifs de chaque acteur* »¹³⁷³. Ainsi, alors même que les questions de pur droit interne ont clairement été réservées aux juridictions nationales, la Cour opère, par ce glissement de vocabulaire, un empiètement discret mais certain dans un domaine dont elle était originellement exclue.

Dans le même sens, lorsque dans l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre*, la Cour déduit du principe selon lequel « *il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne* », qu'en l'espèce « *les cours et tribunaux [nationaux] jouissent d'une grande latitude* »¹³⁷⁴, elle introduit le jeu de la marge nationale d'appréciation dans l'exercice d'une compétence dont elle devrait être exclue. Par le truchement de cette « *grande latitude* », elle s'offre en réalité un droit de regard sur l'interprétation et l'application du droit national par les juridictions internes.

La même manœuvre est utilisée lorsque la Cour fait passer la compétence du juge national, s'agissant du contrôle du respect par les États des obligations découlant de leur droit national, comme étant seulement une compétence à titre principal. La formule de l'arrêt *Winterwerp* ne laisse aucun doute quant à la mutation opérée, dès lors qu'elle explique

¹³⁷² CourEDH, 20 mars 1997, *Loukanov c. Bulgarie*, req. n° 21915/93, § 41. V. également CourEDH, 18 déc. 1986, *Bozano c. France*, req. n° 9990/82, § 58 ; CourEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/73, § 46 ; CourEDH, 24 nov. 1994, *Kemmache c. France*, req. n° 17621/92, § 42 ; CourEDH, GC, 9 oct. 2003, *Slivenko c. Lettonie*, req. n° 48321/99, § 105.

¹³⁷³ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*

¹³⁷⁴ CourEDH, 13 juil. 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, req. n° 69498/01, § 46.

qu' « *il ne lui appartient pas d'ordinaire de vérifier le respect du droit interne par les autorités nationales* »¹³⁷⁵.

Il en est de même à propos de la compétence du juge national pour apprécier les faits de l'espèce. Dans l'affaire *Klaas c. Allemagne*, la Cour énonce qu' « *il ne lui appartient pas de substituer sa propre vision des faits à celle des cours et tribunaux internes, auxquels il appartient en principe de peser les données recueillies par eux* »¹³⁷⁶. Dès lors, si la compétence des juridictions nationales pour apprécier les faits n'est que principale, cela signifie que la Cour pourra intervenir subsidiairement et éventuellement substituer sa propre vision des faits lorsqu'elle considérera que la vision des juges nationaux est erronée.

C'est d'ailleurs le cas dans bon nombre d'affaires dans lesquelles la Cour prend des libertés avec le principe de la déférence à l'égard des constatations des juridictions nationales pour leur substituer sa propre appréciation de la situation ou du droit national.

La substitution de son interprétation du droit interne. Si l'interprétation du droit interne doit exclusivement relever du juge national, Béatrice DELZANGLES déplore que « *la compétence propre des autorités juridictionnelles en la matière n'est pas toujours respectée par la Cour qui, dans certaines affaires, contrôle l'interprétation du droit interne à laquelle elles se sont livrées, allant parfois jusqu'à y substituer la sienne* »¹³⁷⁷. Plusieurs affaires permettent d'en prendre la mesure.

Dans l'affaire *Bellet c. France*, la Cour, alors qu'elle prend le soin de rappeler en amont qu'elle « *n'a pas qualité pour substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales quant à l'appréciation du droit interne* », substitue sa propre interprétation de la loi française à celle des juridictions nationales¹³⁷⁸. Le comportement de la Cour est d'autant plus manifeste que, pour interpréter la loi nationale, elle a recours aux travaux parlementaires ayant conduit à son adoption.

¹³⁷⁵ CourEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/73, § 46.

¹³⁷⁶ CourEDH, 22 septembre 1993, *Klaas c. Allemagne*, req. n° 15473/89, § 29.

¹³⁷⁷ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », *op. cit.*, pp. 101-114.

¹³⁷⁸ CourEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c. France*, req. n° 23805/94, § 34.

Or, ainsi que le soulève le juge Louis-Edmond PETTITI dans son opinion dissidente, l'interprétation de la loi française et des travaux parlementaires qui y sont attachés est « *du ressort des tribunaux nationaux [...] et non dans le champ d'interprétation conféré à la Cour européenne* »¹³⁷⁹. Si dans leur opinion concordante, les juges Raimo PEKKANEN et Peter JAMBREK expriment leur adhésion à la solution adoptée, ils regrettent néanmoins que la Cour soit allée jusqu'à apprécier elle-même les travaux préparatoires de la loi française alors qu'elle aurait pu s'en tenir au constat des divergences entre les juridictions suprêmes françaises. Les deux juges concluent d'ailleurs leur opinion concordante avec la recommandation selon laquelle « *ce constat de violation [...] n'a [...] guère de valeur en tant que précédent* »¹³⁸⁰.

L'affaire *Pla et Puncernau c. Andorre* est également emblématique à cet égard. Le juge de la Convention, après avoir rappelé le principe selon lequel ce sont les juridictions nationales qui sont « *au premier chef* » compétentes pour interpréter et appliquer le droit national, adopte ensuite une interprétation d'un acte de droit interne, ici un acte de droit privé, totalement opposée à celle qui avait été retenue par ces dernières¹³⁸¹.

En substituant sa propre interprétation de l'acte testamentaire à celles des juridictions nationales, la Cour ignore toute déférence à leur égard concernant une compétence qui leur est pourtant exclusive. Elle réduit ainsi à néant leur autonomie. Le Professeur François BOULANGER voit dans cette « *audace* » de la Cour, et dans « *la généralité des formules* » qu'elle emploie, une « *volonté de limiter [...] le rôle des juridictions nationales* ». Il s'inquiète ainsi de la mise à mal de l'une des expressions du principe de subsidiarité juridictionnelle selon laquelle « *l'interprétation directe européenne ne saurait être substituée aux interprétations nationales* »¹³⁸². Le commentaire de l'ancien président de la Cour Jean-

¹³⁷⁹ Opinion dissidente du juge PETTITI sous l'arrêt rendu dans l'affaire *Bellet c. France*.

¹³⁸⁰ Opinion concordante commune aux juges PEKKANEN et JAMBREK sous l'arrêt rendu dans l'affaire *Bellet c. France*.

¹³⁸¹ CourEDH, 13 juil. 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, req. n° 69498/01, § 58-59.

¹³⁸² F. BOULANGER, « L'interprétation d'une clause testamentaire et la Convention EDH », *JCP G.*, n° 15, 2005, II, 10052.

Paul COSTA qui regrette que « *l'expérience prouve qu'il n'est pas toujours facile d'échapper à la quatrième instance* »¹³⁸³, emporte l'adhésion.

La substitution de son appréciation du respect du droit interne par les autorités nationales. Il convient dans un premier temps d'exclure les matières dans lesquelles la Convention fait directement référence au droit national¹³⁸⁴. Dans la mesure où dans ces domaines précisément identifiés, la violation du droit national emporte violation de la Convention, il est clair que la Cour est compétente pour vérifier l'interprétation et l'application correcte du droit interne par le juge national¹³⁸⁵, bien que la compétence de ce dernier reste prioritaire et principale. C'est le cas par exemple dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme explique que « *comme au regard de l'article 5 § 1, l'inobservation du droit interne entraîne un manquement à la Convention, la Cour peut et doit toutefois exercer un certain contrôle pour rechercher si le droit interne a bien été respecté* »¹³⁸⁶.

Cette première hypothèse mise à part, il arrive tout de même que la Cour substitue son appréciation du respect du droit interne par les autorités nationales à celle du juge national. En effet, selon son propre aveu, « *la Cour est parfois arrivée à des conclusions opposées à celles des juridictions nationales sur des points dont elles étaient aussi au premier chef compétentes et qualifiées pour juger* »¹³⁸⁷.

La substitution de son appréciation des faits. L'affaire *Rivas c. France* est une parfaite illustration de la remise en cause par la Cour de la qualification juridique des faits retenue par une juridiction nationale. Alors qu'en l'espèce la cour d'appel française avait retenu la qualification de légitime défense, la Cour européenne conclut que les conditions

¹³⁸³ J.-P. COSTA, « Le contrôle externe institutionnalisé », Table ronde, *Colloque à la Cour de Cassation*, 14 nov. 2003.

¹³⁸⁴ Par ex. les articles 5 § 1 et 7.

¹³⁸⁵ Sur ce point, v. J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, op. cit., pp. 704-705.

¹³⁸⁶ CourEDH, GC, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99, § 84.

¹³⁸⁷ CourEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), req. n° 6538/74, § 59.

n'en sont pas remplies¹³⁸⁸. Dans cette affaire, le juge de la Convention « *substitue sa propre appréciation des faits à celle des juges internes* »¹³⁸⁹.

De même, dans l'arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas* rendu en 2014, la Cour remet largement en cause l'appréciation des faits opérée par les juridictions nationales pour faire prévaloir la sienne quant au refus de permis de séjour opposé par les autorités néerlandaises à une ressortissante surinamaïse se maintenant illégalement sur le territoire de l'État¹³⁹⁰. Elle considère que dans leur appréciation de la situation familiale de la requérante, les autorités nationales « *sont restées en deçà de ce que l'on pouvait attendre d'elles* »¹³⁹¹ en terme de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour n'est en effet « *pas convaincue que les autorités internes aient [...] concrètement pris en compte et évalué les éléments pertinents à cet égard* »¹³⁹², et conclut sans peine qu'« *elles n'ont pas attaché un poids suffisant à l'intérêt supérieur des enfants de la requérante lorsqu'elles ont décidé de rejeter la demande de permis de séjour introduite par celle-ci* »¹³⁹³.

En allant « *au-delà de ce que le respect du principe de subsidiarité l'autorise à trancher* »¹³⁹⁴, il est à déplorer que la Cour se comporte comme une « *juridiction d'immigration de première instance, au mépris* »¹³⁹⁵ de la subsidiarité juridictionnelle qui caractérise le contrôle européen des droits fondamentaux. Face à une telle incursion de la part du juge de la Convention, toutes les craintes sont permises. Les juges Mark VILLIGER, Paul MAHONEY et Johannes SILVIS s'interrogent d'ailleurs quant au fait de considérer cet arrêt rendu en Grande Chambre « *comme un arrêt de principe* »¹³⁹⁶ et s'inquiètent du signal envoyé

¹³⁸⁸ CourEDH, 1^{er} avr. 2004, *Rivas c. France*, req. n° 59584/00, § 40-42.

¹³⁸⁹ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », *op. cit.*, pp. 101-114.

¹³⁹⁰ H. LABAYLE, « Obligations positives des États parties à la CEDH et séjour irrégulier : pour un meilleur usage de la subsidiarité juridictionnelle par la CEDH », *op. cit.*

¹³⁹¹ CourEDH, GC, 3 oct. 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n° 12738/10, § 120.

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ H. LABAYLE, « Obligations positives des États parties à la CEDH et séjour irrégulier : pour un meilleur usage de la subsidiarité juridictionnelle par la CEDH », *op. cit.*

¹³⁹⁵ Opinion dissidente commune aux juges VILLIGER, MAHONEY et SILVIS sous l'arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas*, pt. 1.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, pt. 3.

« pour l'accomplissement futur par la Cour du rôle consultatif que lui confère le Protocole n° 16 »¹³⁹⁷.

Dans un certain nombre de ses décisions, la Cour européenne des droits de l'homme désavoue les juridictions nationales sur des questions qui relèvent pourtant de leur compétence exclusive. Peut y être lu un débordement¹³⁹⁸ du juge européen sur les compétences du juge national, réduisant par moments son autonomie, au point parfois de l'anéantir.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que même si de manière constante, la Cour clame sa déférence à l'égard des appréciations des juridictions des États, comme le lui impose le principe de subsidiarité juridictionnelle caractérisant la décentralisation du contentieux européen, cela ne l'empêche pas de parfois durement mettre à mal l'autonomie des juridictions nationales, rendant la lecture de sa jurisprudence difficile pour ces dernières.

Cette lecture est rendue d'autant plus compliquée que de manière ponctuelle, la Cour mobilise cette même subsidiarité juridictionnelle pour adopter le comportement opposé, consistant à restreindre son contrôle, voire ne pas l'effectuer.

2. Le recul du contrôle de la Cour au profit du juge national

Un recul au nom de la subsidiarité du rôle de la Cour. Dans un certain nombre d'affaires récentes, le juge de la Convention se replie derrière la subsidiarité de son contrôle pour en atténuer les implications¹³⁹⁹. Ce repli, qui reste circonscrit à quelques cas d'espèce, s'inscrit dans le contexte particulier instauré depuis la conférence de Brighton et entretenu depuis par les États, marqué par la méfiance de ces derniers et leur volonté de contenir la Cour. En réponse à la menace, cette dernière adapte alors son intervention.

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ V. l'intitulé de la deuxième partie de l'ouvrage in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 117 et s.

¹³⁹⁹ V. parmi d'autres, CourEDH, GC, 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, req. n° 21980/04 et CourEDH, 18 sept. 2018, *L. G. c. Belgique*, req. n° 38759/14 ; CourEDH, GC, 22 oct. 2018, *S., V. et A. c. Danemark*, req. n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12.

Dans la déclaration de Brighton, les États encouragent la Cour « à prêter la plus grande attention a[ux] principes [de subsidiarité et de marge d'appréciation et à les appliquer systématiquement dans ses arrêts] »¹⁴⁰⁰. Dans cette même optique, la déclaration de Copenhague souligne « les efforts de la Cour pour veiller à une interprétation prudente et équilibrée de la Convention »¹⁴⁰¹ et « se félicite de la poursuite du développement du principe de subsidiarité et de la doctrine de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour »¹⁴⁰². Cet accent mis sur la subsidiarité du rôle de cette dernière dans l'objectif – à peine dissimulé – de contenir ses interventions, n'est pas sans soulever quelques inquiétudes¹⁴⁰³.

Un recul circonscrit. L'attitude, consistant pour la Cour à invoquer la subsidiarité pour restreindre, voire éviter d'opérer son contrôle, se retrouve dans plusieurs arrêts rendus ces dernières années. L'affaire *Ndidi c. Royaume-Uni*¹⁴⁰⁴ est l'un d'eux. En l'espèce, il s'agit d'un ressortissant nigérian, père d'un enfant dont la mère est britannique, vivant au Royaume-Uni depuis son enfance. Délinquant depuis l'adolescence, condamné à de nombreuses reprises pour des infractions de plus en plus graves telles que le trafic de stupéfiants, il fait l'objet d'une mesure d'expulsion du territoire britannique vers le Nigéria. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, il invoque la violation de son droit au respect de la vie privée et familiale.

La jurisprudence conventionnelle est bien établie en la matière, puisque la Cour a fourni aux juridictions nationales les critères à prendre en compte lors de la mise en balance de l'intérêt général et individuel dans ce type de situation¹⁴⁰⁵. Pourtant, ici, elle se borne à constater l'existence du contrôle de proportionnalité effectué par les juridictions nationales, sans en évaluer la pertinence¹⁴⁰⁶. Elle se réfugie derrière l'existence du contrôle effectué par

¹⁴⁰⁰ Déclaration de Brighton, du 20 avr. 2012, § 12, a).

¹⁴⁰¹ Déclaration de Copenhague des 12 et 13 avril 2018, § 30.

¹⁴⁰² Déclaration de Copenhague des 12 et 13 avril 2018, § 31.

¹⁴⁰³ V. notamment F. SUDRE, « La Convention EDH a 65 ans. Un acquis remarquable, un avenir incertain », *JCP G.*, n° 41, 8 oct. 2018, p. 1036 et F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *Cah. dr. eur.*, 2018, n° 3, p. 653.

¹⁴⁰⁴ CourEDH, 14 sept. 2017, *Ndidi c. Royaume-Uni*, req. n° 41215/14.

¹⁴⁰⁵ V. notamment CourEDH, 19 fév. 1998, *Dalia c. France*, req. n° 26102/95 ; CourEDH, 2 août 2001, *Boultif c. Suisse*, req. n° 54273/00 ; CourEDH, GC, 18 oct. 2006, *Uner c. Pays-Bas*, req. n° 46410/99 ; CourEDH, 22 juin 2008, *Maslov c. Autriche*, req. n° 1638/03 et CourEDH, 15 nov 2012, *Kissiwa Koffi c. Suisse*, req. n° 38005/07.

¹⁴⁰⁶ CourEDH, 14 sept. 2017, *Ndidi c. Royaume-Uni*, req. n° 41215/14, § 76.

les juridictions nationales pour renoncer à l'exercice de son contrôle de la proportionnalité de la mesure d'expulsion de l'étranger¹⁴⁰⁷, et conclure à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

Malgré l'inquiétude légitime que cette « *subsidiarité renforcée au profit des juridictions nationales* »¹⁴⁰⁸ soulève, ce phénomène reste circonscrit à quelques affaires, qui ne suffisent pas à dessiner une tendance. La jurisprudence conventionnelle porte encore nettement « *la marque de son dynamisme interprétatif* »¹⁴⁰⁹.

Le jeu de la subsidiarité juridictionnelle emporte donc deux types de conséquences au regard des relations entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national. Tantôt la subsidiarité du rôle de la Cour n'empêche pas cette dernière d'empiéter sur les compétences des juridictions nationales, tantôt elle justifie un repli pouvant aller jusqu'à l'éviction de son contrôle. Cette imprévisibilité nuit très concrètement à la lisibilité de l'autonomie des juridictions nationales dans leur rôle de premiers juges des droits fondamentaux.

Si la notion de déférence à l'égard du juge national ne doit pas être confondue avec celle de marge nationale d'appréciation¹⁴¹⁰, cette dernière est également une expression de l'autonomie des juridictions nationales qui connaît une instabilité certaine.

B. La variabilité de la marge d'appréciation du juge national

D'origine jurisprudentielle, la doctrine de la marge nationale d'appréciation fait l'objet de nombreuses études doctrinales. Sa complexité et sa particularité dans le système conventionnel en font une notion toute singulière qu'il n'est pas toujours aisé d'appréhender.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, § 76 et s.

¹⁴⁰⁸ G. GONZALEZ, « Subsidiarité renforcée pour l'expulsion d'un étranger délinquant », *JCP G.*, n° 40, 2017, act. 1034.

¹⁴⁰⁹ V. F. SUDRE, « La Convention EDH a 65 ans. Un acquis remarquable, un avenir incertain », *op. cit.*, p. 1036, et la jurisprudence citée.

¹⁴¹⁰ S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 24.

L'une de ses caractéristiques majeures, sa variabilité¹⁴¹¹, mérite une attention particulière tant elle en fait une notion réversible¹⁴¹² dont les effets sur les relations entre les niveaux de protection national et européen peuvent être néfastes. Sujettes à d'incessantes variations, les fluctuations de la notion appellent quelques commentaires, notamment au regard de leur impact sur les juridictions nationales étant donné le « *rôle de modulateur [qu'elle a] à jouer dans la relation entre juridiction internationale et juridictions nationales* »¹⁴¹³.

La doctrine de la marge nationale d'appréciation, d'abord élaborée par la Commission européenne des droits de l'homme sur le terrain des mesures dérogatoires de l'article 15 de la Convention, a ensuite connu une ascension fulgurante en étant mobilisée dans le champ des articles 8 et 10 de la Convention et 1 du Protocole n° 1¹⁴¹⁴. S'en est suivie, au fil de l'évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt *Handyside*¹⁴¹⁵, une généralisation des références à la marge d'appréciation dans la jurisprudence, « *mais de façon inégale* »¹⁴¹⁶. Plus récemment encore, l'appel à la doctrine de la marge est si abondant dans les arrêts de la Cour que l'on peut avoir l'impression que « *la marge nationale d'appréciation est partout* »¹⁴¹⁷.

Cette évolution quantitative ne doit pas tromper la vigilance des observateurs sur les aspects qualitatifs de cette accession de la doctrine de la marge nationale d'appréciation au rang de « *principe d'interprétation* »¹⁴¹⁸. Bien qu'en tant que variable d'ajustement du contrôle juridictionnel opéré à Strasbourg, la variabilité soit une caractéristique intrinsèque de la notion **(1)**, la marge nationale d'appréciation est devenue un instrument instable aux conséquences souvent imprévisibles, particulièrement pour les juridictions nationales **(2)**.

¹⁴¹¹ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », *op. cit.*, p. 109.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 103.

¹⁴¹³ F. TULKENS, intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 7-10, spéc. p. 8.

¹⁴¹⁴ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 377.

¹⁴¹⁵ CourEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, GACEDH, n° 7, § 48.

¹⁴¹⁶ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 379.

¹⁴¹⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention EDH », *op. cit.*, p. 1763.

¹⁴¹⁸ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 374.

1. Une variabilité intrinsèque à la notion

Une variable d'ajustement. Il convient tout d'abord de rappeler que le système de contrôle mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme s'inscrit non pas dans un rapport de conformité mais bien de compatibilité. La mission de la Cour ne consiste dès lors pas à vérifier si les mesures nationales de mise en œuvre des droits conventionnels sont parfaitement identiques aux prescriptions de la norme européenne.

Au contraire, le juge européen exige seulement des mesures nationales qu'elles respectent le seuil minimum de protection garanti par la Convention. L'examen de la compatibilité ne peut donc en aucune manière être mécanique et impose à la Cour « *de situer la pratique en cause sur une échelle graduée et de fixer un seuil* »¹⁴¹⁹.

La raison d'être de la doctrine de la marge nationale d'appréciation étant de permettre à la Cour européenne de moduler l'intensité de son contrôle de compatibilité, il est évident que la notion est intrinsèquement sujette à variations. Destinée à ajuster l'intensité de l'intervention du juge européen, la marge d'appréciation est de nature purement casuistique¹⁴²⁰.

Il est donc clair que « *la notion ne trace pas vraiment de ligne de partage fixe entre ce qui relèverait, d'une part, de la zone d'action et de jugement des États et, d'autre part, de la zone d'intervention de la Cour* »¹⁴²¹. Sir Nicolas BRATZA avait à ce propos affirmé lors de la conférence de Brighton que « *la marge d'appréciation est un outil précieux [à la Cour] pour délimiter la portée de son contrôle. Mais par nature, cette notion est variable et ne se prête pas à une caractérisation précise* »¹⁴²².

¹⁴¹⁹ M. DELMAS-MARTY, M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, vol. 52, n° 4, oct. – déc. 2000, pp. 753-780, spéc. p. 761.

¹⁴²⁰ S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴²¹ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », *op. cit.*, p. 103.

¹⁴²² Discours de Sir Nicolas BRATZA, Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour de Brighton, 19-20 avril 2012.

Le principe même de la variabilité de la marge nationale d'appréciation a d'ailleurs fait l'objet d'une affirmation par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴²³. C'est notamment le cas dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, dans lequel elle explique que « *la marge n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts autorisant à limiter un droit* »¹⁴²⁴. Elle précise également quelques années plus tard que « *l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard* »¹⁴²⁵.

La préservation de la diversité. Si la mobilisation de la doctrine de la marge nationale d'appréciation permet à la Cour européenne des droits de l'homme de se réserver « *une grande aisance* »¹⁴²⁶, le mouvement peut aussi et surtout être observé à l'inverse. Laisser une certaine dose de liberté aux États dans la mise en œuvre de leurs obligations conventionnelles participe sensiblement à la décentralisation du système de protection des droits, qui, fondé sur l'idée subsidiaire, repose en premier lieu sur le niveau national.

L'intérêt de la marge d'appréciation réside alors en ce qu'elle admet qu'« *il peut y avoir une grande variété de solutions nationales sans qu'il y ait pour autant violation de la Convention* »¹⁴²⁷. En ce qu'elle permet « *d'aménager un espace de liberté aux États* », la doctrine de la marge constitue un instrument de préservation des diversités nationales¹⁴²⁸ et s'inscrit donc dans le mouvement d'une subsidiarité décentralisatrice.

Dans la continuité de cette analyse et pour préciser cette idée, si l'on observe que la marge d'appréciation bénéficie aussi et surtout aux juridictions nationales, il est très clair qu'elle participe à l'expression d'une subsidiarité *juridictionnelle* décentralisatrice.

¹⁴²³ Il convient de mentionner ici l'arrêt de référence : CourEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), req. n° 6538/74, § 59 : « *Le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10, par. 2* ».

¹⁴²⁴ CourEDH, Plén., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, § 52.

¹⁴²⁵ CourEDH, 28 nov. 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, § 40.

¹⁴²⁶ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 209.

¹⁴²⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 216.

¹⁴²⁸ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 201-202.

2. Une variabilité potentiellement nuisible

L'imprévisibilité de la marge. La marge d'appréciation intervient à la dernière étape du contrôle effectué par la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard des ingérences des États dans l'exercice des droits non absolus. Or ce contrôle de proportionnalité varie principalement autour de trois éléments, que la Cour combine : la nature du droit concerné, le but de l'ingérence et l'existence d'un « *dénominateur commun* »¹⁴²⁹.

À ces paramètres il faut ajouter une « *variété de critères retenus par la jurisprudence* »¹⁴³⁰ qui influent directement sur la marge nationale d'appréciation consentie par le juge européen aux autorités nationales : les circonstances de l'affaire, son contexte, le domaine concerné et enfin l'existence ou non d'un dénominateur commun aux États membres¹⁴³¹. L'imprévisibilité du jeu de la marge d'appréciation s'observe dès lors que le contrôle de cette dernière « *s'effectue au travers d'une combinaison aléatoire de [ces] différents critères* »¹⁴³², dont le « *manque singulier de précision* »¹⁴³³ nuit à la lisibilité de la doctrine. Deux exemples peuvent illustrer ce propos.

Le premier concerne les variations de la marge nationale d'appréciation dans les conflits entre droits individuels dans lesquels les États sont amenés à intervenir. La Cour a posé le principe d'une large marge d'appréciation accordée aux États dans le traitement de ces affaires en avril 1999, en déclarant dans l'affaire *Chassagnou c. France* que « *la mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les Etats contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante* »¹⁴³⁴. Or, le mois suivant, la Cour, dans un arrêt dans lequel s'opposent également

¹⁴²⁹ Sur cette question, v. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 219 et s. ; et Note du jurisconsulte, « Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité », op. cit., pp. 14 et s.

¹⁴³⁰ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », op. cit., p. 383.

¹⁴³¹ CourEDH, 28 nov. 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79, § 40. V. L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 344.

¹⁴³² L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 344.

¹⁴³³ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », op. cit., p. 383.

¹⁴³⁴ CourEDH, GC, 29 avr. 1999, *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 113.

des droits individuels – liberté d’expression d’une part et droit au respect de l’honneur et de la présomption d’innocence d’autre part –, ne reconnaît à la juridiction nationale qu’une marge d’appréciation réduite¹⁴³⁵.

Le second, souvent évoqué en doctrine¹⁴³⁶, concerne « *les manipulations du consensus* »¹⁴³⁷ par le juge de la Convention. Le principe est *a priori* simple : alors que l’existence d’un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États implique une marge d’appréciation réduite, de son absence découle une large marge nationale d’appréciation quant à la nécessité de la limitation au droit garanti¹⁴³⁸. Or, comme le souligne le Professeur Frédéric SUDRE, il est fréquent que « *la Cour européenne, malgré l’absence de consensus européen, juge que les États ne disposent plus de nos jours d’une marge d’appréciation* », soit à l’inverse que « *malgré l’existence ou "l’émergence" d’un consensus européen, la Cour ignore ce dernier et reconnaisse à l’État une certaine marge d’appréciation* »¹⁴³⁹.

L’arrêt *Orlandi et a. c. Italie*¹⁴⁴⁰ est un exemple parlant de ces incohérences relatives à la marge nationale d’appréciation. Alors que se pose la question de la violation du droit au respect de la vie familiale de couples homosexuels de nationalité italienne mariés à l’étranger du fait du refus d’enregistrer leur mariage en droit italien, la Cour de Strasbourg réduit de manière drastique la marge d’appréciation de l’Italie après avoir pourtant constaté l’absence de consensus des États européens sur la question¹⁴⁴¹. Dès lors, c’est un « *message*

¹⁴³⁵ CourEDH, GC, 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, req. n° 21980/93, § 59 et 60.

¹⁴³⁶ V. par ex. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, *op. cit.*, pp. 221 et s. ; G. GONZALEZ, « Le jeu de l’interprétation consensuelle », *op. cit.*, pp. 117-140, H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2010, p. 61.

¹⁴³⁷ C. PICHERAL « L’expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d’appréciation », *op. cit.*, p. 111.

¹⁴³⁸ Pour des illustrations jurisprudentielles, v. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, *op. cit.*, pp. 221-222.

¹⁴³⁹ V. les explications plus détaillées et les références jurisprudentielles, *ibid.*, p. 223.

¹⁴⁴⁰ CourEDH, 14 déc. 2017, *Orlandi et a. c. Italie*, req. n° 26431/12.

¹⁴⁴¹ CourEDH, 14 déc. 2017, *Orlandi et a. c. Italie*, req. n° 26431/12, § 205.

brouillé »¹⁴⁴² que la Cour européenne des droits de l'homme envoie aux États et à leurs juridictions.

Les conséquences. Dès lors qu'« *il existe de grandes divergences dans la jurisprudence de la Cour au sujet des éléments sur lesquels celle-ci se fonde pour invoquer une marge d'appréciation des autorités nationales* »¹⁴⁴³, la lisibilité des exigences européennes en pâtit.

Le cas des juridictions nationales est à cet égard remarquable. Non seulement ces dernières comptent parmi les autorités nationales qui bénéficient potentiellement d'une telle marge, mais elles ont également pour mission particulière de veiller à ce que les autres autorités nationales (législatives et exécutives) n'excèdent pas leur propre marge d'appréciation, « *dont l'ampleur est appréciée au regard de critères posés par la Cour* »¹⁴⁴⁴.

L'« *imprévisibilité* » et les « *défauts de cohérence jurisprudentielle* »¹⁴⁴⁵ découlant de l'utilisation aléatoire des critères de variation de la marge nationale d'appréciation par la Cour ont dès lors pour conséquence une insécurité juridique¹⁴⁴⁶, dont les juridictions nationales sont les premières victimes. En effet, comment savoir quel comportement adopter lorsque l'autorité de référence livre des informations contradictoires ?

C'est à cet égard que l'ancienne Vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme Françoise TULKENS évoque « *la sécurité illusoire de cette baguette magique que peut constituer la marge d'appréciation* »¹⁴⁴⁷. Au regard de la pratique du juge de la Convention, il est possible d'aller plus loin pour se poser la question de la portée juridique,

¹⁴⁴² H. FULCHIRON, « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *Dalloz*, 2018, p. 446.

¹⁴⁴³ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 208.

¹⁴⁴⁴ J.-M. SAUVÉ, Intervention dans le cadre du Séminaire « *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?* », *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁴⁵ C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », *op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁴⁶ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁴⁷ F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *op. cit.*, p. 332.

voire de l'utilité de la notion¹⁴⁴⁸, tellement l'utilisation qui en est faite par la Cour débouche sur un « *droit à géométrie variable* »¹⁴⁴⁹, potentiellement néfaste aux rapports entre les juridictions nationales et la juridiction européenne.

La marge nationale d'appréciation est donc une notion centrale dans la jurisprudence strasbourgeoise. Étroitement liée à la subsidiarité du contrôle européen, l'inscription prochaine de cet instrument originellement prétorien dans le préambule de la Convention n'est pas sans soulever nombre d'inquiétudes. Aussi, caractérisée par sa profonde variabilité, la marge nationale d'appréciation apparaît comme une notion insaisissable dont l'appréhension par les juridictions nationales n'est dès lors pas toujours aisée.

Si la déférence à l'égard des juridictions nationales est parfois directement mise de côté par la Cour, qui n'hésite pas à empiéter sur leurs compétences, l'usage que le juge européen fait de la doctrine de la marge d'appréciation la rend également instable¹⁴⁵⁰. L'instabilité de ces notions est frappante, laissant planer une certaine insécurité pour les juridictions nationales, qui ne sont pas en mesure d'anticiper le degré d'autonomie qui leur sera reconnu par le juge de la Convention.

Dès lors, si la reconnaissance de cette autonomie participe sensiblement à la décentralisation du contentieux européen induite par la subsidiarité juridictionnelle, cette dernière n'est pas parfaite du fait du manque de constance de la jurisprudence de la Cour sur ces notions. Le risque qu'elle fait peser sur l'intégration européenne est alors évident.

La situation du côté de l'Union européenne semble toutefois bien différente. L'encadrement de l'autonomie procédurale des juridictions nationales s'inscrit dans un mouvement plus large d'encadrement de l'autonomie du juge national, qui, s'il a rapidement été stabilisé, mérite néanmoins d'être étudié.

¹⁴⁴⁸ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 381.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.* p. 384.

¹⁴⁵⁰ Ou « *aléatoire* », pour reprendre le terme employé par le Professeur Frédéric SUDRE in F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1917.

§ 2. La stabilité dans l'ordre juridique de l'Union : une vertu de la subsidiarité juridictionnelle

Laisser aux juridictions nationales une liberté totale quant à la mise en œuvre du droit de l'Union aurait fait peser sur l'intégration européenne des risques considérables. Il était donc nécessaire d'encadrer cette autonomie procédurale du juge national **(A)**.

Cet encadrement est toutefois limité. Une fois stabilisé par la Cour de justice, il n'a pas souffert de variations, et il est resté cantonné au strict nécessaire **(B)**.

A. Un encadrement de l'autonomie du juge national nécessaire

La reconnaissance d'une autonomie procédurale des juges nationaux, si elle n'a jamais été remise en cause, n'est pour autant pas absolue. Ce principe s'accompagne de certaines limites, portées par les exigences de la primauté, d'effet direct et d'uniformité d'application du droit de l'Union¹⁴⁵¹. La Cour a ainsi, dès les débuts de la construction européenne, dessiné les contours de l'autonomie procédurale **(1)**.

Cet encadrement intervient donc dans un objectif bien particulier : préserver le processus d'intégration européenne **(2)**.

1. La préservation des caractéristiques du droit de l'Union

La préservation de l'uniformité d'application du droit de l'Union. La Cour de justice affirme elle-même que le respect des formes et procédures nationales « *doit se concilier avec les nécessités d'une application uniforme du droit communautaire* »¹⁴⁵². Condition essentielle à la réalisation de l'intégration européenne, cette dernière implique une intervention de la Cour à chaque fois que les divergences nationales font peser un risque sur cette entreprise.

¹⁴⁵¹ V. les développements du Professeur Robert KOVAR : R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, pp. 231 et s.

¹⁴⁵² CJCE, 6 juin 1972, *Schlüter et Maack*, aff. 94/71, *Rec.* 1972 p. 307, pts. 10 et 11.

La préservation des principes de primauté et d'effet direct du droit de l'Union. Le principe de l'autonomie procédurale signifie que dans l'accomplissement de son rôle de juge de droit commun du droit de l'Union européenne, le juge national est tenu de « *tirer les conséquences des principes d'effet direct et de primauté au moyen des instruments juridictionnels disponibles dans son ordre juridique* »¹⁴⁵³. La préservation des conséquences des principes de primauté et d'effet direct du droit de l'Union sur l'intégration européenne ont ainsi conduit la Cour de justice à « *s'immiscer dans le champ d'action* »¹⁴⁵⁴ des juridictions nationales pour leur imposer un certain nombre d'obligations minimales.

C'est le cas en matière de résolution de conflits de normes, la liberté des juridictions des États ayant fait l'objet d'un encadrement par la Cour dès les débuts de la construction européenne. Le juge national est ainsi tenu d'écarter toute norme nationale contraire au droit de l'Union¹⁴⁵⁵. Cette obligation a rapidement évolué vers une « *prohibition de plein droit* »¹⁴⁵⁶ d'appliquer toute norme nationale contraire, et ce même si le droit procédural national ne permet pas d'éliminer de telles normes¹⁴⁵⁷. Si l'« *extrémisme* »¹⁴⁵⁸ de cette dernière solution a pu être relevé, il reste qu'elle est commandée par la nécessité de garantir la primauté du droit de l'Union en toutes circonstances, qui ne peut en aucun cas pas dépendre des normes et procédures des États membres.

C'est également le cas concernant les conséquences que les juridictions nationales doivent tirer des principes de primauté et d'effet direct à l'égard des individus. La Cour a dans un premier temps établi que le juge national doit garantir la réparation des dommages causés par les violations nationales du droit de l'Union. Les règles en matière de répétition de l'indu ont ainsi été posées par la Cour dès la fin des années 1970, imposant aux États la restitution

¹⁴⁵³ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 53.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, spéc. p. 60.

¹⁴⁵⁵ CJCE, 4 avr. 1968, *Lück*, aff. 34/67, *Rec.* 1968 p. 370.

¹⁴⁵⁶ CJCE, 13 juil. 1972, *Commission c. Italie*, aff. 48/71, *Rec.* 1972, p. 529, pt. 57.

¹⁴⁵⁷ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* 1978 p. 629. La Cour précise que le juge national doit « *assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il n'ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* ».

¹⁴⁵⁸ A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, *op. cit.*, p. 69.

des sommes perçues en violation du droit communautaire, tout en laissant les juges nationaux libres dans l'utilisation des procédures nationales à cette fin¹⁴⁵⁹.

Ensuite, dès le début des années 1990, la Cour a consacré le principe de la responsabilité extracontractuelle des États membres du fait de la violation du droit de l'Union, tout en renvoyant vers les juridictions internes et leur droit national la responsabilité d'assurer la réparation des dommages nés des violations¹⁴⁶⁰.

Dans un second temps, la Cour de justice a fait peser sur les juridictions nationales la responsabilité de la protection juridictionnelle effective des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union, *via* trois exigences précises. Elles sont ainsi tenues de garantir le droit au juge¹⁴⁶¹, le droit à un égal accès au juge et le droit à une protection provisoire¹⁴⁶². L'impératif d'une protection juridictionnelle effective des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union conduit ainsi la Cour de justice à imposer au juge national un « *standard minimum* »¹⁴⁶³ dès lors que le droit procédural national ne permet pas de remplir cet objectif. Le principe de subsidiarité juridictionnelle ascendant apparaît ici de manière frappante.

La Cour a donc dès les origines de la construction européenne posé des limites à l'autonomie procédurale des juridictions nationales, dans le but précis de préserver la poursuite de l'intégration européenne.

¹⁴⁵⁹ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, aff. 33/76, *Rec.* p. 1989, pt. 11 ; CJCE, 16 déc. 1976, *Comet BV*, aff. 45/76, *Rec.* p. 2043, pt. 13.

¹⁴⁶⁰ V. dans un premier temps CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci c. Italie*, aff. jtes. C-6/90 et C-9/90, *Rec.* I-5357 ; et ensuite CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Rec.* I-1029 concernant les violations par les actes du législateur national ; et enfin CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* I-10239 concernant les violations par les actes des juges nationaux.

¹⁴⁶¹ V. CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.* 1986 p. 1651, pt. 17 ; CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* p. I-2271.

¹⁴⁶² Sur ces trois points, v. les développements in J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, pp. 62 et s.

¹⁴⁶³ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 89.

2. L'indispensabilité à l'intégration européenne

La nécessité d'un équilibre. Parfaitement résumée par le Professeur Robert KOVAR, l'idée est qu'aucun des deux extrêmes n'est admissible : ni une autonomie procédurale totale du juge national, ni le déni de toute autonomie procédurale nationale¹⁴⁶⁴.

Alors que les principes de primauté et d'effet direct du droit de l'Union constituent des « *impératifs de l'intégration* » européenne, le principe de l'autonomie procédurale renvoie pour sa part aux « *exigences de la souveraineté des États* »¹⁴⁶⁵. Trouver le point d'équilibre entre ces deux nécessités est donc indispensable, et la Cour s'y attache au moyen d'un encadrement mesuré de l'autonomie procédurale des juridictions nationales.

Elle s'est ainsi efforcée d'opérer une certaine régulation en « *équilibrant* »¹⁴⁶⁶ les différents principes en présence. Il s'avère en effet qu'en cas de tensions, la Cour retient un point d'équilibre qui exprime l'idée selon laquelle « *le renvoi au droit procédural national est justifié, sauf si, et dans la mesure où, l'intervention des exigences [de l'Union] s'impose* »¹⁴⁶⁷.

Apparaît à nouveau toute la réversibilité du principe de subsidiarité juridictionnelle, qui justifiera tantôt le renvoi vers l'autonomie du juge national, tantôt vers l'intervention du juge de l'Union. C'est ici encore l'impératif d'efficacité pour atteindre l'objectif d'intégration européenne qui fait pencher la balance vers l'un ou l'autre des niveaux juridictionnels.

La nécessité d'une certaine homogénéité. De plus, l'encadrement de l'autonomie procédurale du juge national devient indispensable dès lors que cette dernière « *comporte des risques* »¹⁴⁶⁸ pour l'intégration européenne, en raison notamment de l'hétérogénéité des systèmes juridictionnels et des droits procéduraux des États membres. Les « *risques de*

¹⁴⁶⁴ R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, p. 234.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 231.

¹⁴⁶⁶ R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, p. 231.

¹⁴⁶⁷ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 90.

¹⁴⁶⁸ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 54.

divergence dans l'application du droit de l'Union européenne dans les différents États membres »¹⁴⁶⁹ sont ainsi palliés par l'action de la Cour de justice.

Ce fut le cas en matière de responsabilité extracontractuelle des États membres pour violation du droit de l'Union. Après avoir admis que les États pouvaient voir leur responsabilité engagée en cas de non-respect du droit de l'Union européenne¹⁴⁷⁰ et renvoyé au droit national le soin de définir les conditions d'engagement et modalités de cette responsabilité¹⁴⁷¹, la Cour a finalement relativisé cette autonomie en raison de l'« *extrême diversité des règles nationales* » et de la nécessité d'homogénéisation en découlant¹⁴⁷². Le juge de l'Union s'autorise alors sur ce motif à « *renoncer aux effets décentralisateurs du principe de subsidiarité* » juridictionnelle¹⁴⁷³.

Il est en effet évident que « *les considérations tirées des systèmes juridiques nationaux ne peuvent être opposées aux impératifs [de l'Union européenne]* »¹⁴⁷⁴. Cela implique alors que les risques portés par l'hétérogénéité des systèmes juridiques nationaux soient compensés par certaines limites à l'autonomie procédurale des juridictions nationales afin de ne pas entraver le processus d'intégration européenne.

Si l'encadrement de l'autonomie procédurale des juridictions des États membres est assumé par la Cour de justice depuis le début de la construction européenne et intervient uniquement pour servir le projet européen, il ne faut pas manquer de souligner que le succès de cette approche est dû au fait que cet encadrement demeure limité.

B. Un encadrement de l'autonomie du juge national limité

Les limites dans lesquelles est enserrée l'autonomie procédurale des juges nationaux s'en tiennent au strict nécessaire. Les critères de l'encadrement de cette autonomie sont

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 59.

¹⁴⁷⁰ À ce sujet, v. F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *op. cit.*, pp. 95-101.

¹⁴⁷¹ CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci c. Italie*, aff. jtes. C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357.

¹⁴⁷² V. CJCE, 26 mars 1996, *British Telecommunications*, aff. C-392/93, Rec. p. I-2553 ; CJCE, 17 oct. 1996, *Denkavit International*, aff. C-283/94, C-291/91 et C-292/94, Rec. p. I-5063.

¹⁴⁷³ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 91.

¹⁴⁷⁴ J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *op. cit.*, p. 885.

clairement identifiés de longue date (1), et les interventions de la Cour auprès des juridictions nationales demeurent mesurées (2).

1. Des critères d'encadrement identifiés

Le critère de l'effectivité du droit de l'Union. Lorsque l'effectivité du droit de l'Union est en jeu et que le juge national a fait la preuve de son incapacité à l'assurer, la Cour de justice intervient pour limiter son autonomie. La préservation de l'ordre juridique de l'Union étant dans ce cas mise en péril, l'intervention de la Cour est justifiée par l'efficacité de son action, cette dernière ne pouvant ici être atteinte que par application du principe de subsidiarité juridictionnelle ascendante. Le Professeur Olivier DUBOS évoque à cet égard un « *effacement de l'autonomie procédurale [reposant] sur la nécessité de garantir de façon optimale l'efficacité de la norme communautaire* »¹⁴⁷⁵.

Les principes d'équivalence et d'effectivité. Aussi, l'utilisation des procédures nationales par les juridictions des États lorsqu'elles mettent en œuvre le droit de l'Union fait l'objet d'un encadrement par le juge de l'Union *via* les principes d'équivalence et d'effectivité. Elles sont en effet tenues par leur respect.

Le principe d'équivalence signifie que le juge national doit « *garantir que les procédures utilisées par les juges ne sont pas moins favorables lorsque sont en cause les règles [de l'Union européenne]* »¹⁴⁷⁶, tandis que le principe d'effectivité l'oblige à « *garantir que les recours permettent de rendre effective la protection des droits tirés du droit [de l'Union européenne]* »¹⁴⁷⁷.

Un exemple d'encadrement de l'autonomie procédurale des juges nationaux par ces deux principes est fourni par le contentieux de la répétition de l'indu en matière de réparation des violations du droit de l'Union par les autorités nationales. Bien que les règles procédurales de l'action en paiement restent définies par le droit interne, ce dernier est tenu par les exigences d'équivalence et d'effectivité. Le Professeur Denys SIMON évoque d'ailleurs

¹⁴⁷⁵ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.*, spéc. p. 286.

¹⁴⁷⁶ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, aff. 33/76, *Rec.* p. 1989, pts. 5 et 6.

¹⁴⁷⁷ CJCE, 16 déc. 1976, *Comet BV*, aff. 45/76, *Rec.* p. 2043, pts. 13 et 16.

à ce propos que les effets du « *principe de subsidiarité juridictionnelle descendante [... sont] corrigé[s] par les effets du principe de subsidiarité ascendante, qui exige que l'action en répétition respecte certains standards* »¹⁴⁷⁸.

Les critères d'encadrement de l'autonomie procédurale des juridictions nationales sont donc identifiés depuis les années 1970. Par ailleurs, les cas dans lesquels la Cour de justice intervient auprès du juge national sont rares.

2. Des interventions de la Cour mesurées

Une intervention minimale. C'est pour réduire le « *coefficient d'incertitude* »¹⁴⁷⁹ lié à une trop grande liberté des juges nationaux sur le processus d'intégration européenne que la Cour est parfois intervenue dans le champ d'action de ces derniers. Cette intervention est toujours restée limitée, circonscrite à des questions précises et consistant à imposer au juge national des obligations minimales. Dès lors, s'il est possible d'affirmer que l'autonomie procédurale des juridictions nationale a, à certains égards, été « *fortement aménagée* », il faut remarquer qu'elle n'a pour autant jamais été « *remise en cause* »¹⁴⁸⁰.

Cette première constatation n'empêche pas de relever qu'il est parfois arrivé à la Cour de justice de « *définir elle-même certains pouvoirs du juge national* »¹⁴⁸¹, ou encore de « *substitue[r] sa propre appréciation à celle du juge national* »¹⁴⁸². Cet activisme du juge de l'Union reste cependant toujours motivé par les impératifs de l'intégration européenne, et principalement d'empêcher la compromission de la primauté du droit de l'Union¹⁴⁸³.

¹⁴⁷⁸ D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 90.

¹⁴⁷⁹ D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ? », *op. cit.*, p. 484.

¹⁴⁸⁰ J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 62.

¹⁴⁸¹ F. TRAIN, « Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité », *op. cit.*, p. 103.

¹⁴⁸² D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 91.

¹⁴⁸³ Sur ce point, v. les explications de F. TRAIN, « Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité », *op. cit.*, p. 103.

Les voies utilisées par la Cour. Pour fixer certaines « *obligations minimales* »¹⁴⁸⁴ au juge national, la Cour de justice utilise deux voies de droit en particulier : le renvoi préjudiciel et le recours en constatation de manquement d'État. Un « *encadrement considérable* »¹⁴⁸⁵ a en effet eu lieu par ces deux canaux. Si le recours en manquement a permis au juge de l'Union de préciser certaines obligations des juridictions nationales dans la mise en œuvre du droit de l'Union, le renvoi préjudiciel reste la voie privilégiée de cet encadrement¹⁴⁸⁶.

Le mécanisme préjudiciel ayant été instauré dans le but d'assurer une interprétation et une application uniformes du droit de l'Union, il apparaît comme « *le moyen idéal pour fixer certaines obligations aux juges nationaux* »¹⁴⁸⁷. Selon la Cour en effet, le renvoi préjudiciel ouvre la voie à une « *coopération judiciaire [...] par laquelle juridictions nationales et Cour de justice, dans l'ordre de leurs compétences propres, sont appelées à contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision en vue d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres* »¹⁴⁸⁸.

Les critères définissant l'encadrement de l'autonomie procédurale des juges internes sont ainsi clairement identifiés et les interventions de la Cour de justice limitées à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder le processus d'intégration européenne.

Il ressort de ces éléments que l'encadrement de l'autonomie des juridictions nationales par le juge de l'Union est tout de suite apparu comme indispensable pour contrebalancer les risques portés par une totale liberté de ces dernières. Aspirant à un équilibre entre autonomie du juge national et intervention du juge européen, il est empreint de la logique de la subsidiarité juridictionnelle. En effet, la Cour laisse les juges nationaux libres d'utiliser leurs procédures nationales dans la mise en œuvre du droit de l'Union tant que leur liberté ne menace pas l'intégration européenne. Dans le cas contraire, elle intervient pour rappeler les limites de l'autonomie procédurale nationale.

¹⁴⁸⁴J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁸⁵*Ibid.*, p. 61.

¹⁴⁸⁶Sur cette question, v. F. TRAIN, « Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité », *op. cit.*

¹⁴⁸⁷J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁸⁸CJCE, 1^{er} déc. 1965, *Schwarze*, aff. 16/65, Rec. 1965, p. 1081.

Deux constats opposés peuvent être tirés quant à la régulation de l'autonomie du juge national par le juge européen. Le contraste entre l'attitude de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de justice de l'Union européenne est élatant. Il apparaît en effet que l'appréhension de l'autonomie des juridictions nationales par le juge de la Convention pose encore un certain nombre de questions, et nourrit des inquiétudes fondées, alors que du côté du juge de l'Union elle semble être maîtrisée.

Dans le système conventionnel, le manque de prévisibilité de la jurisprudence européenne pour les juges nationaux¹⁴⁸⁹ entraîne une insécurité juridique pour les juridictions nationales, qui ne sont pas mises en mesure d'anticiper l'amplitude de leur marge de manœuvre.

Pour sa part, le juge de l'Union, en recherche permanente d'équilibre, a fixé des critères lisibles et a pris le soin de limiter son action au strict nécessaire, son unique motivation étant de protéger le processus d'intégration européenne.

¹⁴⁸⁹ Or il est certain que la clarté et la prévisibilité sont des qualités attendues de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par les juridictions nationales, comme le rappelle par ex. le Vice-président du Conseil d'État français Jean-Marc SAUVÉ : J.-M. SAUVÉ, intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 39-46, spéc. p. 45.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Dans l'ordre juridique de la Convention autant que dans celui de l'Union, l'autonomie des juridictions nationales est pleinement reconnue. Prenant diverses formes (déférence à l'égard du juge national, marge d'appréciation, autonomie procédurale), son principe même a été consacré très tôt par la jurisprudence des deux Cours européennes.

Qu'elle consiste en réalité dans le respect d'une compétence propre¹⁴⁹⁰ du juge national ou dans la reconnaissance d'une liberté de ce dernier dans l'exercice d'une compétence partagée, l'autonomie dont jouissent les juridictions des États membres dans leur fonction de juge européens de droit commun se présente comme une manifestation du principe de subsidiarité juridictionnelle indispensable de la réalisation de l'intégration européenne.

Heurtée par la réversibilité du principe, cette manifestation de la décentralisation du contentieux européen reste toutefois contrebalancée par son autre versant. Bien que restant marginal, son effet centralisateur se caractérise par la réduction de l'autonomie du juge national opérée par les Cours européennes. Marqué dans l'attitude de la Cour européenne des droits de l'homme, il peut faire courir certains risques à l'intégration européenne si ses variations ne sont pas maîtrisées. Bien plus nuancé dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'effet centralisateur se limite à un encadrement agissant comme un correcteur de l'autonomie des juridictions nationales, renforçant dès lors l'intégration européenne de manière salubre.

¹⁴⁹⁰ Sur ce point, v. V. COURONNE, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, op. cit., pp. 39 et s.

CHAPITRE 2. LA RESPONSABILISATION RENOUVELÉE DES JURIDICTIONS NATIONALES

Selon la définition courante, la responsabilité est la « *capacité de prendre une décision sans en référer préalablement à une autorité supérieure* », la « *fonction, position qui donne des pouvoirs de décision, mais implique que l'on en rende compte* », ou encore le « *fait d'avoir la charge d'une fonction, d'avoir un pouvoir décisionnaire* »¹⁴⁹¹. Transposé au juge national dans la construction européenne, cela renvoie à l'idée de sa responsabilité originelle en tant que juge européen de droit commun, dont un certain nombre d'éléments concrets attestent¹⁴⁹².

D'autre part, si la responsabilisation est le fait de « *rendre quelqu'un conscient de ses responsabilités* »¹⁴⁹³, alors il s'agit dans le cadre de cette étude de repérer les divers éléments qui attestent de l'effort fourni au niveau européen tendant à rendre le juge national toujours plus conscient du caractère fondamental de son rôle au sein de la construction européenne.

Ainsi que l'appelait de ses vœux le Parlement européen en 2010, « *dans un ordre juridique [...] décentralisé et arrivé à maturité, les juges nationaux ne devraient pas être marginalisés mais devraient au contraire se voir confier davantage de responsabilités et être encouragés davantage dans leur rôle de premier juge du droit [européen]* »¹⁴⁹⁴. Le juge

¹⁴⁹¹ Définitions tirées du Dictionnaire Larousse, en ligne.

¹⁴⁹² Comme le renvoi préjudiciel, les principes de primauté et d'effet direct dans le droit l'Union européenne, ou encore la règle de l'épuisement des voies de recours internes et la responsabilité partagée dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴⁹³ Définition de « responsabiliser », Dictionnaire Larousse, en ligne.

¹⁴⁹⁴ Résolution du Parlement européen, 9 juil. 2008, *Le rôle du juge national dans le système juridictionnel européen*, (2007/2027(INI)), pt. 30.

national ne serait-il pas en effet le « *garant du cours des événements à venir dans la construction européenne* »¹⁴⁹⁵ ?

Cette responsabilisation des juridictions nationales peut utilement être observée à travers l'analyse de l'évolution de deux instruments : le renvoi préalable (**Section 1**) et le principe d'une protection juridictionnelle effective (**Section 2**).

Section 1. Les solutions recherchées dans la procédure de renvoi préalable

Section 2. Les évolutions portées par l'obligation de protection juridictionnelle effective

¹⁴⁹⁵ M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », in *La responsabilité à travers les Âges*, Paris, Economica, 1989, pp. 75-88, spéc. p. 76.

SECTION 1. LES SOLUTIONS RECHERCHÉES DANS LA PROCÉDURE

DE RENVOI PRÉALABLE

Dès les origines de la construction européenne, a été confié aux juridictions nationales le rôle de juge européen de droit commun. Leur responsabilité est depuis lors essentielle dans les ordres juridiques européens en tant que pièces maîtresses de l'ordre judiciaire européen. L'observation attentive des évolutions ayant marqué l'ordre juridique de la Convention autant que celui de l'Union permet cependant de se rendre compte d'un mouvement récent de responsabilisation des juridictions nationales, dont la procédure de renvoi préalable est le théâtre commun.

Qu'il s'agisse d'un renouveau quant au rôle du juge national et à ses relations avec la Cour européenne des droits de l'homme (§ 1) ou d'une tendance à remettre le juge national au cœur du jeu préjudiciel (§ 2), la responsabilisation récente dont font l'objet les juridictions nationales participe de la décentralisation croissante du contentieux européen.

§ 1. Une responsabilisation du juge national renouvelée dans l'ordre juridique de la Convention

Comme dans l'ordre juridique de l'Union européenne, le respect des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme relève de la responsabilité première du juge national. Le juge de droit commun du droit européen voit cependant son office évoluer avec les évolutions récentes apportées par le Protocole n° 16 à la Convention.

Cette nouvelle faculté offerte aux juridictions des États parties, qui peuvent désormais solliciter des avis consultatifs auprès de la Cour européenne, vient revaloriser le juge national dans son office de premier juge des droits fondamentaux. L'introduction d'un mécanisme de renvoi préalable entre les juridictions nationales et la Cour européenne propose en effet une nouvelle appréhension des rapports qui les unissent (A).

La réception nationale de ce nouvel outil de dialogue, qui - en France tout du moins - est particulièrement bienveillante, laisse à penser que le mécanisme des avis consultatifs

ouvre une nouvelle page dans l'histoire de la Convention¹⁴⁹⁶. L'attitude des juridictions suprêmes françaises à l'égard de ce nouveau mécanisme de dialogue préjudiciel démontre que bien loin des réticences passées, elles accueillent ces nouvelles responsabilités avec enthousiasme **(B)**.

A. Une responsabilité ravivée par la subsidiarité juridictionnelle

Dès les origines de la Convention, il est acquis que le juge national est le premier responsable de la protection des droits fondamentaux **(1)**. Les évolutions récentes apportent néanmoins un nouveau souffle aux juridictions nationales. L'instrument de dialogue mis à leur disposition ravive leur responsabilité et offre une nouvelle approche de leur mission **(2)**.

1. La responsabilité originelle du juge national

Une responsabilité première. Il est acquis depuis l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme que le juge national reste « *le premier juge des droits de l'homme* »¹⁴⁹⁷. Cette « *idée toute simple, mais essentielle* »¹⁴⁹⁸ se trouve au fondement même de l'esprit du texte conventionnel. En atteste principalement la règle de l'épuisement des voies de recours internes, empêchant toute intervention prématurée de la Cour européenne en insistant sur « *la responsabilité première du juge national* »¹⁴⁹⁹ dans la protection des droits fondamentaux.

Cette question n'a jamais fait débat et cette responsabilité originelle des juridictions des États parties tenant à la protection des droits et libertés ne soulève aucune difficulté quant à son principe.

¹⁴⁹⁶ V. C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *RTD. h.*, janv. 2019, pp. 43 et s. L'auteur qualifie le nouveau mécanisme de « *révolution copernicienne* ».

¹⁴⁹⁷ F. TULKENS, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 397.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹⁹ D. SPIELMANN, Intervention lors du séminaire « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2015, p. 6.

Une responsabilité partagée. D'ailleurs cette idée de responsabilité première du juge national n'aurait aucun sens si elle ne s'était pas accompagnée de celle de responsabilité partagée. Si la protection offerte par les juridictions nationales est « *primaire* », elle est nécessairement complétée par le rôle, dès lors « *subsidaire* », de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁰⁰. Cette combinaison de responsabilités – l'une primaire ou prioritaire, l'autre subsidiaire ou secondaire – forme la responsabilité partagée telle qu'elle est mise en avant ces dernières années¹⁵⁰¹.

Il s'ensuit que l'engouement récent pour cette notion ne doit pas faire oublier qu'elle est très ancienne. Surtout, elle semble n'être qu'une « *autre façon de parler de subsidiarité* »¹⁵⁰². Il semble que ce soit le cas lorsque le juge Paul LEMMENS observe¹⁵⁰³ que l'idée de responsabilité partagée apparaît dans l'arrêt *Handyside*, lorsque la Cour affirme au paragraphe 48 que :

« 48. La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme (...). La Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes. »¹⁵⁰⁴

D'autres y avaient plutôt vu une affirmation de la subsidiarité du mécanisme de contrôle de la Cour, ce qui renforce le sentiment selon lequel l'expression "responsabilité partagée", « *plus récente et de plus en plus fréquemment utilisée* »¹⁵⁰⁵ ces dernières années, n'est qu'une nouvelle manière de décrire la subsidiarité juridictionnelle sur laquelle est fondé le système conventionnel. En atteste également la formule choisie par la juge Julia LAFFRANQUE

¹⁵⁰⁰ P. LEMMENS, Intervention lors du séminaire « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *op. cit.*, p. 34 : « les juridictions nationales assurent la protection "primaire" [...] ; la Cour joue, pour sa part, un rôle "subsidaire" ».

¹⁵⁰¹ V. parmi d'autres ex. et principalement, *Déclaration de Bruxelles*, Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme. Une responsabilité partagée, 27 mars 2015.

¹⁵⁰² D. SPIELMANN, Intervention lors du séminaire « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁰³ P. LEMMENS, Intervention lors du séminaire « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁰⁴ CourEDH, plén., 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, § 48.

¹⁵⁰⁵ D. SPIELMANN, Intervention lors du séminaire « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *op. cit.*, p. 5.

lorsqu'elle évoque une « *responsabilité judiciaire partagée entre les États partie et les juges nationaux d'une part, et la Cour d'autre part* »¹⁵⁰⁶.

Dès lors, et parce que la logique qui anime le système conventionnel se distingue de celle de l'Union européenne, l'absence de tout mécanisme de question préalable n'a eu aucune incidence sur la reconnaissance du juge national comme juge de droit commun des droits fondamentaux protégés par la Convention. Ses responsabilités à cet égard ont dès les origines été établies et assumées. Il n'en reste pas moins que l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention vient donner un nouveau souffle au système conventionnel en mettant les juridictions nationales en mesure d'exercer leurs responsabilités d'une manière inédite.

2. La revalorisation nouvelle du juge national

Les caractéristiques des demandes d'avis consultatifs. Le « *Protocole du dialogue* »¹⁵⁰⁷ offre aux « *plus hautes juridictions* » des Parties à la Convention la « *faculté* »¹⁵⁰⁸, dans le cadre d'une affaire pendante devant elles, de saisir la Cour européenne d'une demande d'avis consultatif portant sur l'interprétation de la Convention ou de ses Protocoles¹⁵⁰⁹. Cette liberté laissée au juge national, qui dispose de la faculté d'interroger la Cour, fait peser sur ce dernier « *la responsabilité d'apprécier la nécessité de la saisine* »¹⁵¹⁰ de cette dernière.

La limitation aux seules « *plus hautes juridictions* » nationales s'explique principalement par le fait qu'une telle sélection permet de limiter le nombre de demandes parvenant à la Cour en introduisant « *une forme d'épuisement des voies de recours* »

¹⁵⁰⁶ J. LAFFRANQUE, Intervention lors du séminaire « « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ? », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2014, p. 7.

¹⁵⁰⁷ Selon la formule de Dean SPIELMANN.

¹⁵⁰⁸ Art. 1, § 1, du Protocole n° 16 qui prévoit que lesdites juridictions nationales « *peuvent* » adresser à la Cour une demande d'avis consultatif. Le *Rapport explicatif du Protocole n° 16*, § 7, insiste sur le fait qu'« *il est facultatif et en aucun cas obligatoire* » pour les juridictions nationales désignées de transmettre une demande d'avis à la Cour.

¹⁵⁰⁹ Art. 1, § 1, du Protocole n° 16.

¹⁵¹⁰ M.-C. RUNAVOT, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, pp. 71-93.

internes »¹⁵¹¹. Les juridictions habilitées à saisir la Cour *via* ce mécanisme sont désignées par les États dans une déclaration, conformément à l'article 10¹⁵¹².

Toute demande doit être motivée¹⁵¹³ et est examinée par un collège de cinq juges de la Grande chambre, qui demeure libre d'y opposer un refus¹⁵¹⁴, puis par la Grande chambre elle-même si ce filtre est passé avec succès¹⁵¹⁵. Particulièrement discutée, l'obligation pour la Cour de motiver ses éventuels refus a finalement été retenue, afin d'encourager les juridictions nationales au dialogue en leur épargnant la frustration d'un refus silencieux, mais aussi de « *dissuader les demandes inadéquates* »¹⁵¹⁶.

La Cour avait dans un premier temps vivement rejeté cette proposition, en estimant qu'il conviendrait plutôt d'adopter « *un ensemble de recommandations générales à l'intention des juridictions nationales expliquant la portée et le fonctionnement de sa compétence consultative* »¹⁵¹⁷. Elle a finalement admis l'utilité d'une telle motivation, tout en précisant que celle-ci « *ne sera normalement pas très détaillée* »¹⁵¹⁸.

Autre point débattu, les avis de la Cour ne sont pas contraignants¹⁵¹⁹. « *La responsabilité d'apprécier [...] l'utilité de suivre [la] réponse* »¹⁵²⁰ de la Cour est donc

¹⁵¹¹ Voir le document du DH-GDR (Comité d'experts sur la réforme de la Cour dans le cadre du Comité directeur pour les droits de l'homme), DH-GDR(2011)R8 Annexe VII, 2-4 nov. 2011, pt. 7 ; et le *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, #3853040, mars 2012, § 20.

¹⁵¹² L'article 10 du Protocole n° 16 prévoit que « *Chaque Haute Partie contractante à la Convention indique, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, au moyen d'une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, quelles juridictions elle désigne aux fins de l'article 1, paragraphe 1, du présent Protocole. Cette déclaration peut être modifiée à tout moment de la même manière* ». Pour la France, les juridictions désignées sont le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation.

¹⁵¹³ Article 1, § 3, du Protocole n° 16.

¹⁵¹⁴ Article 2, § 1, du Protocole n° 16.

¹⁵¹⁵ La Cour détaille les éléments qui seront examinés au préalable par le collège de cinq juges. V. pt 7 des *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif*, approuvées par la Cour plénière le 18 sept. 2017.

¹⁵¹⁶ *Rapport explicatif du Protocole n°16*, § 15.

¹⁵¹⁷ *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, #3853040, mars 2012, paragraphe 21.

¹⁵¹⁸ *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n°16 à la Convention*, 6 mai 2013, § 9.

¹⁵¹⁹ Art. 5 du Protocole n° 16.

¹⁵²⁰ M.-C. RUNAVOT, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *op. cit.*, pp. 71-93.

pleinement laissée au juge national. Dans les lignes directrices publiées en 2017, la Cour invite néanmoins les juges nationaux à l'informer des suites données à son avis dans l'instance nationale et « à lui communiquer copie du jugement ou de la décision définitifs adoptés dans cette affaire »¹⁵²¹. À cet égard, le droit de recours individuel demeurant inchangé, cela signifie que les parties ont toujours la possibilité d'introduire une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme après que la décision définitive a été adoptée au niveau national¹⁵²².

Les avis sont motivés et publiés¹⁵²³. Concernant leur publication, dans la mesure où les demandes peuvent être rédigées dans la langue officielle de l'Etat dont la juridiction les introduit, et puisque la Cour est tenue de communiquer l'avis à ladite juridiction et à l'Etat dont elle relève, le rapport explicatif précise que la charge de la traduction des demandes d'avis et de l'avis lui-même incombe à la Cour¹⁵²⁴. Dans son avis du 6 mai 2013, cette dernière a néanmoins émis une réserve sur ce point. Elle craint en effet la charge de travail supplémentaire qui en découle mais aussi le coût financier que cela implique¹⁵²⁵.

Un accompagnement par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi brièvement présenté, il est aisé de comprendre que ce nouveau canal de dialogue direct entre les juridictions des États parties et le juge de la Convention revalorise le rôle du juge national dans le système conventionnel. Le mécanisme des avis consultatifs vient en effet briser le cycle violation-sanction¹⁵²⁶, « laissant aux juridictions nationales la possibilité d'intervenir avant qu'une violation devienne définitive »¹⁵²⁷. Aussi, en laissant le juge national libre d'apprécier la nécessité, le moment et le contenu des demandes, la procédure d'avis consultatif renforce autant qu'il responsabilise le juge national.

¹⁵²¹ V. pt. 31 des *Lignes directrices concernant la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif*, approuvées par la Cour plénière le 18 sept. 2017.

¹⁵²² *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n°16 à la Convention*, 6 mai 2013, § 12.

¹⁵²³ Art. 4 du Protocole n° 16.

¹⁵²⁴ *Rapport explicatif du Protocole n°16*, § 23.

¹⁵²⁵ *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n°16 à la Convention*, 6 mai 2013, § 14 : « La Cour est opposée à la proposition que ce soit à elle qu'il incombe de fournir les traductions des demandes et documents y afférents ».

¹⁵²⁶ V. J.-P. JACQUÉ, « Union européenne et Conseil de l'Europe. À propos des droits de l'homme en Europe », *RTD eur.*, 2013, p. 195.

¹⁵²⁷ *Ibid.*

Aidé dans sa mission de juge de droit commun de la Convention européenne des droits de l'homme par son interprète authentique, les chances pour le juge national d'offrir au justiciable une protection suffisante des droits et libertés fondamentaux sont alors décuplées. La mise en œuvre des demandes d'avis consultatif doit, par un renforcement de l'effet décentralisateur de la subsidiarité juridictionnelle, contribuer à résoudre définitivement un plus grand nombre de litiges au niveau national, qui sinon ne seraient parvenus jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme qu'une fois toutes les voies de recours internes épuisées.

Le mécanisme devrait en effet « *permettre au juge national, dans l'esprit même du principe de subsidiarité, de régler de manière précoce et satisfaisante nombre d'affaires individuelles, évitant ainsi que de nombreuses requêtes soulevant les mêmes questions soient ultérieurement portées devant la Cour* »¹⁵²⁸. Il est en effet clair qu'un litige traité de manière satisfaisante au niveau national, avec l'appui du juge de la Convention, n'a que peu de chances de se retrouver par la suite à Strasbourg via le droit de recours individuel prévu par l'article 34.

Porteur de véritables potentialités quant à la réduction de la charge de travail de la Cour européenne, ce mécanisme « *consultatif et préventif* »¹⁵²⁹ est révélateur de la richesse de la subsidiarité juridictionnelle irriguant le système européen de garantie des droits de l'homme. Non seulement ce mécanisme renforce le rôle du juge national en tant que juge de droit commun de la Convention en évitant de potentielles condamnations, mais encore il le responsabilise face à cette mission en lui offrant une voie de dialogue direct avec la Cour européenne. Cette dernière peut désormais apporter son aide et son renfort, aux juridictions pertinentes des États parties dans une logique de coopération.

Ces nouvelles responsabilités du juge national, bien loin de l'effrayer, étaient attendues par les autorités juridictionnelles françaises.

¹⁵²⁸ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1916.

¹⁵²⁹ P. JANUEL, « La France sur la voie de la ratification du Protocole n° 16 à la Convention européenne », *Dalloz actualité*, 9 fév. 2018.

B. Une évolution favorablement accueillie

Désignées comme étant « les plus hautes juridictions » françaises, à ce titre habilitées à saisir la Cour européenne des droits de l'homme de demandes d'avis consultatif, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont largement encouragé puis accueilli avec bienveillance l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 **(1)**.

Le juge judiciaire suprême a d'ailleurs saisi l'occasion d'une affaire complexe dans laquelle la jurisprudence de la Cour européenne soulève des doutes pour mettre en œuvre la procédure de demande d'avis consultatif pour la toute première fois **(2)**.

1. La réception positive par les juridictions françaises

L'enthousiasme des « hautes juridictions ». La création d'un mécanisme de renvoi préalable entre les juridictions nationales et la Cour de Strasbourg était attendue par les juges français. Selon les représentants du Conseil d'État et de la Cour de cassation entendus par la députée Bérengère POLETTI dans le cadre de l'établissement de son rapport, « *le mécanisme d'avis consultatif répond à un véritable besoin* »¹⁵³⁰.

Les juridictions nationales avancent en effet que « *le système actuel, qui conduit la CEDH, après épuisement des voies de recours internes, à apporter un démenti aux décisions des plus hautes juridictions nationales est structurellement porteur de tensions voire de conflits. Ce système engendre par ailleurs de l'insécurité juridique et des débats stériles dont une procédure d'avis consultatif permettrait de faire l'économie* »¹⁵³¹. Les deux hautes juridictions identifient d'ailleurs une série d'affaires passées dans lesquelles un avis de la Cour européenne leur aurait été fort utile¹⁵³².

La désignation du Conseil constitutionnel parmi les juridictions françaises habilitées à demander des avis consultatifs n'a guère soulevé de difficultés. Le Conseil, dont l'avis a été

¹⁵³⁰ Assemblée nationale, *Rapport n° 642 fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi autorisant la ratification du Protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, B. POLETTI, 7 fév. 2018, p. 11.

¹⁵³¹ *Ibid.*

¹⁵³² *Ibid.*, pp. 11 et 12.

sollicité par le gouvernement, s'est montré parfaitement favorable à participer à cette nouvelle étape du dialogue des juges en Europe dans un communiqué du 20 décembre 2017 :

« Dans le contrôle de la constitutionnalité des lois qu'il effectue sur le fondement des articles 61 et 61-1 de la Constitution, [le Conseil Constitutionnel] ne procède pas au contrôle de la « conventionnalité » de la loi. Cette situation n'est pas remise en cause par la possibilité qu'il aura de saisir pour avis la Cour de Strasbourg sur le fondement du Protocole n° 16 à la Convention européenne.

En revanche, cette faculté de saisine illustre l'intérêt des échanges entre les plus hautes juridictions à l'échelle internationale, et en particulier à l'échelle européenne. Le contrôle de constitutionnalité dont le Conseil constitutionnel a la charge pouvant soulever des questions parfois proches de celles du contrôle de conventionnalité, l'avis à caractère facultatif que le Conseil constitutionnel fera le choix de demander, le cas échéant, à la Cour de Strasbourg pourra constituer un élément de contexte utile au jugement de certaines de ces questions. »

Outre les interrogations légitimes que peut soulever la classification du Conseil Constitutionnel parmi les plus hautes juridictions françaises¹⁵³³, il reste heureux, bien que ce ne soit en rien surprenant, de constater qu'il se place dans une démarche constructive face à ce nouvel instrument de dialogue juridictionnel.

Cet enthousiasme s'explique par le changement de logique qu'inspire le Protocole n° 16, qui laisse place à une dynamique de coopération.

Une dynamique de coopération. Ainsi que l'affirmait le président Rolv RYSSDAL en 1994, « la réussite du système de la Convention dépendra en dernier ressort de l'existence d'une forme quelconque de coopération entre les juridictions internes et la juridiction de Strasbourg »¹⁵³⁴. Bien que tardivement, ses vœux sont exaucés par le Protocole n° 16, en instaurant une forme de coopération entre le juge national et la Cour européenne, dont l'ambition est de réformer le système de la Convention.

En effet, le mécanisme des avis consultatifs fait reposer les rapports entretenus entre les juridictions nationales et la Cour non plus sur une logique de sanction *a posteriori* mais d'aide

¹⁵³³ V. les réflexions de L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme (janvier-août 2018) », *op. cit.*, p. 1770.

¹⁵³⁴ Cité par A. DRZEMCZEWSKI et J. MEYER-LADEWIG, « Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la C.E.D.H suite au Protocole n° 11, signé le 11 mai 1994 », *RUDH*, 1994, p. 81.

*a priori*¹⁵³⁵. L'intervention du juge de la Convention peut dorénavant être sollicitée en amont de la décision définitive nationale, pour permettre à ce dernier d'apporter son éclairage sur l'interprétation des dispositions en jeu devant le juge national, alors que les voies de recours internes ne sont pas encore épuisées.

Le basculement de « *relations d'autorité* » vers des « *relations de dialogue* »¹⁵³⁶ est en marche, les avis consultatifs offrant une alternative pertinente à la logique de sanction prévalant initialement dans l'ordre juridique de la Convention. La Cour européenne elle-même a d'ailleurs affirmé que la mise en œuvre du mécanisme des avis consultatifs « *pourrait contribuer à éviter la survenue de controverses entre les juridictions internes et la Cour* »¹⁵³⁷.

L'engouement manifesté par les juridictions françaises à l'heure de la ratification du Protocole n° 16 s'est vérifié au moment de son entrée en vigueur.

2. *L'utilisation première par la Cour de cassation*

Le contexte. Encouragée par les juridictions françaises, la ratification du Protocole n° 16 par la France a permis son entrée en vigueur le 1^{er} août 2018. Rien d'étonnant dès lors à ce que cette nouvelle responsabilité confiée aux juridictions nationales, desquelles il est attendu de faire bon usage de cet outil de dialogue, ait été favorablement accueillie par la Cour de cassation en soumettant à la Cour européenne des droits de l'homme la première demande d'avis consultatif de son histoire.

Le 5 octobre 2018, la Cour de cassation est la première juridiction nationale d'un État partie à mettre en œuvre le mécanisme prévu par le Protocole n° 16, à peine deux mois après

¹⁵³⁵ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1916.

¹⁵³⁶ F. BENOÎT-RHOMER, « Les perspectives de réformes à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : « *certiorari* » versus renvoi préjudiciel », *RUDH*, 2002, pp. 313-318, spéc. p. 314.

¹⁵³⁷ *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, #3853040, mars 2012.

son entrée en vigueur¹⁵³⁸. C'est l'affaire *Mennesson*, affaire judiciaire aux multiples rebondissements, qui a offert l'occasion de cette première¹⁵³⁹.

Suscitant le débat dans les sphères juridiques – et au-delà – depuis plus d'une quinzaine d'années¹⁵⁴⁰, la question de la transcription à l'état civil français des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui s'est présentée à la Cour de cassation comme le support évident à la mise en œuvre du mécanisme des avis consultatifs. Plusieurs facteurs convergeaient en effet vers une saisine *a priori* de la Cour européenne des droits de l'homme, touchant tant à « *la difficulté du sujet, dont la dimension dépasse le cadre juridique et revêt une large part d'éthique* » qu'à la nécessité d'« *explicitier la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* »¹⁵⁴¹. La Cour de cassation a ainsi sursis à statuer pour adresser deux questions à la Cour européenne des droits de l'homme le 5 octobre 2018¹⁵⁴².

Par un formidable hasard de calendrier, le Conseil d'État était réuni le même jour en assemblée pour se prononcer sur une potentielle saisine consultative de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁴³. La décision sera finalement prise sans solliciter le juge de la Convention¹⁵⁴⁴. Devancé par le juge judiciaire dans la course au dialogue des juges avec le juge de Strasbourg, le Conseil d'État entre au même moment dans l'histoire européenne dans un tout autre contexte, en étant à l'origine de la première condamnation d'un État membre

¹⁵³⁸ Cass, Ass. plén., 5 oct. 2018, n° 638 (10-19.053). La demande d'avis a été acceptée par le collège de la Grande chambre le 3 décembre 2018.

¹⁵³⁹ Pour un résumé de l'affaire *Mennesson* depuis ses origines, voir le rapport d'Agnès MARTINEL, disponible sur le site web de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/IMG/2018-09-21_AP_10-19.053_rapport_ano.pdf

¹⁵⁴⁰ Parmi les nombreuses observations, v. par ex. M. FARGE, « Les jumelles X... issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une solution boiteuse inadmissible », *Dr. Fam.*, 2010, étude n° 23 ; D. BERTHIAU et L. BRUNET, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *Dalloz*, 2011, Chron. 1522 ; H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « L'enfant de la fraude. Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *Dalloz*, 2014, p. 905 ; A. GOUTTENNOIRE, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement *a minima* », *JCP gén.*, 2015, p. 965 ; S. BOLLÉE, « Gestation pour autrui : la voie du compromis », *Dalloz*, 2015, p. 1481 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2014, doct. n° 83 ; J.-P. MARGÉNAUD, « Variations européennes sur le thème de la gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2017, p. 335.

¹⁵⁴¹ A. MARTINEL, Rapport n° S1019053 (Décision attaquée : M. et Mme X... / Procureur général près la cour d'appel de Paris), disponible sur le site web de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr

¹⁵⁴² V. *Communiqué de presse* du Greffier de la Cour, CEDH 352 (2018), 23 oct. 2018.

¹⁵⁴³ CE, Ass., Séance publique du 5 oct. 2018, en ligne : www.conseil-etat.fr

¹⁵⁴⁴ CE, Ass., 12 oct. 2018, *SARL Super Coiffeur*, n° 408567.

pour manquement d'une juridiction de dernier ressort à son obligation de renvoi préjudiciel par le juge de Luxembourg¹⁵⁴⁵.

La première demande d'avis consultatif. Intervenant à peine plus de deux mois après l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, la première mise en œuvre de la nouvelle procédure de consultation de la Cour européenne n'aura donc pas tardé¹⁵⁴⁶.

Les aspirations de la juridiction judiciaire suprême sont par ailleurs ambitieuses, puisque se pose la question de savoir si cette demande d'avis consultatif « *ne pourrait pas ainsi donner l'occasion de créer les conditions d'une réflexion mutuelle et interactive entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme sur un sujet sensible à résonnance éthique très forte dans un contexte d'une évolution sociétale qui nous échappe et qui porte en elle des exigences de plus en plus délicates* »¹⁵⁴⁷. Autant que l'analyse de la réponse du juge de la Convention, la réception qui en sera faite par le juge de renvoi est primordiale, et il sera intéressant d'observer l'usage, espérons-le équilibré, qui sera fait à moyen et long terme de cette procédure par les juridictions des États parties.

Acceptée le 3 décembre 2018, la demande de la Cour de cassation a donné lieu au premier avis consultatif rendu par la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme le 10 avril 2019¹⁵⁴⁸. Considéré comme « *constructif* » par les Professeurs Frédéric SUDRE et Adeline GOUTTENOIRE¹⁵⁴⁹, ce premier avis a permis à la Cour d'« *enrichir l'interprétation de la Convention à propos d'une question inédite d'intérêt général* »¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁵ CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c. France*, aff. C-416/17, non encore publié au *Rec.* Les réactions du côté de la juridiction administrative française ne se sont pas fait attendre. V. J.-D. COMBEXELLE, « Sur l'actualité du "dialogue des juges" », *AJDA*, n° 34, 15 oct. 2018.

¹⁵⁴⁶ Sur cette première demande d'avis, v. P. DEUMIER et H. FULCHIRON, « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence "augmentée" ? », *Dalloz*, 2019, p. 228.

¹⁵⁴⁷ A. MARTINEL, Rapport n° S1019053 (Décision attaquée : M. et Mme X... / Procureur général près la cour d'appel de Paris), disponible sur le site web de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/IMG/2018-09-21_AP_10-19.053_rapport_ano.pdf, p. 70.

¹⁵⁴⁸ CourEDH, GC, avis consultatif, 10 avr. 2019, n°16-2018-001.

¹⁵⁴⁹ F. SUDRE et A. GOUTTENOIRE, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention. Note sous arrêt », *JCP. G.*, n° 20, mai 2019, p. 551.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*

Malgré une absence surprenante de référence au principe de subsidiarité dans le texte de l'avis, le jeu de la subsidiarité y est subtilement manié par la Cour européenne. Son versant ascendant justifie dans un premier temps la réduction de la marge d'appréciation des États, conduisant le juge de la Convention à imposer une obligation de résultat à ces derniers, tenus d'« *offrir une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant né de gestation pour autrui et la mère d'intention* »¹⁵⁵¹.

Dans un second temps, son versant descendant conduit la Cour à considérer que « *le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombe dans la marge d'appréciation des États* »¹⁵⁵². Le versant décentralisateur de la subsidiarité juridictionnelle est également mobilisé par la Cour, qui, se refusant à contrôler la conformité de la procédure d'adoption prévue par le droit français aux exigences d'effectivité et de célérité par elle rappelées, renvoie au juge national le soin d'opérer ce contrôle¹⁵⁵³.

Dès lors, la Cour a « *pleinement rempli son office consultatif* »¹⁵⁵⁴ et ce premier avis « *confirme le "rôle constitutionnel" dévolu à la Cour par le Protocole n° 16* »¹⁵⁵⁵. Si néanmoins rien ne permet aujourd'hui de présager du futur des avis consultatifs¹⁵⁵⁶, il n'en demeure pas moins qu'avec ce premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme répondant à la Cour de cassation, « *semble s'ouvrir une nouvelle période dans l'histoire de la Convention* »¹⁵⁵⁷, ce nouveau mécanisme étant à inscrire au rang de ceux qui « *permettent à la subsidiarité de fonctionner réellement* »¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵¹ CourEDH, GC, avis consultatif, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, § 46.

¹⁵⁵² *Ibid.*, § 51.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, § 58.

¹⁵⁵⁴ F. SUDRE et A. GOUTTENOIRE, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention. Note sous arrêt », *op. cit.*, p. 551.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁵⁶ V. les inquiétudes exprimées par la vice-présidente de la Cour Françoise Tulkens, F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *op. cit.*, p. 658.

¹⁵⁵⁷ L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD h.*, 2014, pp. 9-29, spéc. p. 28.

¹⁵⁵⁸ A.-S. BRUN-WAUTHIER et G. VIAL, « Gestation pour autrui : le cercle vertueux du dialogue des juges. À propos de l'avis consultatif de la CourEDH du 10 avril 2019 », *RDLF*, 2019, chron. n° 22.

Il est acquis depuis longtemps que la responsabilité du juge national en tant que juge de droit commun des droits fondamentaux est consubstantielle à l'existence du système de la Convention européenne des droits de l'homme. Pourtant, l'instauration toute récente d'un mécanisme de dialogue juridictionnel direct entre lui et le juge de Strasbourg offre un nouvel éclairage sur cette responsabilité, qui se trouve ravivée et renouvelée. Ravivée d'une part, en ce que la procédure consultative incite à une protection satisfaisante des droits et libertés par les juridictions nationales, accompagnées par la Cour européenne dans son « *rôle de guidance* »¹⁵⁵⁹. Renouvelée d'autre part, en ce qu'il est attendu de ces dernières qu'elles fassent bon usage de cet outil¹⁵⁶⁰.

L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 marque ainsi le début d'une nouvelle ère dans la protection européenne des droits et libertés fondamentaux. Seul l'avenir dira s'il s'agit, plus encore, d'une véritable « *métamorphose* »¹⁵⁶¹ du système conventionnel¹⁵⁶².

§ 2. Une responsabilisation du juge national éprouvée dans l'ordre juridique de l'Union

Depuis les origines de la construction communautaire, l'existence autant que les conditions d'exercice de la procédure préjudicielle ont fait peser sur les juges nationaux la responsabilité de l'application correcte du droit de l'Union dans les États membres.

La responsabilité particulière du juge national quant à l'application du droit de l'Union a ainsi façonné la construction de l'ordre juridiction de l'Union depuis ses origines **(A)**. Il n'en reste pas moins que peut être observée une dynamique de responsabilisation, plus récente, dont l'effet est de renforcer encore le juge national dans son office de juge de droit commun du droit de l'Union européenne **(B)**.

¹⁵⁵⁹ F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *op. cit.*, p. 659.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 658.

¹⁵⁶¹ F. BENOIT-ROHMER, « Le Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme : du soliloque au dialogue », in J.-P. JACQUÉ (dir.), *Écrits sur la communauté internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques. Liber amicorum Stelios PERRAKIS*, Athènes, I. Sideris, 2017, pp. 431-446.

¹⁵⁶² La Cour a rendu un second avis consultatif sur demande de la Cour constitutionnelle arménienne. V. CourEDH, GC, avis consultatif, 29 mai 2020, n° P16-2019-001.

A. Une responsabilité originelle fondée sur la subsidiarité juridictionnelle

La place déterminante occupée par les juridictions nationales dans le processus de construction de l'Union européenne se matérialise depuis les premiers traités par l'investissement de ces dernières d'une compétence européenne s'ajoutant à leur compétence interne. Le renvoi préjudiciel, s'il encadre dès les origines cette nouvelle responsabilité du juge national (1), participe dans le même temps à la valorisation de la compétence européenne de ce dernier (2).

I. L'octroi d'une compétence européenne au juge national

Le dédoublement fonctionnel¹⁵⁶³. Avec l'entrée en vigueur du traité CECA, puis des traités de Rome, les juridictions des États membres se sont vu octroyer une compétence européenne, à savoir qu'elles « *sont compétentes pour trancher les litiges dans lesquels le droit [de l'Union européenne] est applicable* »¹⁵⁶⁴. Elles sont devenues dès cette époque « *juge communautaire de droit commun* »¹⁵⁶⁵.

Alors qu'elles exerçaient « *traditionnellement [...] une fonction de l'État qui est essentiellement tournée vers l'ordre juridique interne* »¹⁵⁶⁶, les juridictions nationales se sont subitement vues confier par la Communauté l'application du droit communautaire. Dès lors, les juridictions des États membres « *remplissent une fonction qui les fait participer à un autre ordre juridique que celui qui les a instituées, alors que d'un point de vue organique elles dépendent toujours de l'ordre juridique étatique* »¹⁵⁶⁷. C'est cette « *dissociation* », constituant un « *nouvel aspect de la fonction juridictionnelle* »¹⁵⁶⁸, qui constitue le « dédoublement fonctionnel » des juridictions nationales décrit par le Professeur Olivier DUBOS dans sa thèse de doctorat.

¹⁵⁶³ Sur ce point, v. la thèse du Professeur Olivier DUBOS : O. DUBOS, *Le juge national, juge communautaire*, op. cit.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵⁶⁵ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 80.

¹⁵⁶⁶ O. DUBOS, *Le juge national, juge communautaire*, op. cit., p. 2.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 238.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*

Un encadrement nécessaire. Dès lors que le nouvel ordre juridique supranational institué confie aux juridictions des différents États membres l'application du droit qui en est issu, en préserver la cohérence et l'unité devient indispensable. Il en va de la survie de l'ordre juridique communautaire, dont l'efficacité du droit serait anéantie si son application dans l'ensemble des États membres n'était pas homogène¹⁵⁶⁹. Il est clair en effet que « *la reconnaissance d'une compétence communautaire au profit des juridictions nationales ne doit pas aller à l'encontre de la cohérence de l'ordre juridique communautaire et de l'unité de son application sans laquelle l'égalité des citoyens serait rompue* »¹⁵⁷⁰.

Sans mécanisme permettant de s'assurer de la correcte application du droit communautaire par les nombreuses et diverses juridictions nationales, le danger couru par l'intégration européenne est immense. Cela d'autant plus qu'aucune hiérarchie juridictionnelle n'a été instaurée entre la Cour et les juridictions nationales, excluant d'emblée toute « *régulation par la voie de la cassation* »¹⁵⁷¹.

Ainsi, pour assurer « *en toutes circonstances à ce droit le même effet dans toute la Communauté* »¹⁵⁷², un mécanisme préjudiciel est instauré dans les Traités. Véritable canal de communication entre le juge national et la Cour de justice, la mise en œuvre du renvoi préjudiciel doit garantir « *que le droit communautaire soit interprété et appliqué de manière uniforme dans tous les États membres* »¹⁵⁷³.

Le renvoi préjudiciel est un outil mis au service de la construction européenne, en ce qu'il permet d'« *encadrer la compétence communautaire du juge national* »¹⁵⁷⁴, et de s'assurer que la compétence européenne de ce dernier est bien « *mise au service de trois grandes idées essentielles de la construction communautaire : l'unité de l'ordre juridique*

¹⁵⁶⁹ La Cour de justice affirme, concernant le renvoi préjudiciel, que « *toute lacune dans le système ainsi organisé mettrait en cause l'efficacité même des dispositions du traité et du droit communautaire dérivé* ». V. CJCE, 16 juin 1974, *Rheinmülen-Düsseldorf*, aff. 166/73, *Rec.*, p. 38.

¹⁵⁷⁰ O. DUBOS, *Le juge national, juge communautaire*, op. cit., p. 237.

¹⁵⁷¹ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 455.

¹⁵⁷² CJCE, 16 juin 1974, *Rheinmülen-Düsseldorf*, aff. 166/73, *Rec.*, p. 38.

¹⁵⁷³ CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann Laroche*, aff. 107/76, *Rec.*, p. 557.

¹⁵⁷⁴ O. DUBOS, *Le juge national, juge communautaire*, op. cit., p. 121.

*communautaire, l'efficacité des normes communautaires et la protection juridictionnelle des droits que les particuliers tirent de ces règles communautaires »*¹⁵⁷⁵.

Qualifiée de « *pierre philosophale* »¹⁵⁷⁶, l'institution du renvoi préjudiciel entre les juridictions nationales et la Cour de justice devait *in fine* permettre de garantir l'autonomie de l'ordre juridique communautaire.

Si le renvoi préjudiciel encadre la responsabilité originelle du juge national en tant que juge de droit commun du droit de l'Union européenne, il participe dans le même temps à sa valorisation.

2. La valorisation de la compétence européenne du juge national

L'accessibilité de la procédure. Parce qu'il est accessible à l'ensemble des juridictions des États membres quelle que soit leur position dans la hiérarchie juridictionnelle nationale, le renvoi préjudiciel a dès les origines conduit à une « *responsabilisation accrue* »¹⁵⁷⁷ de toutes les juridictions nationales dans l'application du droit de l'Union.

Le déclenchement de la procédure. Il faut aussi rappeler que la Cour de justice ne dispose pas de pouvoir d'autosaisine. Le juge national est en effet le « *seul et unique déclencheur de [la] procédure [préjudicielle]* »¹⁵⁷⁸. Le renvoi préjudiciel participe donc à la valorisation de la responsabilité du juge national en tant que juge de droit commun du droit de l'Union européenne.

Le contenu de la question. Par ailleurs, de la juridiction nationale dépend toute la procédure devant la Cour de justice, puisque c'est elle qui « *détermine l'intérêt à saisir la Cour et le contenu de la question* »¹⁵⁷⁹. C'est en effet le juge national qui identifie les

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*

¹⁵⁷⁶ O. DUBOS, *Le juge national, juge communautaire*, op. cit., p. 5.

¹⁵⁷⁷ G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, Institut Universitaire Varenne, Paris, LGDJ, 2013, p. 106.

¹⁵⁷⁸ L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ? », *Cah. dr. eur.*, 2012, Vol. 48, n° 1, p. 146.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

difficultés d'interprétation ou de validité des normes de droit de l'Union sur lesquelles il décide d'interroger la Cour¹⁵⁸⁰. Il prend donc en charge l'interprétation uniforme du droit de l'Union dans la mesure où pèse sur lui seul la responsabilité d'« *orienter le regard de la Cour* »¹⁵⁸¹ sur les questions pertinentes.

L'application de la réponse. Le juge national est ensuite responsable de l'application uniforme du droit de l'Union, par la réception qu'il fait de la réponse livrée par la Cour de justice. Là encore, la procédure préjudicielle œuvre dans le sens de la valorisation de sa compétence européenne, en lui confiant une responsabilité déterminante au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Qu'elles touchent à son accessibilité, au déclenchement de la procédure, au contenu même de la question ou aux suites de la procédure après la livraison de la réponse par la Cour de justice, plusieurs de ses caractéristiques conduisent à responsabiliser le juge national dans son rôle dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

Si cette responsabilisation s'est opérée dès les origines de la construction européenne, une dynamique plus récente mérite d'être observée en ce qu'elle vient renforcer la position déterminante du juge national en le replaçant face aux responsabilités qui lui incombent.

B. Une responsabilité renforcée par la subsidiarité juridictionnelle

Un mouvement tout contemporain laisse apparaître une volonté marquée de responsabiliser davantage le juge national dans sa mission de juge de droit commun du droit de l'Union européenne. Bien que participant d'un « *mouvement plus large* »¹⁵⁸², le mécanisme préjudiciel offre un éclairage particulièrement percutant de cette tendance.

L'appréhension de la recevabilité des renvois préjudiciels par la Cour de justice, dont la jurisprudence est en train d'évoluer de manière sensible **(1)**, de même que l'« *activation du*

¹⁵⁸⁰ Sur ce point, v. G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*

¹⁵⁸² L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ? », *op. cit.*, p. 147.

juge national »¹⁵⁸³ par la procédure préjudicielle d'urgence (PPU) (2), sont deux illustrations éclatantes de ce renforcement du juge national dans son rôle de juge européen de droit commun depuis le milieu des années 2000.

1. Les évolutions jurisprudentielles relatives au renvoi préjudiciel

La doctrine de l'irrecevabilité préjudicielle. Aux origines des Communautés et pendant longtemps, la Cour de justice considérait que le juge national était le seul habilité à apprécier l'utilité et la pertinence de la demande préjudicielle. Il s'ensuit qu'elle estimait également qu'elle était tenue de répondre à toutes les questions préjudicielles¹⁵⁸⁴, la déclaration d'irrecevabilité demeurant un « *cas exceptionnel* »¹⁵⁸⁵.

En effet, et le principe est resté le même, la Cour considère qu'« *il appartient aux seules juridictions nationales qui sont saisies du litige et doivent assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour* »¹⁵⁸⁶.

La situation a néanmoins évolué, la doctrine de l'irrecevabilité préjudicielle ayant peu à peu pris forme dans la jurisprudence de l'Union. Dès lors, bien que le principe soit conservé, la Cour n'hésite plus à rejeter des demandes de décision préjudicielle dans trois cas de figure : si elle ne dispose pas des éléments suffisants pour lui permettre de répondre à la question qui lui est soumise, si la question n'est pas pertinente pour la résolution du litige et si la question intervient dans le cadre d'un litige qui n'est pas réel¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸³ *Ibid.*

¹⁵⁸⁴ V. par ex. CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3 et CJCE, 20 juin 1984, *Hans Moser*, aff. 180/83, *Rec.*, p. 2539. Pour un exemple récent, v. CJUE, 12 juil. 2012, *Association Kokopelli*, aff. C-59/11, non publié au *Rec.*, pt. 28.

¹⁵⁸⁵ CJCE, 20 juin 1984, *Hans Moser*, aff. 180/83, *Rec.*, p. 2546.

¹⁵⁸⁶ V. par ex CJCE, 18 oct. 1990, *Dzodzi*, aff. C-297/88 et C-197/89, *Rec.*, p. I-3763, pts. 33 et 34 ; CJCE, 8 nov. 1990, *Gmurzynska-Bscher*, aff. C-231/89, *Rec.*, p. I-4003 ; CJCE, 17 juil. 1997, *Leur-Bloem*, aff. C-28/95, *Rec.*, p. 4190, pt. 24.

¹⁵⁸⁷ Selon la formule consacrée par la Cour, « *les questions relatives à l'interprétation du droit de l'Union posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité, et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude, bénéficient d'une présomption de pertinence. Le refus de la Cour de statuer sur une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de*

La première situation concerne donc les cas dans lesquels la juridiction de renvoi ne fournit pas à la Cour les éléments d'ordre factuel et juridique suffisants. Si cette exigence a été affirmée par la Cour de justice de manière progressive, elle est « *aujourd'hui bien établie* »¹⁵⁸⁸.

Ces informations sont indispensables à un double titre. D'une part, elles doivent permettre à la Cour de livrer une réponse utile à la résolution du litige. Le juge de l'Union a en effet « *relevé à maintes reprises que la nécessité de parvenir à une interprétation du droit de l'Union qui soit utile pour la juridiction nationale exige que celle-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'elle pose ou que, à tout le moins, elle explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées* »¹⁵⁸⁹. D'autre part, cet ensemble d'informations doit également servir « *à procurer aux gouvernements des États membres ainsi qu'aux autres intéressés la possibilité de présenter des observations* »¹⁵⁹⁰ dans la mesure où ces derniers se voient notifier uniquement la décision de renvoi¹⁵⁹¹.

Aussi, si la question n'est pas pertinente pour la résolution du litige au principal, la Cour déclarera la demande irrecevable. Il est en effet essentiel que la juridiction nationale expose, dans sa décision de renvoi, « *les raisons précises pour lesquelles elle considère qu'une réponse à ses questions concernant l'interprétation et la validité de certaines dispositions du droit de l'Union est nécessaire à la solution du litige* »¹⁵⁹². Dès lors qu'il apparaît manifestement que les questions soulevées n'ont aucun rapport avec la réalité ou

manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées ». V. CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes. C-188/10 et 189/10, *Rec.*, p. I-5667, pt. 27. Voir également, CJCE, 22 déc. 2008, *Régie Networks*, aff. C-333/07, *Rec.*, p. 10807, pt. 46 ; CJUE, 20 mai 2010, *Zanotti*, aff. C-56/09, *Rec.*, p. I-04517, pt. 15 et CJUE, 29 janv. 2013, *Radu*, aff. C-396/11, non publié au *Rec.*, pt. 22.

¹⁵⁸⁸ C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Lexis-Nexis, 2013, p. 717.

¹⁵⁸⁹ CJUE, ord., 18 avr. 2013, *Adiamix*, aff. C-368/12, non publiée au *Rec.*, pt. 20. V. également CJCE, ord., 11 mars 2008, *Consel Gi. Emme*, aff. C-467/06, non publiée au *Rec.*, pt. 15.

¹⁵⁹⁰ CJUE, ord., 18 avr. 2013, *Adiamix*, aff. C-368/12, non publiée au *Rec.*, pt. 24.

¹⁵⁹¹ V. notamment CJCE, 1^{er} avr. 1982, *Holdijk e.a.*, aff. 141/81 à 143/81, *Rec.*, p. 1299, pt. 6 et CJCE, 13 avr. 2000, *Lehtonen et Castors Braine*, aff. C-176/96, *Rec.*, p. I-2681, pt. 23.

¹⁵⁹² CJUE, ord., 18 avr. 2013, *Adiamix*, aff. C-368/12, non publiée au *Rec.*, pt. 21. V. aussi CJCE, 12 juin 1986, *Bertini e.a.*, aff. 98/85, 162/85 et 258/85, *Rec.*, p. 1885, pt. 6 ; CJCE, ord., 21 janv. 2003, *Bacardi-Martini et Cellier les Dauphins*, aff. C-318/00, *Rec.*, p. I-905, pt. 44 ; CJCE, 6 déc. 2005, *ABNA e.a.*, aff. C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *Rec.*, p. I-10423, pt. 46.

l'objet du litige, la Cour refusera d'y répondre¹⁵⁹³. C'est le cas lorsque la question porte sur l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union qui n'a pas vocation à s'appliquer dans le litige au principal¹⁵⁹⁴.

Enfin, le dernier motif de rejet est celui de l'absence de litige réel, ou de question hypothétique. La procédure du renvoi préjudiciel donne en effet mission à la Cour de justice « *non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais de contribuer à l'administration de la justice dans les Etats membres* »¹⁵⁹⁵. La Cour évoque un détournement de la procédure préjudicielle portant sur un « *litige artificiel* »¹⁵⁹⁶ ou « *construit* »¹⁵⁹⁷, ainsi que des « *constructions procédurales arrangées par les parties en vue d'amener la Cour à prendre position sur certains problèmes de droit communautaire qui ne répondent pas à un besoin objectif inhérent à la solution d'un contentieux* »¹⁵⁹⁸. Elle constate alors que la procédure préjudicielle « *a été détournée de son objet et tend, en réalité, à amener la Cour à statuer par le biais d'un litige construit* »¹⁵⁹⁹ et refuse d'y répondre¹⁶⁰⁰.

La doctrine de l'irrecevabilité préjudicielle s'est ainsi développée au gré de la jurisprudence de la Cour et en même temps qu'elle lui permet de faire face à l'afflux croissant de renvois opérés vers son prétoire, elle impose le respect de la compétence du juge de l'Union telle qu'elle lui est attribuée par les traités. Il est clair en effet que « *si l'esprit de collaboration qui doit présider à l'exercice des fonctions assignées par l'article [267], respectivement, au juge national et au juge [de l'Union] impose à la Cour le devoir de*

¹⁵⁹³ Pour un exemple de renvoi en interprétation rejeté sur ce motif, v. CJCE, 5 mars 2002, *Reisch e.a.*, aff. jtes. C-515/99, C-519/99, C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, *Rec.*, p. I-2157, pt. 26. Pour un exemple de renvoi en appréciation de validité, v. CJCE, 21 mars 2002, *Cura Anlagen*, aff. C-451/99, *Rec.*, p. I-3193, pt. 16.

¹⁵⁹⁴ CJUE, 2 mars 2017, *Retamero c. TNT Express Worldwide Spain S.L.*, aff. C-97/16, *Rec.*, p. 999, pts. 23 et s. ; CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries*, aff. C-18/93, *Rec.*, p. I-1783.

¹⁵⁹⁵ CJCE, 16 déc. 1981, *Foglia c. Novello*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045, pt. 18.

¹⁵⁹⁶ Pour la première décision d'irrecevabilité, v. CJCE, 11 mars 1980, *Foglia c. Novello*, aff. 104/79, *Rec.*, p. 746, pts. 10 et 11.

¹⁵⁹⁷ CJCE, 17 juil. 1997, *Leur-Bloem*, aff. C-28/95, *Rec.*, p. 4190, pt. 26.

¹⁵⁹⁸ CJCE, 16 déc. 1981, *Foglia c. Novello*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045, pt. 18.

¹⁵⁹⁹ CJCE, 17 juil. 1997, *Leur-Bloem*, aff. C-28/95, *Rec.*, p. 4190, pt. 26. V. également CJCE, 18 oct. 1990, *Dzodzi*, aff. C-297/88 et 197/89, *Rec.*, p. I-3763, pt. 40 et CJCE, 8 nov. 1990, *Gmurzynska-Bscher*, aff. C-231/89, *Rec.*, p. I-4003, pt. 23.

¹⁶⁰⁰ Pour d'autres exemples d'absence de litige réel, v. notamment CJCE, 20 janv. 2005, *Garcia Blanco*, aff. C-225/02, *Rec.* p. I-523, pts. 27 et 30 à 32 ; CJCE, 18 déc. 2007, *ZF Zefeser*, aff. C-62/06, *Rec.*, p. I-1995, pts. 14 à 16 et CJCE, 15 sept. 2011, *Union de Pagesos de Catalunya c. Administracion del Estado*, aff. C-197/10, pt. 21.

*respecter les responsabilités propres du juge national, il implique en même temps que le juge national, dans l'usage qu'il fait des possibilités ouvertes par l'article [267], ait égard à la fonction propre remplie en la matière par la Cour »*¹⁶⁰¹.

Autrement dit, il est indispensable que le juge national fasse bon usage de la procédure mise à sa disposition par l'article 267 du TFUE. C'est cette dernière idée qui semble au cœur de la politique jurisprudentielle de la Cour de justice ces dernières années. En effet, alors qu'elle était « *relativement réticente à se déclarer incompétente dans le cadre de l'article 267 TFUE et [...] généreuse dans l'examen de la recevabilité des demandes* »¹⁶⁰², la Cour développe dorénavant une approche plus rigoureuse dans l'examen de la recevabilité des renvois préjudiciels qui lui sont adressés.

La responsabilisation récente du juge national. Sous l'impulsion de ses avocats généraux¹⁶⁰³, la Cour de justice de l'Union européenne adopte, depuis quelques années maintenant, une position plus rigoureuse à l'égard de la recevabilité des renvois préjudiciels. Deux éléments peuvent être distingués dans sa jurisprudence.

Le premier concerne précisément le fait que la Cour développe une approche plus stricte de l'examen de sa propre compétence et de la recevabilité de la demande de décision préjudicielle, qui ne peut plus résulter de simples présomptions d'incidence du droit de l'Union dans l'affaire au principal mais doit être étayée par des éléments concrets fournis par la juridiction nationale.

Plusieurs décisions récentes en attestent¹⁶⁰⁴ et l'affaire *Airport Shuttle Express e.a.* en est une excellente illustration. Dans cette affaire, la Cour de justice a suivi les conclusions de l'avocat général Juliane KOKOTT en relevant que la juridiction nationale n'avait pas fourni d'éléments permettant de s'assurer que les dispositions de droit de l'Union visées avaient

¹⁶⁰¹ CJCE, 16 déc. 1981, *Foglia c. Novello*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045, pt. 20.

¹⁶⁰² Conclusions de l'avocat général Nils WAHL présentées le 12 mars 2015 dans l'affaire *Davide Gullota*, aff. C-497/12, pt. 3.

¹⁶⁰³ V. notamment les conclusions de l'avocat général Nils WAHL présentées dans les affaires *Venturini e.a.*, aff. jtes. C-159/12 à 161/12, et *Toresi*, aff. jtes. C-58/13 et 59/13. V. également les conclusions de l'avocat général Juliane KOKOTT présentées dans l'affaire *Airport Shuttle Express e.a.*, aff. jtes. C-162/12 et 163/12.

¹⁶⁰⁴ V. par ex. CJUE, ord., 6 sept. 2018, *HBOR*, aff. C-90/18, pts. 18 à 22 ; CJUE, ord., 3 juil. 2014, *Tudoran*, aff. C-92/14, pts. 34 à 42 ; CJUE, ord., 4 sept. 2014, *Szabo*, aff. C-204/14, pts. 15 à 25 ; CJUE, ord., C., 30 janv. 2014, aff. C-122/13 et CJUE, ord., 15 oct. 2014, *De Bellis e.a.*, aff. C-246/14.

vocation à s'appliquer dans le litige au principal. La demande de décision préjudicielle n'a dès lors pas été accueillie¹⁶⁰⁵.

Cette exigence nouvellement renforcée à l'égard du juge national doit responsabiliser davantage les juridictions des États membres dans l'utilisation qu'elles font du mécanisme préjudiciel et si ce n'est y mettre fin, *a minima* réduire, l'afflux de questions formulées de manière vague et imprécise. Dénonçant à ce propos une pratique de la part des juges nationaux qui n'est « *pas acceptable* »¹⁶⁰⁶, l'avocat général Nils WAHL souligne avec force que « *les juridictions nationales devraient toujours avoir à l'esprit que le principe de sincère coopération qui sous-tend la procédure prévue à l'article 267 TFUE s'applique de manière réciproque* »¹⁶⁰⁷.

Le second concerne le manque de rigueur plus général des juridictions nationales. Il s'avère en effet qu'un certain nombre de renvois préjudiciels transmis à la Cour ne satisfont pas les exigences minimales prescrites par les dispositions pertinentes du droit de l'Union, à savoir l'article 267 du TFUE et l'article 94 du Règlement de procédure. Le juge de l'Union insiste donc avec force sur la nécessité pour les juridictions des États membres de respecter « *scrupuleusement* »¹⁶⁰⁸ ces dispositions, en fournissant toutes les informations utiles dans leurs décisions de renvoi¹⁶⁰⁹.

Le juge national est ainsi à nouveau mis face à ses responsabilités¹⁶¹⁰. Encouragé à faire une application correcte des dispositions applicables¹⁶¹¹, il est en même temps un peu plus

¹⁶⁰⁵ CJUE, 13 fév. 2014, *Airport Shuttle Express e.a.*, aff. jtes. C-162/12 et 163/12, pts. 28 à 51.

¹⁶⁰⁶ Conclusions de l'avocat général Nils WAHL présentées le 12 mars 2015 dans l'affaire *Davide Gullota*, aff. C-497/12, pt. 90.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, pt. 94.

¹⁶⁰⁸ V. CJUE, ord., 6 sept. 2018, *HBOR*, aff. C-90/18, pt. 19. V. aussi CJUE, 26 oct. 2017, *Balgarska energiyana borsa*, aff. C-347/16, pt. 59 et CJUE, 7 sept. 2017, *Alandzak*, aff. C-187/17, pt. 13.

¹⁶⁰⁹ La Cour rappelle qu'« *aux termes de cette disposition du règlement de procédure, toute demande de décision préjudicielle contient "un exposé sommaire de l'objet du litige ainsi que des faits pertinents, tels qu'ils ont été constatés par la juridiction de renvoi ou, à tout le moins, un exposé des données factuelles sur lesquelles les questions sont fondées", "la teneur des dispositions nationales susceptibles de s'appliquer en l'espèce et, le cas échéant, la jurisprudence nationale pertinente" ainsi que "l'exposé des raisons qui ont conduit la juridiction de renvoi à s'interroger sur l'interprétation ou la validité de certaines dispositions du droit de l'Union, ainsi que le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal"* ». V. CJUE, ord., 6 sept. 2018, *HBOR*, aff. C-90/18, pt. 20.

¹⁶¹⁰ Sur ce point, v. l'analyse de F. BERROD, « L'Union européenne par le dialogue des juges : une affaire de jugements », *RDUE*, 2018, p. 18.

responsabilisé dans son approche du dialogue qu'il noue avec la Cour de justice *via* cet outil procédural. En rejetant fermement les questions ne satisfaisant pas pleinement aux conditions énoncées par le droit de l'Union, la Cour rappelle aux juridictions nationales la rigueur qui leur incombe.

La création de la procédure préjudicielle d'urgence, par les innovations procédurales qu'elle propose, participe de ce même mouvement de responsabilisation du juge national dans son office de juge européen.

2. Les évolutions procédurales relatives à la procédure préjudicielle d'urgence

Le système du « feu vert ». Lors de la mise en œuvre de la procédure préjudicielle, si le rôle du juge national est « *décisif* », ce dernier reste dans une certaine mesure « *passif* »¹⁶¹². Face à un doute quant à la validité ou à l'interprétation du droit de l'Union, il interroge la Cour de justice pour ensuite faire application de la réponse qui lui est donnée par cette dernière.

Or, dans sa *Résolution sur le rôle du juge national dans le système juridictionnel européen*, le Parlement européen affirme que « *dans un ordre juridique communautaire décentralisé et arrivé à maturité, les juges nationaux ne devraient pas être marginalisés mais devraient au contraire se voir confier davantage de responsabilités et être encouragés davantage dans leur rôle de premier juge du droit communautaire* »¹⁶¹³. Selon le Parlement, cette responsabilisation doit être concrétisée par « *un système de "feu vert" en vertu duquel les juges nationaux pourraient inclure les réponses qu'ils proposent dans les questions qu'ils renvoient à la Cour de justice, qui déciderait ensuite dans un délai donné s'il convient d'accepter l'arrêt proposé ou de statuer elle-même à la manière d'une cour d'appel* »¹⁶¹⁴.

¹⁶¹¹ L'article 267 du TFUE et l'article 94 du Règlement de procédure.

¹⁶¹² L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ? », *op. cit.*, pp. 135-166.

¹⁶¹³ Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2008 sur le rôle du juge national dans le système juridictionnel européen (2007/2027(INI)), pt. 31.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*

Ce système permettrait de « pousser encore plus loin la logique de responsabilisation du juge national »¹⁶¹⁵, s'agissant « de responsabiliser autant que possible le juge national dans le cadre d'une logique de coopération »¹⁶¹⁶.

Cette idée, si elle n'a pas été retenue en l'état, a néanmoins permis d'amorcer des changements dans la manière d'appréhender le rôle du juge national. Dans les *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles* publiées par la Cour de justice¹⁶¹⁷, il est désormais indiqué que le juge national « peut indiquer succinctement son point de vue sur la réponse à apporter aux questions posées à titre préjudiciel »¹⁶¹⁸. Cette incitation du juge national à proposer une réponse aux questions qu'il soumet à la Cour de justice participe à sa responsabilisation dans le processus préjudiciel.

D'une faculté à une obligation. Le pas franchi est bien plus grand concernant la PPU. Cette faculté pour la juridiction nationale d'apporter son point de vue sur la réponse à donner se transforme en injonction lorsqu'il s'agit d'une demande préjudicielle d'urgence¹⁶¹⁹. Les *Recommandations* de la Cour de justice de l'Union européenne mentionnent que « dans toute la mesure du possible, la juridiction de renvoi doit [...] indiquer, de façon succincte, son point de vue sur la réponse à donner aux questions posées »¹⁶²⁰. Le passage d'une faculté à une obligation est donc clair¹⁶²¹.

La juridiction de renvoi se trouve dès lors responsabilisée dans l'usage qu'elle fait de cette procédure¹⁶²². En effet, en ce qu'elle « revoit [la] passivité du juge national »¹⁶²³ dans le

¹⁶¹⁵ L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ? », *op. cit.*, p. 149.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

¹⁶¹⁷ CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles* (2018/C 257/01), JOUE, 20 juil. 2018.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, pt. 17.

¹⁶¹⁹ Il en va de même concernant la demande de procédure accélérée. *Ibid.*, pt. 34.

¹⁶²⁰ *Ibid.*

¹⁶²¹ J. PERTEK, « Renvoi préjudiciel », fasc. 360, *JCl. Europe*.

¹⁶²² L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ? », *Cah. dr. eur.*, 2012, Vol. 48, n° 1, p. 146.

¹⁶²³ *Ibid.*

mécanisme préjudiciel, la PPU œuvre dans le sens d'une juridiction nationale « *active, force de proposition et de solution* »¹⁶²⁴.

Mis face à ses nouvelles responsabilités de juge européen de droit commun dès les origines des Communautés *via* la création et la mise en œuvre du mécanisme préjudiciel, le juge national est sans cesse renforcé dans son office européen. Il reste que peut être observée une dynamique plus contemporaine, portant en elle un nouveau vent de responsabilisation des juridictions des États membres. Les évolutions jurisprudentielles concernant la recevabilité du renvoi préjudiciel ainsi que les germes d'un système de « feu vert » dans l'exercice de la PPU en sont deux illustrations marquantes.

Dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme, si le juge national a dès le départ été reconnu dans son rôle de premier juge des droits fondamentaux, il n'a pas pour autant été mis à sa disposition de mécanisme de coopération avec le juge de Strasbourg. La nouvelle dynamique de responsabilisation impliquée par l'entrée en vigueur du mécanisme des avis consultatifs doit néanmoins conduire à renforcer la position du juge national. Dès lors, s'il est opportun d'évoquer une évolution à l'égard de la situation vécue dans l'ordre juridique de l'Union, c'est une véritable révolution qui peut être observée dans le système conventionnel.

Dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme comme dans celui de l'Union européenne, le juge national a dès les origines été considéré comme le premier responsable de l'application du droit européen. De même, dans les deux systèmes, cette responsabilité originelle du juge national a récemment été renforcée.

Dans l'ordre juridique de la Convention, ce n'est pas une tendance mais un véritable bouleversement qui s'est récemment opéré avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 16. Pour le juge national, le mécanisme des avis consultatifs renouvelle l'exercice de sa fonction de premier juge des droits fondamentaux. Ce renouveau se traduit par un changement de logique, au détriment de la sanction et au profit de la prévention par la collaboration juridictionnelle.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, p. 147.

Avec ce nouvel instrument, les juridictions nationales deviennent également responsables de sa gestion, en décidant de l'opportunité de s'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme, du contenu de la question et des suites à donner à la réponse. Dès lors, le mécanisme du renvoi préalable, qu'il soit nouvellement mis à disposition du juge national ou qu'il fasse l'objet de nouvelles approches jurisprudentielles et procédurales, s'impose comme le théâtre d'une mutation du rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen.

Dans l'ordre juridique de l'Union, il s'agit à la fois de mettre le juge national face à ses responsabilités tout en lui offrant les moyens de s'affirmer dans son rôle de juge de droit commun du droit de l'Union. Deux exemples ont permis d'illustrer cette tendance. Il s'agit d'une part de l'approche plus stricte adoptée par la Cour de justice quant à la recevabilité préjudicielle, incitant le juge national à gagner en maturité lorsqu'il agit en tant que juge européen. D'autre part, l'approche plus proactive à l'égard du juge national apportée par la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence traduit également cette volonté de donner aux juridictions nationales tous les moyens d'exercer pleinement leur mission.

Traduisant l'accent mis sur la décentralisation du contentieux européen dans un contexte de crise, ces évolutions laissent apparaître la place croissante qui est offerte au juge national dans la construction européenne. La charge de la protection juridictionnelle effective, pesant de plus en plus lourdement sur le juge national, participe de ce même mouvement de responsabilisation des juridictions nationales.

SECTION 2. LES ÉVOLUTIONS PORTÉES PAR L'OBLIGATION DE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE

« Une des grandes révolutions juridiques du milieu du XX^{ème} siècle a été de faire en sorte que le justiciable, personne physique ou morale, devienne le créancier de droits définis à un niveau supranational – notamment européen – et qu'il puisse demander compte du respect de ces droits non seulement devant le juge national, qui demeure son juge naturel, mais également devant des juges "européens" capables d'harmoniser les solutions au niveau de l'espace européen et éventuellement de redresser telle décision du juge national ou tel comportement des organes supranationaux »¹⁶²⁵.

Tout l'intérêt d'étudier le droit à une protection juridictionnelle effective dans un travail de recherche consacré à la subsidiarité juridictionnelle transparaît dans ces propos du Professeur Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE. Dès lors que l'obligation de protection juridictionnelle effective est principalement mise à la charge des juridictions des États, le premier responsable de la garantie des droits attribués aux citoyens au niveau européen n'est pas le juge de la Convention ou celui de l'Union, mais bien le juge national.

Pour en prendre toute la mesure, il est nécessaire de s'attarder sur la consécration et la signification du principe de protection juridictionnelle effective. Il apparaîtra en effet qu'appréhendé comme une obligation incombant en priorité aux juges nationaux, il s'agit d'un principe de décentralisation du contentieux européen (§ 1).

D'autre part, en révélant le juge national comme le pilier de l'existence et du développement des deux ordres juridiques européens, le principe de protection juridictionnelle effective emporte nécessairement un effet responsabilisant à l'égard des juridictions nationales (§ 2).

¹⁶²⁵ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs*, 2001/1, n° 96, pp. 123-141.

§ 1. Un principe de décentralisation du contentieux européen fondé sur la subsidiarité juridictionnelle

La volonté initiale des États européens de ne pas créer de système juridictionnel supranational de type fédéral, mais au contraire de décentraliser la garantie des droits et libertés conventionnellement protégés¹⁶²⁶ ainsi que l'application du droit de l'Union européenne¹⁶²⁷ fait reposer sur les juridictions nationales la responsabilité essentielle du respect des droits européens. Comme le souligne le Professeur Henri LABAYLE, « *l'un des plus grands mérites du droit européen consiste à avoir réveillé la réflexion en droit interne quant à la protection juridictionnelle des particuliers* »¹⁶²⁸.

Au-delà des autres outils de décentralisation du contentieux européen déjà évoqués, ce « renvoi à l'échelon national »¹⁶²⁹ par « la reconnaissance des juges des États membres comme juges du droit de l'Union »¹⁶³⁰ et de la Convention, se manifeste également par le renvoi vers le juge national de la garantie du droit à une protection juridictionnelle effective.

Consacré par le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne **(A)**, l'exigence de protection juridictionnelle effective mise à charge des juridictions nationales signe la confirmation du rôle du juge national dans l'espace européen en le confortant dans sa mission de juge européen de droit commun **(B)**.

¹⁶²⁶ J. M. SAUVÉ, Intervention lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶²⁷ R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 600.

¹⁶²⁸ H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne », *RFDA*, 1992, p. 619.

¹⁶²⁹ P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *op. cit.*, pp. 183 et s.

¹⁶³⁰ R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 591.

A. La consécration du principe

Considéré comme un « *attribut essentiel d'un État de droit* »¹⁶³¹, le principe d'une protection juridictionnelle effective est consacré dans la grande comme dans la petite Europe. C'est un droit qui, connaissant des limitations, n'est pas absolu. Il n'en reste pas moins fondamental dans les deux ordres juridiques européens, comme en témoigne sa montée en puissance récente.

Il est utile de revenir sur la consécration du droit à la protection juridictionnelle effective, la reconnaissance, les limitations et l'autorité de ce droit n'étant pas les mêmes dans l'ordre juridique de la Convention (1) et dans celui de l'Union (2).

1. La consécration dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme

Le fondement de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention. Le droit à une protection juridictionnelle effective « *ne figure pas de façon tout à fait explicite comme un droit dans la Convention* »¹⁶³² mais est consacré dans l'ordre juridique conventionnel sur la base de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention, consacrant le droit à un procès équitable¹⁶³³.

De cette disposition de la Convention, la Cour déduit un droit général au juge, qui « *constitue un élément inhérent* »¹⁶³⁴ au droit à un procès équitable et dont la garantie ne doit pas être « *théorique(s) ou illusoire(s), mais concrète et effective [...] eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique* »¹⁶³⁵.

¹⁶³¹ L. FICCHI, « L'État de droit et la jurisprudence communautaire », in M. DONY (dir.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruxelles, Éd. Université de Bruxelles, 2008, pp. 114 et s.

¹⁶³² J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs*, 2001/1, n° 96, pp. 123-141.

¹⁶³³ L'article 6, § 1 consacre le droit de « *Toute personne [...] à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi* ».

¹⁶³⁴ CourEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 36.

¹⁶³⁵ CourEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, Série A, § 24.

La Cour européenne des droits de l'homme puise en effet dans le contexte de cette disposition, dans la philosophie de la Convention ainsi que dans les principes généraux du droit, pour conclure qu'« *on ne comprendrait pas que l'article 6, paragraphe 1^{er}, décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès* »¹⁶³⁶. Le « *droit à un tribunal* »¹⁶³⁷ fait dès lors partie des droits garantis par le droit de la Convention et signifie que chacun doit pouvoir « *joui[r] d'une possibilité claire et concrète de constater un acte constituant une ingérence dans ses droits* »¹⁶³⁸.

Un droit non absolu. Les limitations au droit à un procès équitable contenues dans l'article 6, paragraphe 1, si elles doivent être soulevées dans la mesure où l'interprétation des formules « *contestations sur ses droits et obligations de caractère civil* » et « *toute accusation en matière pénale* » ne permet pas d'englober tous les contentieux¹⁶³⁹, n'affectent en rien l'élévation du droit à une protection juridictionnelle effective au rang de droit fondamental dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme. De même que les restrictions admises par la jurisprudence, elles signifient simplement que « *le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu* »¹⁶⁴⁰.

Il apparaît dès lors que pour la Cour européenne des droits de l'homme, la protection juridictionnelle effective est un droit fondamental, qui doit permettre aux justiciables de faire valoir leurs droits devant un juge¹⁶⁴¹. Dans l'Union, le droit à une protection juridictionnelle effective est également garanti.

¹⁶³⁶ CourEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 35.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, § 36.

¹⁶³⁸ CourEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c. France*, req. n° 23805/94, § 36 et CourEDH, 10 avr. 2003, *Nunes Dias c. Portugal* (déc.), req. n° 69829/01 et 2672/03.

¹⁶³⁹ Sur cette question, v. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *op. cit.*, pp. 123-141. V. également le détail des matières exclues dans le *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet civil)*, mis à jour au 31 déc. 2018, pts. 64 et s.

¹⁶⁴⁰ CourEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 38.

¹⁶⁴¹ CourEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c. France*, req. n° 23805/94, § 38.

2. La consécration dans l'ordre juridique de l'Union européenne

Un principe général du droit de l'Union. En affirmant que « la Communauté économique européenne est une Communauté de droit en ce sens que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité »¹⁶⁴², la Cour de justice faisait déjà apparaître en 1986 le droit à une protection juridictionnelle effective comme un élément indispensable à la qualification de l'Union comme une Union de droit.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le droit à une protection juridictionnelle effective était un principe général du droit découlant des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁴³. En effet, en l'absence de consécration par les traités, « *c'est par le détour des principes généraux du droit communautaire que la Cour de justice a forgé sa propre jurisprudence sur le droit au juge* »¹⁶⁴⁴. La Cour de justice a en effet régulièrement rappelé qu'« *il incombe aux juridictions des États membres [...] d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »¹⁶⁴⁵.

La consécration dans le traité. Le principe d'une protection juridictionnelle effective a finalement été inscrit dans les traités avec le traité de Lisbonne. Consacrée par l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2 du TUE¹⁶⁴⁶, ainsi que par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁶⁴⁷, la protection juridictionnelle effective couvre

¹⁶⁴² CJCE, 23 avr. 1986, *Les Verts c. Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, pt. 23.

¹⁶⁴³ V. notamment CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84 ; CJUE, 18 mars 2010, *Allassini et al.*, aff. jtes . C-317/08 à C-320/08, *Rec.*, p. I-02213, pt. 62 ; CJUE, GC, 8 sept. 2010, *Winner Wetten GmbH*, aff. C-409/06, *Rec.*, p. I-08015, pt. 58 ; Trib.UE, *Kadi c. Commission*, aff. T-85/09, *Rec.*, p. II-05177, pt. 188 ; CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, aff. C-399/11.

¹⁶⁴⁴ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *op. cit.*, pp. 123-141.

¹⁶⁴⁵ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet Ltd*, aff. C-432/05, *Rec.*, p. I-02271, pt. 38. V. également CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *Rec.*, p. 1989, pt. 5 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629, pts. 21 et 22 ; CJCE, 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, aff. C-213/89, *Rec.*, p. I-2433, pt. 19 ; et CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec.*, p. I-4599, pt 12.

¹⁶⁴⁶ Pour rappel, l'article 19, § 1, al. 2 TUE se lit comme suit : « *Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* ».

¹⁶⁴⁷ Pour rappel, l'article 47 de la Charte, intitulé « *Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial* », se lit comme suit :

notamment les garanties énumérées dans ce dernier, à savoir le droit à un procès équitable, le droit à une audience publique, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, le droit à un tribunal impartial, établi préalablement par la loi, le droit de se faire conseiller, défendre et représenter ainsi que le droit à l'aide juridictionnelle.

L'application du droit à une protection juridictionnelle effective au sein de l'Union européenne n'est pas sans soulever de critiques tant son effectivité n'est pas totale¹⁶⁴⁸. Un certain « *déficit judiciaire* » peut d'ailleurs être dénoncé¹⁶⁴⁹. Les interrogations et critiques quant au respect des exigences de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme par le système contentieux de l'Union, dans lequel le particulier peine à trouver sa place, sont en effet parfaitement légitimes¹⁶⁵⁰. En dépit de cette garantie imparfaite en pratique, le droit à une protection juridictionnelle effective est bien un droit fondamental dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

Le droit à une protection juridictionnelle effective est ainsi un droit fondamental des citoyens européens, consacré à la fois par la Convention européenne des droits de l'homme et par les traités de l'Union européenne. Reste à en appréhender la signification au regard du principe de subsidiarité juridictionnelle.

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

¹⁶⁴⁸ Sur cette question, v. L. GUILLOUD, « Le droit au juge dans l'Union européenne : passe, impair et manque », *RDP*, 2012, n° 6, p. 1699.

¹⁶⁴⁹ C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », *op. cit.*, p. 77.

¹⁶⁵⁰ V. parmi d'autres H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne », *op. cit.*, p. 619 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *op. cit.*, pp. 123-141 et L. FROMONT, A. VAN WAEYENBERGE, « La protection juridictionnelle effective en Europe ou l'histoire d'une procession d'Echternach », *Cah. dr. eur.*, 2015/1, pp. 112-150.

B. La signification du principe

Affirmer que le principe de la protection juridictionnelle effective est un principe de décentralisation du contentieux européen implique de changer d'angle de vue. Il convient en effet de sortir de l'acception classique consistant à insister sur le caractère fondamental de ce droit au regard des citoyens, qui doivent être mis en mesure de faire valoir leurs droits devant une autorité juridictionnelle, pour l'appréhender comme un principe faisant reposer sur le juge national la charge de la protection des droits garantis par les normes européennes¹⁶⁵¹.

Dès lors, abordé dans la perspective des rapports entre juridictions européennes et nationales, la protection juridictionnelle effective apparaît comme un principe chargeant le juge national d'une mission **(1)** tout en encadrant son exercice **(2)**.

1. La charge du juge national d'assurer le respect du droit européen

Dans le système conventionnel. Le droit à une protection juridictionnelle effective, au-delà de sa qualité de droit fondamental pour les citoyens dont le respect est sanctionné par la Cour européenne des droits de l'homme, revêt une importance particulière dans le système conventionnel. « *Exigence essentielle de l'Etat de droit qui sous-tend la Convention toute entière* »¹⁶⁵², il constitue également une obligation mise à la charge des États parties, tenus de protéger les droits conventionnels en ouvrant aux citoyens les voies de recours nécessaires dans leur ordre juridique interne. Une telle possibilité offerte aux individus de porter en justice les violations de leurs droits devant leurs instances nationales est essentielle en ce qu'elle garantit l'effectivité du système conventionnel¹⁶⁵³.

Elle est l'expression du caractère décentralisé et subsidiaire de la protection des droits et libertés fondamentaux. Il est clair en effet que le système ne peut fonctionner sans une telle protection au niveau national, la Cour n'ayant pas vocation à connaître de l'ensemble des

¹⁶⁵¹ V. E. NEFRAMI, « Quelques réflexions sur l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE et l'obligation de l'État membre d'assurer la protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », in C. BOUTAYEB (dir.), *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude MASCIET*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, pp. 805-816.

¹⁶⁵² J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 86.

¹⁶⁵³ V. G. RUSU, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 4.

litiges impliquant le respect des droits de l'homme, se limitant au contraire à une intervention subsidiaire. Elle rappelle d'ailleurs qu'il est « *fondamental pour le mécanisme de protection établi par la Convention que les systèmes nationaux eux-mêmes permettent de redresser les violations commises, la Cour exerçant son contrôle dans le respect du principe de la subsidiarité*¹⁶⁵⁴ ».

Par ailleurs, « *ce n'est qu'en mettant en place un recours effectif pour prévenir ou réparer toute violation des droits conventionnels que les Etats membres du Conseil de l'Europe se conforment à l'obligation de respecter les droits de l'homme, telle que prévue au premier article de la Convention* »¹⁶⁵⁵ qui prévoit que « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

Contenu dans l'article 6, paragraphe 1, de la Convention tel qu'interprété par la Cour européenne, le principe de protection juridictionnelle effective permet à la Cour de considérer les juridictions nationales comme les premières responsables de la garantie des droits et libertés conventionnels et « *favorise ainsi une protection décentralisée de la Convention* »¹⁶⁵⁶. En atteste l'arrêt *Kudla*¹⁶⁵⁷, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme insiste sur l'obligation pour le juge national d'appliquer directement l'article 6, paragraphe 1, de la Convention¹⁶⁵⁸. En envisageant les juridictions nationales comme « *des instances européennes de premier degré, [la Cour] renforce leur mission en organisant la garantie de la Convention directement au niveau interne* »¹⁶⁵⁹.

Dans l'Union européenne. Présenté par le Professeur Constance GREWE « *comme une condition de l'effectivité des règles juridiques et comme le fer de lance du droit au droit* »¹⁶⁶⁰,

¹⁶⁵⁴ CourEDH, GC, 10 mai 2001, *Z. et autres c. Royaume Uni*, Rec. 2001-V, § 103.

¹⁶⁵⁵ G. RUSU, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 4.

¹⁶⁵⁶ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? » op. cit., pp. 101-114.

¹⁶⁵⁷ CourEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, § 124-131.

¹⁶⁵⁹ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? » op. cit.

¹⁶⁶⁰ C. GREWE, « Réflexions comparatives sur l'Etat de droit », *De la Communauté de droit à l'Union de droit : continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 21.

le principe de protection juridictionnelle effective est un principe dual. Alors que la première face du principe exprime la « *nécessité fonctionnelle pour l'Union* »¹⁶⁶¹ de voir les droits que les justiciables tirent du droit de l'Union garantis par les juridictions de droit commun que sont les juridictions nationales, la seconde en fait un « *instrument de mise en œuvre effective et uniforme du droit communautaire* »¹⁶⁶². La complémentarité de ces deux acceptions est totale. En effet, « *le droit à un recours juridictionnel au plan national n'est pas reconnu en tant que tel par la Cour de Luxembourg, mais comme le corollaire nécessaire de l'effectivité d'un droit résultant du droit communautaire* »¹⁶⁶³.

De cette mission confiée au juge national de garantir les droits que les particuliers tirent du droit de l'Union découle une obligation pour les États membres, auxquels « *il incombe [...] de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective* »¹⁶⁶⁴. Cette « *organisation décentralisée de la protection juridictionnelle* »¹⁶⁶⁵ fait peser une double responsabilité sur les juges nationaux. Interlocuteurs directs des individus, ils doivent leur garantir le respect des droits qui leurs sont conférés par le droit primaire et dérivé de l'Union européenne. Dans le même temps, les juridictions nationales doivent trancher les litiges qui leurs sont soumis dans le respect du droit de l'Union européenne. Ils sont les garants de l'effectivité et de l'application uniforme du droit de l'Union, sans lesquels la construction s'effondre.

Le prisme de l'impératif de protection juridictionnelle effective permet de prendre la mesure de l'immense responsabilité du juge national, responsable de la protection à la fois de l'échelon le plus petit – les individus –, et du plus grand – l'ordre juridique de l'Union –.

Cette double responsabilité, qui fait du juge national le pilier de l'existence de l'ordre juridique de l'Union, ne va pas sans l'encadrement indispensable du niveau européen.

¹⁶⁶¹ S. PLATON, « La justice européenne au secours de l'État de droit ? La Cour de justice de l'Union européenne gardienne de l'indépendance des juges nationaux », *Journal d'Actualité des Droits européens*, 24 mai 2018, en ligne : <https://revue-jade.eu/article/view/2210>

¹⁶⁶² J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *op. cit.*, p. 141.

¹⁶⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁶⁴ CJCE, 1^{er} avr. 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, aff. C-263/02P, *Rec.* p. I-3425, pt. 31.

¹⁶⁶⁵ CJCE, 5 déc. 1979, *Amylum c. Conseil et Commission*, aff. jtes 116 et 124/77, *Rec.*, p. 3497, pt. 14, et CJCE, 5 déc. 1979, *Koninklijke Scholten-Honig NV c. Conseil et Commission*, aff. 143/77, *Rec.*, p. 3583, pt. 11.

2. Une charge du juge national encadrée

Dans le système conventionnel. Si l'exigence de protection juridictionnelle effective est endossée par les juridictions nationales, la confiance qui leur est témoignée s'accompagne du contrôle externe et subsidiaire opéré par le juge de Strasbourg. La Cour européenne des droits de l'homme intervient en effet à la fois pour guider le juge national, et pour en condamner les comportements contraires à la protection des droits fondamentaux.

Le droit à une protection juridictionnelle effective est ainsi un facteur de renforcement du juge national dans sa fonction de juge de droit commun des droits de l'homme autant qu'il implique une responsabilité particulière de ce dernier face à la confiance qui lui est accordée. Cette responsabilité singulière du juge national en tant que premier protecteur des droits et libertés garantis par la Convention peut ainsi être mise en jeu par la Cour européenne, dont le contrôle porte à la fois sur les aspects matériels et procéduraux de la protection qui doit être offerte par les juridictions des États parties.

Les exemples d'encadrement du rôle des juridictions nationales par la Cour européenne du point de vue matériel sont nombreux¹⁶⁶⁶. L'un des plus récents, révélé dans l'affaire *Fernández Martínez c. Espagne*¹⁶⁶⁷, concerne la conciliation entre deux intérêts concurrents, le droit au respect de la vie privée et familiale d'un prêtre et la protection de l'autonomie de l'Église catholique quant au choix des personnes habilitées à enseigner la doctrine religieuse. Il s'agit plus précisément d'un prêtre catholique, dont la vie maritale assumée au grand jour a justifié le non-renouvellement de son contrat de travail d'enseignant de la discipline religieuse.

La Cour se livre dans cet arrêt à un véritable exposé méthodologique à l'égard des juridictions nationales. Le rappel détaillé des principes applicables en l'espèce¹⁶⁶⁸

¹⁶⁶⁶ V. notamment CourEDH, 2 août 2001, *Boulatif c. Suisse*, req. n° 54273/00, *Rec.* 2001-IX concernant le contentieux des étrangers et la conciliation entre le droit au respect de la vie privée et familiale et la préservation de l'ordre public ; CourEDH, GC, 7 fév. 2012, *Axel Springer c. Allemagne*, req. n° 39954/08 et CourEDH, GC, 7 fév. 2012, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, req. n° 40660/08 et 60641/08 concernant le respect du principe de proportionnalité dans la conciliation entre droit au respect de la vie privée et liberté d'expression. Sur ces jurisprudences, voir l'analyse de Laurèn AUDOUY dans sa thèse de doctorat : L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 438-441.

¹⁶⁶⁷ CourEDH, GC, 12 juin 2014, *Fernández Martínez c. Espagne*, req. n° 56030/07.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, § 123-132.

s'accompagne de l'injonction selon laquelle, s'il appartient aux juridictions nationales « *de juger les premières si toutes ces conditions se trouvent remplies, c'est à la Cour qu'il revient de trancher en définitive la question de la nécessité de l'ingérence au regard des exigences de la Convention* »¹⁶⁶⁹. La Cour enchaîne donc sur l'application des principes au cas d'espèce¹⁶⁷⁰, mettant l'accent sur le déroulement de la procédure au niveau national¹⁶⁷¹. Lors de cet examen approfondi, elle constate que « *les juridictions nationales ont pris en compte tous les éléments pertinents* »¹⁶⁷², et conclut à la non-violation de l'article 8 de la Convention¹⁶⁷³. Dans d'autres cas, la même méthodologie a pu aboutir à la constatation de la violation, remettant en cause l'application des critères par le juge national¹⁶⁷⁴.

Le juge national se trouve ainsi autant confirmé dans son rôle de garant des droits et libertés conventionnels qu'il est étroitement encadré dans l'exercice de sa mission. Les critères et principes que la Cour développe dans sa jurisprudence à cet effet peuvent donc être vus à la fois comme une manière de limiter l'autonomie des juridictions nationales, mais également comme des indications précieuses permettant d'éclairer le juge national dans l'accomplissement de sa mission de juge conventionnel de droit commun.

Dans l'Union européenne. Le juge national n'est pas laissé seul face à son obligation de protection juridictionnelle effective. L'application du droit de l'Union européenne se fait en collaboration avec la Cour de justice, dont l'appui autant que l'encadrement sont indispensables à l'intégration européenne.

Dès lors, le droit à une protection juridictionnelle effective, s'il est un « *facteur de renforcement de prérogatives du juge national, [il] est aussi source d'obligations pour lui, l'extension de ses prérogatives n'est, en définitive, que la contrepartie d'une responsabilité*

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, § 125.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, § 133-152.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, § 147-152.

¹⁶⁷² *Ibid.*, § 151.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, § 153.

¹⁶⁷⁴ V. par ex. CourEDH, GC, 10 nov. 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n° 40454/07.

accrue à l'égard des exigences du droit de l'Union »¹⁶⁷⁵. Les dangers que feraient courir une liberté démesurée du juge national à la construction européenne justifient donc l'encadrement de la compétence européenne des juridictions nationales.

Le régime de responsabilité des États membres du fait de la violation du droit de l'Union par leurs juridictions est l'illustration la plus éclatante de cet encadrement du juge national reposant sur le droit à une protection juridictionnelle effective. Consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne dès 2003 dans le célèbre arrêt *Köbler*, la responsabilité de l'État du fait de la décision d'une juridiction de dernière instance découle directement de « *la nécessité d'assurer aux particuliers la protection des droits que les règles [de l'Union] leur reconnaissent* »¹⁶⁷⁶.

Cet « *encadrement juridique du juge* »¹⁶⁷⁷ national repose tout entier sur la responsabilité essentielle à l'égard de l'intégration européenne qui lui incombe au titre du droit à une protection juridictionnelle effective. Selon la Cour de justice, cette responsabilité confiée aux juridictions nationales s'explique au regard du « *rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles communautaires* »¹⁶⁷⁸. En effet, « *la pleine efficacité de celles-ci serait remise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie s'il était exclu que les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort* »¹⁶⁷⁹.

Le juge de l'Union met en évidence le lien entre le droit à une protection juridictionnelle effective et l'application uniforme du droit de l'Union. Dès lors, il fait également apparaître au lecteur attentif le lien entre la responsabilisation du juge national (qui

¹⁶⁷⁵ B. BERTRAND, J. SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2014, 1354 p., pp. 566-593, spéc. p. 591.

¹⁶⁷⁶ CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239, pt. 45.

¹⁶⁷⁷ B. BERTRAND, J. SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », *op. cit.*, p. 590.

¹⁶⁷⁸ CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239, pt. 33 et CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA*, aff. C-173/03, *Rec.*, p. I-5177, pt. 33.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

doit protéger les droits que les particuliers tirent du droit de l'Union) et l'intégration européenne (dont l'application uniforme du droit de l'Union est une composante), la première étant mobilisée au service de la seconde.

La condamnation de la France pour manquement judiciaire le 4 octobre 2018¹⁶⁸⁰ est le premier exemple de cette dualité caractéristique de l'obligation de protection juridictionnelle effective pesant sur les juridictions des États membres. Pour rappel, la Cour de justice avait en 2011 rendu un arrêt préjudiciel *Accor*¹⁶⁸¹, dans lequel elle répondait au Conseil d'État que le mécanisme français de prévention de la double imposition était contraire au droit de l'Union¹⁶⁸². N'en tenant point compte, la plus haute juridiction de l'ordre administratif français rend, en 2012, deux arrêts contraires aux constatations de la Cour de justice¹⁶⁸³, laissant perdurer dans l'ordonnancement juridique des règles fiscales nationales contraires à deux des libertés fondamentales du marché intérieur, la liberté d'établissement (article 49 du TFUE) et la liberté de circulation des capitaux (article 63 du TFUE).

Saisie par la Commission européenne d'un recours en constatation de manquement conformément à l'article 258 du TFUE, la Cour de justice constate dans son arrêt du 4 octobre 2018 le double manquement, matériel¹⁶⁸⁴ et procédural¹⁶⁸⁵, de la République française au droit de l'Union européenne. Concernant l'aspect procédural, le Conseil d'État, en se refusant à interroger le juge de l'Union sur les dispositions fiscales dont l'interprétation « *ne s'imposait pas avec une telle évidence qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable* »¹⁶⁸⁶, a manqué à l'obligation de renvoi préjudiciel qui lui incombe en tant que juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours en vertu des dispositions de l'article 267 du TFUE¹⁶⁸⁷. C'est la première fois que le juge de l'Union condamne un État membre pour un

¹⁶⁸⁰ CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c. France*, aff. C-416/17.

¹⁶⁸¹ CJUE, 15 sept. 2011, *Accor*, aff. C-310/09, *Rec.*, p. I-08115.

¹⁶⁸² *Ibid.*, pt. 63.

¹⁶⁸³ CE, 10 déc. 2012, *Rhodia*, n° 317074 et CE, 10 déc. 2012, *Accor*, n° 317075.

¹⁶⁸⁴ CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c. France*, aff. C-416/17, pts. 43 et s.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, pts. 113 et 114.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, pt. 114.

¹⁶⁸⁷ Pour un commentaire de l'arrêt, v. S. GERVASONI, « CJUE et Cours suprêmes : repenser les termes du dialogue des juges ? », *AJDA*, 2019, p. 150. V. également, D. SIMON, « Une première historique : la France condamnée en manquement pour défaut de renvoi préjudiciel par le Conseil d'État », *Europe*, n° 11, 2018,

manquement dû à « *l'abstention coupable de [s]a plus haute juridiction* »¹⁶⁸⁸ d'opérer un renvoi préjudiciel.

Cette affaire révèle toute l'utilité de la subsidiarité juridictionnelle ascendante dès lors que son versant descendant ne permet pas d'atteindre le niveau d'efficacité requis. En effet, si la protection juridictionnelle effective mise à la charge des juridictions nationales en les responsabilisant dans leur fonction de juge de droit commun du droit de l'Union européenne est un instrument de la décentralisation du contentieux européen, l'intervention du juge de l'Union reste permise par les instruments de subsidiarité juridictionnelle ascendante pour corriger les comportements néfastes à l'intégration européenne.

Dans cette affaire, les deux aspects de la protection juridictionnelle effective sont liés. L'intervention de la Cour de justice vient sanctionner à la fois le manquement à la protection des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union sur le plan fiscal, ainsi que le manquement de la juridiction nationale de dernière instance à son obligation de renvoi préjudiciel mettant en péril l'application effective et uniforme du droit de l'Union.

Cette constatation participe de la décentralisation du contentieux européen, tout en permettant l'intervention subsidiaire des Cours européennes pour éviter ou corriger les dérives qu'une totale liberté des juges nationaux ferait courir à la construction européenne.

Le droit à la protection juridictionnelle effective, consacré dans les deux ordres juridiques européens, s'impose comme un principe de décentralisation du contentieux européen dès lors qu'il repose sur les juridictions nationales. Ces dernières sont effect les premières responsables de la garantie des droits européens. Néanmoins, le rôle subsidiaire des Cours européennes leur permet d'intervenir afin de pallier les insuffisances du juge national, insuffisances dont les conséquences pour l'intégration européenne pourraient être fatales.

Il est ainsi d'autant plus intéressant d'observer que ce mouvement de responsabilisation du juge national, par l'obligation de protection juridictionnelle qui pèse sur lui, tend à se

Repère 10 ; L. BERNARDEAU, « L'obligation de renvoi préjudiciel ou les clartés obscures du Conseil d'État », *Droit fiscal*, n° 41, 2018, act. 447 et A. ILIOPOULOU-PENOT, « La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel », *RFDA*, 2019, p. 139.

¹⁶⁸⁸ J.-P. HORDIES, « La condamnation de la France pour faute du Conseil d'État : l'arrêt historique de la Cour de justice du 4 octobre 2018 », *L'Observateur de Bruxelles*, 2019, p. 48.

renforcer. L'équilibre de la complémentarité des rôles des juridictions nationales et européennes semble en effet s'affermir en faveur des premières.

§ 2. Un principe de responsabilisation des juridictions nationales renforçant la subsidiarité juridictionnelle

L'appréhension stable du principe de protection juridictionnelle effective dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme **(A)** autant que l'évolution dont elle fait l'objet dans l'ordre juridique de l'Union européenne **(B)** aboutissent à un même résultat, celui du renforcement de la responsabilité centrale du juge national dans la construction européenne.

A. Un principe constant dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de protection juridictionnelle effective ne connaît pas de grands bouleversements. Au contraire, ce dernier fait l'objet d'une jurisprudence bien établie qui ne réserve pas de surprises **(1)**. Son étude se révèle néanmoins d'un grand intérêt au regard de la place centrale qu'y occupe le juge national **(2)**.

1. Une appréhension constante du principe par la Cour européenne

Une jurisprudence bien établie quant à l'appréhension du principe. Le principe de protection juridictionnelle effective fait l'objet d'une jurisprudence constante de la Cour de Strasbourg. Ce droit est consacré en tant que droit fondamental, et supporte des limitations¹⁶⁸⁹.

Le droit d'accès à un tribunal peut être invoqué par « *quiconque a des raisons sérieuses d'estimer illégale une ingérence dans l'exercice de l'un de ses droits de caractère civil et se plaint de n'avoir pas eu l'occasion de soumettre pareille contestation à un tribunal répondant*

¹⁶⁸⁹ CourEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 38.

aux exigences de l'article 6 § 1 »¹⁶⁹⁰. De plus, la Cour de Strasbourg considère que « le droit d'accès à un tribunal est un élément important de l'accès à la justice, compte tenu du fait que les tribunaux garantissent une protection contre les pratiques illégales et font respecter l'État de droit »¹⁶⁹¹. Sa jurisprudence est restée constante à la fois quant aux éléments de définition, ainsi qu'à sa nature de ce droit fondamental non-absolu.

Une jurisprudence bien établie quant à l'appréhension des limitations au principe.

Les restrictions au principe de protection juridictionnelle effective sont classiques et fondées sur une jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l'homme. Ces limitations concernent par exemple les conditions de recevabilité des recours, définies par le pouvoir étatique et dont la détermination relève de la marge nationale d'appréciation¹⁶⁹². Les délais légaux de prescription¹⁶⁹³, les exigences de représentation¹⁶⁹⁴, mais également les immunités de juridiction des organisations internationales devant le juge national¹⁶⁹⁵, l'immunité des États¹⁶⁹⁶ ou encore l'immunité parlementaire¹⁶⁹⁷ figurent de manière traditionnelle parmi les entraves admises par le juge de la Convention.

Afin d'illustrer la stabilité de la jurisprudence conventionnelle à cet égard, peut être mentionné l'arrêt *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse* du 5 février 2019¹⁶⁹⁸, qui s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour sur la question de l'immunité de juridiction évoquée par un État¹⁶⁹⁹, ou encore l'arrêt *Yavaş et a. c. Turquie* du 5 mars 2019¹⁷⁰⁰, qui ne fait que reprendre les canons ancrés dans la jurisprudence bien établie de la Cour européenne

¹⁶⁹⁰ CourEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 36 et parmi d'autres : CourEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, req. n° 8225/78, § 55, CourEDH, 30 janv. 2012, *Assunção Chaves c. Portugal*, req. n° 61226/08, § 70 et CourEDH, 12 nov. 2013, *Yabansu et a. c. Turquie*, req. n° 43903/09, § 57.

¹⁶⁹¹ CourEDH, 12 nov. 2002, *Bělěs et a. c. République tchèque*, req. n° 47273/99.

¹⁶⁹² CourEDH, 17 juil. 2003, *Luordo c. Italie*, req. n° 32190/96, § 85.

¹⁶⁹³ CourEDH, 22 oct. 1996, *Stubbings et a. c. Royaume-Uni*, req. n° 22083/93 et 22095/93, § 51-52.

¹⁶⁹⁴ CourEDH, 9 oct. 2012, *R.-P. et a. c. Royaume-Uni*, req. n° 38245/08, § 63-67.

¹⁶⁹⁵ CourEDH, 11 juin 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica et a. c. Pays-Bas* (déc.), req. n° 65542/12, § 139.

¹⁶⁹⁶ CourEDH, 11 juin 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica et a. c. Pays-Bas* (déc.), req. n° 65542/12, § 138 ; CourEDH, GC, 21 nov. 2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, § 56.

¹⁶⁹⁷ CourEDH, 6 avr. 2010, *C.G.I.L et Cofferati c. Italie* (n° 2), req. n° 2/08, § 44.

¹⁶⁹⁸ CourEDH, 5 fév. 2019, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, req. n° 16874/12.

¹⁶⁹⁹ V. principalement CourEDH, GC, 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, req. n° 15869/02 ; CourEDH, GC, 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, req. n° 34869/05 et CourEDH, 25 oct. 2016, *Radunović et a. c. Monténégro*, req. n° 45197/13.

¹⁷⁰⁰ CourEDH, 5 mars 2019, *Yavaş et a. c. Turquie*, req. n° 36366/06.

concernant la question de la durée des procédures, et plus particulièrement celle du délai raisonnable pour rendre la justice¹⁷⁰¹.

Dès lors, aucune évolution notable n'est à repérer dans la conception conventionnelle du principe de protection juridictionnelle effective, qui fait l'objet d'une jurisprudence claire et stable de la Cour européenne. Il faut néanmoins relever que le juge de Strasbourg insiste sur la place centrale occupée par le juge national dans la garantie des droits fondamentaux, tant dans son rôle de juge de droit commun du droit de la Convention que de l'Union. C'est ce dernier point qui sera plus précisément observé dans les prochains développements.

2. Un appui essentiel sur le juge national

La problématique du contentieux de l'Union européenne. Une fois constaté que l'architecture contentieuse de l'Union européenne comporte des failles au regard de la protection juridictionnelle effective des particuliers, il est possible de s'interroger quant au respect des dispositions de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme par le système contentieux de l'Union. Autrement formulé, l'architecture contentieuse de l'Union européenne garantit-elle une protection juridictionnelle effective au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention ?

La question se pose plus particulièrement au regard du recours en annulation¹⁷⁰², dont l'accessibilité pour les citoyens ordinaires reste limitée par des conditions de recevabilité très strictes. Certains auteurs soulèvent d'ailleurs que de telles conditions imposées aux particuliers « *ne permettent pas toujours de répondre aux exigences d'une protection juridictionnelle effective* » et que les justifications apportées par la Cour de justice ne sont pas toujours convaincantes dès lors que ni l'existence de la procédure de renvoi préjudiciel, ni le jeu de l'exception d'illégalité « *ne constituent des substituts adéquats* »¹⁷⁰³.

¹⁷⁰¹ V. principalement CourEDH, GC, 6 avr. 2000, *Comingersoll S.A. c. Portugal*, req. n° 35382/97 ; CourEDH, GC, 27 juin 2000, *Frydlender c. France*, req. n° 30979/96 et CourEDH, GC, 29 nov. 2016, *Paroisse gréco-catholique Lupeni et a. c. Roumanie*, req. n° 76943/11.

¹⁷⁰² Art. 263 à 266 TFUE.

¹⁷⁰³ L. FROMONT, A. VAN WAEYENBERGE, « La protection juridictionnelle effective en Europe ou l'histoire d'une procession d'Echternach », *op. cit.*, pp. 112-150.

Souvent pointées du doigt¹⁷⁰⁴, les défaillances du recours en annulation au regard de la protection juridictionnelle des particuliers peuvent faire craindre une incompatibilité avec les standards conventionnels et une éventuelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention¹⁷⁰⁵.

L'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme. En l'absence d'adhésion de l'Union européenne à la Convention, la Cour de Strasbourg a déjà, à plusieurs reprises, été amenée à se prononcer sur des situations impliquant le droit de l'Union. C'est le cas lorsque dans l'affaire *Dhahbi c. Italie*¹⁷⁰⁶, la Cour européenne constate la violation, par un État membre dont une juridiction de dernier ressort n'a pas motivé son refus de s'adresser à la Cour de justice par la voie préjudicielle, de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention¹⁷⁰⁷.

C'est également déjà le cas lorsque la Cour de Strasbourg s'est reconnue compétente pour effectuer le contrôle de la conventionnalité du droit primaire de l'Union dans l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*¹⁷⁰⁸. D'aucuns perçoivent dans cet arrêt les prémisses de la jurisprudence *Bosphorus*¹⁷⁰⁹, considérant que la Cour européenne reconnaît implicitement que la responsabilité des États ne peut être engagée que du fait du droit primaire, duquel ils sont à

¹⁷⁰⁴ V. par ex. J. RIDEAU, « Les limites de la protection juridictionnelle effective des droits de l'homme », in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 399-427 ; C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », *op. cit.*, pp. 77-100 et L. COUTRON, « La définition de la notion d'actes réglementaires au sens de l'article 263 alinéa 4 TFUE : le Tribunal jurislatureur ? », *RTD eur.*, 2012, p.165.

¹⁷⁰⁵ Les négociations concernant le projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, restées à l'arrêt depuis l'avis 2/13, ont repris en 2019. Par un courrier du Président et du Premier Vice-Président de la Commission européenne, l'Union européenne a informé la Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe de sa volonté de reprendre les négociations.

¹⁷⁰⁶ CourEDH, 8 avr. 2014, *Dhahbi c. Italie*, req. n° 17120/09.

¹⁷⁰⁷ Pour des commentaires de cet arrêt, v. D. SIMON, « La Cour européenne des droits de l'homme confirme sa présence active dans le dialogue entre juge national et juge de l'Union », *Europe*, juillet 2014, n° 7, Repère ; A. LEBRET, « Note sous CEDH, 2e sect, 8 avr. 2014, Dhahbi c/ Italie », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, Oct. 2015, chron. 7, et A. DA FONSECA, « Le contrôle du renvoi à titre préjudiciel à la Cour de justice par la Cour européenne des droits de l'Homme : un effet imprévu du principe de non-discrimination », *www.gdr-elsj.eu*, 1^{er} mai 2014.

¹⁷⁰⁸ CourEDH, 18 fév. 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94. V. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « À propos de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* », *RTD eur.*, 1999, p. 646.

¹⁷⁰⁹ CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98.

l'initiative, et non pas du fait du droit dérivé, à condition toutefois que ce dernier garantisse une protection des droits et libertés équivalente à celle offerte par la Convention¹⁷¹⁰.

Le célèbre arrêt *Bosphorus c. Irlande* est précisément celui qui apporte des éléments de réponse au questionnement concernant l'appréhension de la protection juridictionnelle effective dans l'Union européenne par le juge de la Convention. Lorsqu'il s'agit pour la Cour européenne des droits de l'homme d'examiner si le droit de l'Union protège les droits fondamentaux, cette dernière souligne que « *l'effectivité des garanties matérielles des droits fondamentaux dépend des mécanismes de contrôle mis en place pour assurer leur respect* »¹⁷¹¹. Il s'ensuit que le juge de la Convention est amené à examiner l'architecture contentieuse de l'Union européenne dans son ensemble¹⁷¹².

Pourtant, après avoir constaté que l'accès des particuliers au prétoire de la Cour de justice est particulièrement restreint à de nombreux égards¹⁷¹³, la Cour de Strasbourg considère que l'action combinée des requérants privilégiés que sont les institutions et les États membres, est suffisante en ce qu'elle constitue « *un contrôle important du respect des normes communautaires, qui bénéficie indirectement aux particuliers* »¹⁷¹⁴. Elle relève de surcroît que le recours en responsabilité extracontractuelle de l'Union est parfaitement accessible aux particuliers¹⁷¹⁵.

Le dernier élément mis en avant par la Cour européenne des droits de l'homme pour attester du respect des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne est le rôle essentiel du juge national dans la protection des droits des particuliers. La Cour européenne insiste en effet sur le fait que « *c'est essentiellement par l'intermédiaire des juridictions nationales que le système communautaire fournit aux particuliers un recours leur permettant de faire constater qu'un Etat membre ou un autre individu a enfreint le droit*

¹⁷¹⁰ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 463.

¹⁷¹¹ CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98, § 160.

¹⁷¹² La Cour européenne prend le soin de détailler l'ensemble des voies de droit formant le système contentieux de l'Union. CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98, § 161.

¹⁷¹³ La Cour européenne souligne l'exclusion des particuliers du recours en manquement, leur accès limité aux recours en annulation et en carence ainsi qu'à l'exception d'illégalité. CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98, § 162.

¹⁷¹⁴ CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98, § 163.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, § 163.

communautaire »¹⁷¹⁶. Selon la Cour de Strasbourg, le rôle fondamental des juridictions nationales dans l'Union transparaît dans le droit de l'Union, qu'il s'agisse de dispositions des traités (notion d'applicabilité directe, procédure de renvoi préjudiciel) ou de la jurisprudence de la Cour de justice (primauté, effet direct, effet indirect et responsabilité de l'État)¹⁷¹⁷.

Dès lors, c'est la complémentarité entre les voies de droit de l'Union et les voies de droit nationales qui garantit une protection des droits fondamentaux équivalente dans l'ordre juridique de l'Union¹⁷¹⁸. Dans la jurisprudence *Michaud*¹⁷¹⁹, le juge de la Convention résume ainsi son raisonnement :

*« Bien que l'accès des particuliers à la Cour de justice soit nettement plus restreint que l'accès à la Cour que leur ouvre l'article 34 de la Convention, la Cour admet que, pris dans sa globalité, le mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union européenne accorde une protection comparable à celle qu'offre la Convention. Premièrement, parce que les particuliers bénéficient du contrôle des normes de l'Union européenne s'effectuant par le biais des recours exercés par les Etats membres et par les institutions de l'Union européenne devant la Cour de justice. Deuxièmement, parce qu'ils ont la possibilité de faire constater un manquement au droit communautaire par un Etat membre en saisissant les juridictions nationales, le contrôle de la Cour de justice s'opérant alors par le biais de la procédure de renvoi préjudiciel, qu'il revient à ces juridictions de mettre en œuvre »*¹⁷²⁰.

Si la systématique des voies de droit est l'élément général permettant à la Cour européenne de considérer que les droits fondamentaux font l'objet d'une protection équivalente dans l'Union, le rôle des juridictions nationales est largement détaillé. Tout comme dans l'arrêt *Bosphorus*¹⁷²¹, leurs compétences et leurs relations avec la Cour de justice occupent une place importante dans le raisonnement mené¹⁷²².

Dans ces deux arrêts, la question à laquelle la Cour européenne des droits de l'homme doit répondre est délicate dès lors qu'elle doit se prononcer sur la compatibilité du système de

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, § 164.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*

¹⁷¹⁸ *Ibid.*, § 165. Il s'agit d'une « présomption de protection équivalente », qui pourra donc éventuellement être renversée. Ce fut le cas dans CourEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, req. n° 12323/11.

¹⁷¹⁹ CourEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, req. n° 12323/11.

¹⁷²⁰ *Ibid.*, § 111.

¹⁷²¹ *Ibid.*, § 164.

¹⁷²² *Ibid.*, § 110.

l'Union avec le droit de la Convention. Seul moyen d'éviter une « guerre des juges »¹⁷²³, la Cour de Strasbourg se livre à un numéro d'équilibriste permettant de ménager les susceptibilités¹⁷²⁴. Elle mobilise comme acteur central le juge national, sur lequel elle encre la conformité du système contentieux de l'Union à la Convention. Le juge national apparaît dès lors comme essentiel non seulement au fonctionnement des deux ordres juridiques envisagés distinctement, mais également à des relations apaisées entre ces deux ordres.

Dans l'Union européenne sera tiré le même constat, celui de la responsabilisation accrue du juge national du fait de l'obligation de protection juridictionnelle qui pèse sur lui. À la différence du système conventionnel cependant, dans l'Union européenne, le principe de protection juridictionnelle effective est en mutation.

B. Un principe en mutation dans l'ordre juridique de l'Union européenne

Dans un contexte de tensions entre juridictions nationales et européennes, la Cour de justice adopte une jurisprudence proactive, qui fait évoluer le principe de protection juridictionnelle effective. La promotion dont ce dernier fait l'objet **(1)**, conduit à une valorisation du rôle des juridictions nationales dans l'ordre juridique de l'Union européenne fondée sur un accroissement de leurs responsabilités **(2)**.

1. L'élévation du principe par la Cour de justice

Le lien entre protection juridictionnelle effective et État de droit. Plusieurs arrêts rendus en 2018 par la Cour de justice apportent un certain nombre d'éclairages nouveaux concernant l'appréhension du principe de protection juridictionnelle effective dans l'ordre juridique de l'Union.

¹⁷²³ H. LABAYLE, « La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux ? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH », *www.gdr-elsj.eu*, 22 déc. 2014.

¹⁷²⁴ En effet, les critiques quant aux lacunes de la protection juridictionnelle dans l'Union sont nombreuses et objectives. La question de l'exclusion du particulier du recours en annulation se pose véritablement du point de vue de la protection juridictionnelle effective et particulièrement de la compatibilité avec l'article 6, paragraphe 1, de la Convention.

Le premier pas, un « *pas de géant* »¹⁷²⁵, a été fait dans l'affaire *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*¹⁷²⁶ et permet de remettre en perspective la protection juridictionnelle effective à travers l'une de ses composantes, l'indépendance des juridictions. La Cour marque précisément le lien entre principe de la protection juridictionnelle effective et l'article 2 du TUE, en ce sens que cette dernière est une composante essentielle de l'Union de droit, valeur consacrée à l'article 2 du TUE. En effet, la Cour de justice affirme que l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2 du TUE garantissant le droit à une protection juridictionnelle effective est une concrétisation de la valeur de l'État de droit¹⁷²⁷.

La Cour de Luxembourg poursuit en rappelant que la charge de la protection juridictionnelle effective pèse sur la juge de l'Union mais également sur les juridictions nationales¹⁷²⁸. Dès lors, elle déroule le fil qui impose aux États membres, en vertu du principe de coopération loyale¹⁷²⁹, de s'assurer que leurs juridictions satisfont les exigences du droit à une protection juridictionnelle effective, en ce compris l'indépendance¹⁷³⁰.

La promotion de la protection juridictionnelle effective. En affirmant que la protection juridictionnelle effective « *concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE* »¹⁷³¹, la Cour promeut ce principe « *au plus haut niveau* »¹⁷³².

¹⁷²⁵ V. H. LABAYLE, « Winter is coming : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'État de droit », *www.gdr-elsj.eu*, 26 sept. 2018 ; et H. LABAYLE, « Winter is coming : l'État de droit devant les institutions de l'Union, remarques sur les crises polonaises et hongroises », *RAE*, 2018, n° 3, p. 485.

¹⁷²⁶ CJUE, GC, 27 fév. 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contre Tribunal de Contas*, aff. C-64/16.

¹⁷²⁷ *Ibid.*, pt. 32 : « L'article 19 TUE, qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE [...] », et pt. 36 : « L'existence même d'un contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect du droit de l'Union est inhérente à un État de droit (pt. 36) ». V. également CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18, pt. 47.

¹⁷²⁸ Elle est encore plus explicite dans l'arrêt en manquement rendu contre le Pologne le 24 juin 2019, en affirmant que « l'article 19 TUE, qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE, confie aux juridictions nationales et à la Cour la charge de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle que les justiciables tirent de ce droit ». V. CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18, pt. 47.

¹⁷²⁹ V. Art. 4, § 3, al. 1 TUE.

¹⁷³⁰ CJUE, GC, 27 fév. 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contre Tribunal de Contas*, aff. C-64/16, pts. 34 et 37.

¹⁷³¹ *Ibid.*, pt. 32.

¹⁷³² H. LABAYLE, « Winter is coming : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'État de droit », *op. cit.* ; du même auteur, « Winter is coming : l'État de droit devant les institutions de l'Union, remarques sur les crises polonaises et hongroises », *op. cit.*, p. 485.

Dans l'arrêt *L.M.*¹⁷³³, la Cour s'inscrit en continuité de sa jurisprudence *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* et participe clairement de cette promotion, en incluant le droit à une protection juridictionnelle effective parmi les exceptions justifiant le refus d'exécuter un mandat d'arrêt¹⁷³⁴. Cette valorisation est d'autant plus spectaculaire que les « *circonstances exceptionnelles* » pouvant justifier le refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen, d'interprétation stricte, concernaient habituellement des droits intangibles.

Dans cette affaire, alors qu'elle se pose la question de savoir si un risque réel de violation du droit fondamental à un tribunal indépendant est susceptible de permettre à l'autorité judiciaire d'exécution de s'abstenir de donner suite à un mandat d'arrêt européen, la Cour de justice y répond par un point de principe affirmant que « *l'exigence d'indépendance des juges relève du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable, lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l'article 2 TUE, notamment, de la valeur de l'État de droit* »¹⁷³⁵.

En l'incluant dans les exceptions justifiant la non-exécution d'un mandat d'arrêt européen, la Cour promeut le droit à une protection juridictionnelle effective au même rang que les droits fondamentaux intangibles, seuls jusqu'alors acceptés au titre des « *circonstances exceptionnelles* » autorisant la non-exécution d'un mandat.

Ainsi, en érigeant la protection juridictionnelle effective en droit fondamental intégrant les valeurs de l'Union européenne, et en réitérant que cette dernière incombe principalement au juge national, la Cour de justice met en exergue la responsabilité essentielle pesant sur les juridictions nationales au sein de la construction européenne.

¹⁷³³ CJUE, 25 juil. 2018, *L.M.*, aff. C-216/18 PPU.

¹⁷³⁴ *Ibid.*, pt. 59 : « [...] l'existence d'un risque réel que la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen subisse, en cas de remise à l'autorité judiciaire d'émission, une violation de son droit fondamental à un tribunal indépendant et, partant, du contenu essentiel de son droit fondamental à un procès équitable, garanti par l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, est susceptible de permettre à l'autorité judiciaire d'exécution de s'abstenir, à titre exceptionnel, de donner suite à ce mandat d'arrêt européen, sur le fondement de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la décision-cadre 2002/584 ».

¹⁷³⁵ *Ibid.*, pt. 48.

2. Le positionnement du juge national au cœur de l'espace européen

L'intervention de la Cour de justice. Le contexte politique récent, en plaçant au cœur du débat la question de l'indépendance des juridictions nationales, invite à s'intéresser aux conséquences à l'égard ces dernières de l'affirmation de la Cour de justice selon laquelle la protection juridictionnelle effective « *concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE* » et incombe « *non seulement à la Cour, mais également aux juridictions nationales* »¹⁷³⁶. À l'appui des développements jurisprudentiels récents, plusieurs réflexions peuvent être soulevées quant à la valorisation du juge national qu'elle sous-tend.

En premier lieu, il n'est pas inutile de rappeler, comme prend le soin de le faire le juge de l'Union, que l'indépendance est un critère de la notion de juridiction développée par la Cour conditionnant la recevabilité des renvois préjudiciels qu'elle reçoit¹⁷³⁷. Ensuite, la mise en œuvre de la coopération judiciaire dans l'Union, fondée sur la confiance mutuelle entre les juridictions nationales, suppose que ces dernières soient indépendantes pour se voir mutuellement comme égales¹⁷³⁸. Dès lors, « *un État qui n'assurerait pas l'indépendance de ses juridictions s'exclurait lui-même du système de coopération judiciaire de l'Union, tant dans les relations avec la Cour de justice qu'au niveau horizontal de la coopération entre les juridictions des États membres* »¹⁷³⁹.

L'impact sur les juridictions nationales. Les juridictions nationales n'ont pas tardé à s'emparer du débat. Les juges allemand et irlandais, en situation d'exécuter un mandat d'arrêt hongrois pour le premier, et polonais pour le second, ont saisi la Cour de justice par la voie préjudicielle¹⁷⁴⁰. Plus récemment encore, la Cour suprême de Pologne a saisi la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel concernant les réformes du système judiciaire polonais¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁶ CJUE, GC, 27 fév. 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contre Tribunal de Contas*, aff. C-64/16, pt. 32.

¹⁷³⁷ *Ibid.*, pt. 43.

¹⁷³⁸ V. le discours prononcé par le président Koen LENAERTS devant la Cour administrative suprême de Pologne, « The Court of Justice and National Courts : A Dialogue Based on Mutual Trust and Judicial Independence », 19 mars 2018.

¹⁷³⁹ J.-P. JACQUÉ, « État de droit et confiance mutuelle », *RTD. eur.*, 2018, p. 239.

¹⁷⁴⁰ V. CJUE, 25 juil. 2018, *M.L.*, aff. C-220/18 PPU et CJUE, 25 juil. 2018, *L.M.*, aff. C-216/18 PPU.

¹⁷⁴¹ V. CJUE, 19 nov. 2019, *A. K e. a. c. Sąd Najwyższy*, aff. C-585/18, C-624/18 et C-625/18.

Dans la première affaire, *M.L.*¹⁷⁴², la Cour de justice, dans le droit fil de sa jurisprudence *Aranyosi-Căldăraru*¹⁷⁴³, apporte des informations capitales concernant l'étendue des obligations des États d'émission et d'exécution des mandats d'arrêt européens. Elle encadre un peu plus les conditions de l'évaluation de la situation individuelle à laquelle est tenu de se livrer le juge exécutant en cas de doute quant au respect des droits fondamentaux de l'individu faisant l'objet du mandat. Dans le même temps, le juge de Luxembourg, en détaillant les devoirs du juge national dans le cadre de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, insiste sur le rôle essentiel des juridictions nationales d'émission et d'exécution.

Cette valorisation prend appui sur l'indépendance des juridictions dans un État de droit, qui devient dès lors, au même titre que la protection juridictionnelle effective dont elle est une composante, « *une condition autant qu'un objectif* »¹⁷⁴⁴.

Le raisonnement mené par la Cour dans la seconde affaire, *L.M.*¹⁷⁴⁵, est également « *déterminant* » du fait de la « *valorisation du juge national* »¹⁷⁴⁶ dont il est porteur. Dans cet arrêt, le juge de l'Union, loin de se substituer au juge national, détaille avec précision les devoirs des juges nationaux d'émission et d'exécution du mandat d'arrêt au cours de la mise en œuvre de ce dernier¹⁷⁴⁷ et les replace dans la perspective plus large du fonctionnement de l'Union européenne¹⁷⁴⁸. Le choix de cette approche structurelle dans l'analyse du rôle des juges nationaux à l'égard de l'instrument du mandat d'arrêt européen emporte la valorisation

¹⁷⁴² CJUE, 25 juil. 2018, *M.L.*, aff. C-220/18 PPU. Pour un commentaire, v. T. HERRAN, « Commentaire de CJUE, 1^{ère} Ch., 25 juil. 2018, "ML", aff. C-220/18 PPU », *RDUE*, 2019, n° 1, p. 257.

¹⁷⁴³ CJUE, 5 avr. 2016, *Aranyosi*, aff. C-404/15 et CJUE, 5 avr. 2016, *Căldăraru*, aff. C-659/15 PPU.

¹⁷⁴⁴ H. LABAYLE, « Winter is coming : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'État de droit », *op. cit.* ; du même auteur, « Winter is coming : l'État de droit devant les institutions de l'Union, remarques sur les crises polonaises et hongroises », *op. cit.*, p. 485.

¹⁷⁴⁵ CJUE, 25 juil. 2018, *L.M.*, aff. C-216/18 PPU.

¹⁷⁴⁶ H. LABAYLE, « Winter is coming : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'État de droit », *op. cit.* ; du même auteur, « Winter is coming : l'État de droit devant les institutions de l'Union, remarques sur les crises polonaises et hongroises », *op. cit.*, p. 485.

¹⁷⁴⁷ Pour un commentaire de l'arrêt *L.M.*, v. M. POELEMANS, « État de droit et mandat d'arrêt européen : quel rôle pour la Cour de justice ? », *www.gdr-elsj.eu*, 26 oct. 2018.

¹⁷⁴⁸ CJUE, 25 juil. 2018, *L.M.*, aff. C-216/18 PPU, pts. 68 et s.

de ces derniers par la Cour de justice, qui « *en fait les défenseurs en première ligne des valeurs de l'Union au stade de l'émission comme de l'exécution du mandat* »¹⁷⁴⁹.

Enfin, l'arrêt préjudiciel *A. K e. a. c. Sąd Najwyższy*¹⁷⁵⁰ s'inscrit dans la même lignée. Saisi par la Cour suprême polonaise relativement à l'indépendance de la chambre disciplinaire créée par la nouvelle loi sur la Cour suprême¹⁷⁵¹, le juge de Luxembourg opère un « *rappel insistant des exigences de la protection juridictionnelle effective par les juridictions nationales* »¹⁷⁵². La Cour de justice indique ensuite avec précision l'ensemble des éléments d'interprétation du principe de protection juridictionnelle effective, en appuyant sur le fait qu'il appartient à la Cour suprême de Pologne, auteur des questions, de déterminer si la chambre disciplinaire issue de la loi de réforme judiciaire polonaise enfreint le principe d'indépendance des juges¹⁷⁵³.

Le principe de protection juridictionnelle effective place ainsi le juge national au cœur de l'espace européen en lui faisant porter la responsabilité du fonctionnement du système. La réflexion peut se décliner en deux temps.

D'une part, la protection juridictionnelle effective devient un objectif autant qu'une condition de l'espace judiciaire européen. Elle est un objectif en ce qu'elle constitue un droit fondamental pour les citoyens qui peuvent s'en prévaloir devant toute juridiction, mais également en ce qu'elle est nécessaire à l'effectivité du droit de l'Union. En ce sens, la protection juridictionnelle effective, puisqu'elle repose en premier lieu sur les juridictions des États, place inévitablement ces derniers en premiers responsables du fonctionnement de l'espace judiciaire européen.

¹⁷⁴⁹ H. LABAYLE, « Winter is coming : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'État de droit », *op. cit.* ; du même auteur, « Winter is coming : l'État de droit devant les institutions de l'Union, remarques sur les crises polonaises et hongroises », *op. cit.*, p. 485.

¹⁷⁵⁰ CJUE, 19 nov. 2019, *A. K e. a. c. Sąd Najwyższy*, aff. C-585/18, C-624/18 et C-625/18.

¹⁷⁵¹ Cette même loi est à l'origine de la condamnation de la Pologne par la Cour de justice dans l'arrêt en constatation de manquement du 24 juin 2019. V. CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18.

¹⁷⁵² D. SIMON, « Indépendance des juges nationaux. Note sous arrêt », *Europe*, 2020, p. 1. V. CJUE, 19 nov. 2019, *A. K e. a. c. Sąd Najwyższy*, aff. C-585/18, C-624/18 et C-625/18, pts 120 et s.

¹⁷⁵³ CJUE, 19 nov. 2019, *A. K e. a. c. Sąd Najwyższy*, aff. C-585/18, C-624/18 et C-625/18, pts 132 et 153.

Elle est ensuite une condition en ce qu'elle est un élément préalable indispensable au fonctionnement du système judiciaire européen, partant du mandat d'arrêt européen et embrassant l'ensemble des instruments de reconnaissance mutuelle et de coopération judiciaire. À défaut d'une telle garantie de la part des juridictions nationales, la coopération s'arrête et le système s'effondre.

D'autre part, la protection juridictionnelle effective cristallise autour d'elle un débat bien plus large, de dimension politique, dans lequel les autorités juridictionnelles nationales n'étaient *a priori* pas invitées. Matérialisées par la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article 7 du TUE à l'encontre de la Pologne¹⁷⁵⁴ puis de la Hongrie¹⁷⁵⁵, ou encore par la saisine de la Cour de justice de recours en constatation de manquement¹⁷⁵⁶ puis de la condamnation de la Pologne par cette même Cour¹⁷⁵⁷, les tensions concernant les défaillances des systèmes judiciaires hongrois et polonais conduisent pourtant les juridictions nationales, par les questions posées et les suites qui leurs sont données¹⁷⁵⁸, à occuper une place centrale dans l'espace européen, au cœur d'un débat éminemment politique.

Dès lors, la valorisation du juge national du fait de son rôle primordial dans la sauvegarde de la protection juridictionnelle effective met en lumière les diverses responsabilités qui pèsent sur lui au regard de la construction européenne prise dans son ensemble. De cela dépendent en effet la garantie des droits des citoyens, qu'ils soient tirés du droit de la Convention ou de l'Union, mais également l'effectivité du droit de l'Union, la mise en œuvre des instruments de coopération fondés sur la confiance mutuelle et encore

¹⁷⁵⁴ Commission européenne, « Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit », 20 déc. 2017, (COM(2017) 835).

¹⁷⁵⁵ V. le rapport parlementaire SARGENTINI, « Rapport relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée », 4 juil. 2018, (2017/2131(INL)) ainsi que la « Résolution du Parlement européen relative à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée », 12 sept. 2018, (2017/2131(INL)).

¹⁷⁵⁶ V. le Communiqué de presse de la Commission européenne, « État de droit : la Commission européenne saisit la Cour de justice de l'Union européenne d'un recours contre la Pologne afin de protéger l'indépendance de la Cour suprême polonaise », 24 sept. 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5830_fr.htm V. l'arrêt en manquement rendu le 24 juin 2019, CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18.

¹⁷⁵⁷ CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18.

¹⁷⁵⁸ V. la décision de la High Court irlandaise dans l'affaire *L.M* du 1^{er} août 2018, sur son site internet : <https://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2018/H484.html> V. également la réaction du gouvernement polonais suite à l'arrêt préjudiciel *A. K e. a. c. Sąd Najwyższy*, dans M. DONY, « Pologne, nouvel épisode judiciaire », *JDE*, 2019, p. 393.

l'harmonie dans les relations entre les deux ordres juridiques européens. Le juge national voit ainsi peser sur ses épaules la lourde responsabilité de l'existence et du développement de la construction européenne dans son ensemble.

L'étude du droit à une protection juridictionnelle effective prend une dimension intéressante lorsqu'est observé qu'il est une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle descendante dont le juge européen se saisit pour répondre à une situation de tension.

Cette responsabilisation particulière des juges nationaux, si elle est stable et constante dans la jurisprudence de la Convention, n'en demeure pas moins fondamentale. En effet, la protection juridictionnelle offerte par le juge national dans les Etats membres de l'Union européenne est mobilisée par la Cour de Strasbourg pour affirmer la « *présomption de protection équivalente* »¹⁷⁵⁹ permettant de maintenir des relations apaisées entre les deux Europe.

Principe fondamental dont l'effectivité des ordres juridiques de la Convention et de l'Union dépend, la décentralisation qu'il implique s'accompagne d'un contrôle des Cours européennes. Ce dernier, intelligemment adapté par la Cour de justice de l'Union européenne pour désamorcer les frictions, a fait du droit à une protection juridictionnelle effective le terreau d'une valorisation marquée du juge national, qui devient défenseur des valeurs de l'Union et voit renforcé son statut de pilier indispensable à l'existence et au développement de l'intégration européenne.

¹⁷⁵⁹ CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98, § 165. Sur cette question, v. V. LOBIER, *La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe*, Thèse, Grenoble, 2016.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

S'il était dès les origines envisagé comme le juge européen de droit commun, le juge national a dernièrement vu sa responsabilité renforcée à l'égard de la construction européenne. En réponse à la situation de crise de cette dernière, la réaction du juge européen, qui se saisit de cette manifestation de la subsidiarité juridictionnelle pour responsabiliser le juge national, est salubre.

La première expression de la subsidiarité juridictionnelle qui en offre des illustrations est le renvoi préalable. Dans l'Union européenne, les conditions plus strictes de recevabilité des renvois préjudiciels par la Cour de justice autant que son approche proactive à l'égard du juge national sous-tendant la procédure préjudicielle d'urgence marque cette tendance bienvenue à s'en remettre à la responsabilité du juge national. Dans le droit de la Convention européenne, l'entrée en vigueur du mécanisme des avis consultatifs offre au juge national non seulement de nouvelles perspectives, mais également de nouvelles responsabilités, quant à la mise en œuvre de cet instrument de dialogue. Traduisant l'accent mis sur la décentralisation du contentieux européen au profit des juridictions nationales, le renvoi préalable illustre parfaitement le renouvellement de la place accordée au juge national dans l'intégration européenne.

La seconde expression de la subsidiarité juridictionnelle illustrant la responsabilisation grandissante des juges nationaux se trouve dans le droit à une protection juridictionnelle effective. Droit fondamental non-absolu, il incarne la décentralisation du contentieux européen dès lors qu'il est appréhendé dans les ordres juridiques européens comme une obligation mise à la charge des juridictions nationales de faire respecter les droits que les particuliers tirent du droit européen.

La responsabilité qui en découle pour le juge national, essentielle pour la construction européenne, est de surcroît renforcée par deux éléments. Le premier émane de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui trouve dans cette obligation

incombant au juge national un appui à la « *présomption de protection équivalente* »¹⁷⁶⁰ affirmée afin d'éviter un potentiel conflit avec l'ordre juridique de l'Union européenne. Le second se développe dans la jurisprudence récente de la Cour de justice, qui valorise le juge national au point d'en faire un défenseur des valeurs de l'Union.

La responsabilité du juge national est ainsi renforcée, ce dernier étant tenu à la fois de prendre conscience de l'importance de son rôle dans la construction européenne, et de prendre acte de l'extension des missions qui lui sont confiées. L'ensemble de ces observations aboutissent au même constat : la responsabilité du juge national est d'autant plus grande que son action est indispensable à l'existence et à la poursuite de l'intégration européenne.

La régulation du contentieux européen, si elle s'exerce au profit du juge national, bénéficie également au juge européen.

¹⁷⁶⁰ CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98, § 165. Sur cette question, v. V. LOBIER, *La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe*, *op. cit.*

CONCLUSION DU TITRE I

La régulation du contentieux européen implique nécessairement sa décentralisation, qui signifie que les litiges impliquant le droit européen sont principalement tranchés au niveau des États, par les juridictions nationales¹⁷⁶¹.

Cette décentralisation comprend une autonomie des juges nationaux dans l'accomplissement de leur mission de juges européens de droit commun, qui peut prendre diverses formes caractérisant de multiples manifestations du versant descendant du principe de subsidiarité juridictionnelle¹⁷⁶². Cette autonomie s'accompagne naturellement d'un contrôle des Cours européennes. Là où le juge de Luxembourg exerce un contrôle de correcteur bienvenu, les interventions imprévisibles et la variabilité des notions utilisées par le juge de Strasbourg font quant à elles courir un risque à l'intégration européenne.

Cette décentralisation est par ailleurs marquée par une responsabilisation des juridictions nationales. Qu'il s'agisse d'offrir de nouvelles perspectives et responsabilités au juge national par l'instauration d'un mécanisme d'avis consultatifs, ou de lui faire prendre conscience de l'étendue de sa mission, le renvoi préalable est un instrument qui, ces dernières années, intervient en faveur d'une responsabilisation des juges nationaux et du renforcement de la subsidiarité juridictionnelle descendante. Ces évolutions répondent aux exigences du niveau national, qui manifeste clairement la volonté de relever le curseur de la subsidiarité juridictionnelle au bénéfice des juges nationaux.

¹⁷⁶¹ Pour une référence aux juridictions nationales en tant que « juridictions communautaires décentralisées », v. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁶² L'autonomie des juridictions nationales, est « consubstantielle à la subsidiarité juridictionnelle » selon J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, pp. 47-71.

Il en va de même du principe d'une protection juridictionnelle effective. Obligation mise à la charge quasi-exclusive des juridictions nationales, elle est également le terreau fertile d'une responsabilisation accrue du juge national, mis en situation de prendre possession de son rôle central dans le développement de la construction européenne entendue dans sa globalité.

Dès lors, les préoccupations nationales semblent entendues, et l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle se fait au bénéfice des juridictions nationales. Les craintes des États sont ainsi dans une certaine mesure apaisées, l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle fonctionnant alors comme un dissolvant de tensions au bénéfice de la poursuite de l'intégration européenne.

TITRE II. LA RÉGULATION DU CONTENTIEUX EUROPÉEN

AU BÉNÉFICE DU JUGE EUROPÉEN

La mobilisation de la subsidiarité juridictionnelle, dans le contexte perdurant de crise des juridictions européennes, est essentielle à la préservation de l'intégration européenne. En effet, le renforcement de la décentralisation du contentieux participe à sa régulation au bénéfice de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette logique de protection du juge européen aboutit *in fine* à une redistribution dudit contentieux¹⁷⁶³ vers le niveau national. Si le choix de ce substantif peut paraître osé, il est utile de revenir à sa définition afin de préciser le sens de la démarche.

Parmi les définitions proposées dans le langage courant, la *redistribution* peut être entendue comme l'action de répartir une seconde fois ou de manière différente les rôles entre les acteurs¹⁷⁶⁴. Il s'agit ainsi de considérer que les méthodes empreintes de subsidiarité juridictionnelle, mises en œuvre tant dans le système conventionnel qu'au sein de l'Union européenne afin de pallier les crises auxquelles sont confrontées les Cours européennes, emportent *in fine* des conséquences sur la répartition des rôles entre les juridictions européennes et nationales.

Les solutions mise en œuvre pour tenter de dissoudre les difficultés rencontrées dans la gestion du contentieux européen sont en effet puisées dans la richesse de la subsidiarité juridictionnelle, dont l'exercice offre la souplesse nécessaire au réajustement de l'intervention des juridictions des différents niveaux.

Le point de départ de la réflexion s'attache dès lors à un premier constat, celui d'un contexte particulier, marqué par une double crise : l'encombrement des prétoires et la

¹⁷⁶³ Concernant le système conventionnel, v. l'intitulé de la troisième partie de l'ouvrage in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 237 et s.

¹⁷⁶⁴ Combinaison de divers éléments de définition proposés par le dictionnaire Larousse et l'encyclopédie Universalis pour les termes « distribution », « distribuer » et « redistribuer ».

contestation nationale contre le juge européen. Face aux difficultés, les solutions ont été recherchées dans la subsidiarité juridictionnelle, dont l'exercice est adapté en fonction des impératifs en présence. Dès lors, la limitation du contentieux traité au niveau européen s'est imposée comme une réponse adéquate à cette situation de crise. Les Cours européennes y consentent et elles en sont parties prenantes **(Chapitre 1)**.

Limiter l'intervention des juridictions européennes se concrétise alors par une dynamique de vases communicants. Le premier consiste à réduire l'accès direct des justiciables aux prétoires européens, et le second à renforcer l'accès indirect à ces derniers par le truchement de l'intervention du juge national. Ces deux volets, ensemble, conduisent à une réévaluation globale de l'accès au juge européen, souhaitée et encouragée par ce dernier **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1. La limitation consentie de l'intervention du juge européen

Chapitre 2. La réévaluation souhaitée de l'accès au juge européen

CHAPITRE I. LA LIMITATION CONSENTIE DE L'INTERVENTION DU JUGE EUROPÉEN

Limiter le nombre de requêtes atteignant les prétoires des Cours européennes s'est imposé comme une nécessité tant à l'égard du juge de la Convention que du juge de l'Union. Bien que la problématique ne se soit pas posée dans les mêmes termes pour les deux Cours, elle a dans les deux cas été motivée par des constats voisins et parfaitement consentie par le juge européen.

Le contexte de crise politique dans lequel le juge européen est contraint d'évoluer doit en effet conduire à rechercher des solutions destinées à protéger chacune d'entre elles, ainsi que leur mission fondamentale de préservation de l'intégration européenne.

D'une part, l'encombrement auquel les deux juridictions sont confrontées, qu'il soit réel ou supposé, fait émerger la nécessité de réguler le flux des requêtes qui parviennent à Strasbourg et Luxembourg. La subsidiarité juridictionnelle, habilement mobilisée, offre des perspectives prometteuses dans la gestion de cette situation de tension (**Section 1**).

D'autre part, les critiques – parfois vives – dont les juridictions européennes font l'objet, rendent indispensable de repenser les modalités de leur intervention. Conscientes de la menace qui pèse sur elles et sur le projet d'intégration européenne dont l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle est devenu une véritable condition, les juridictions européennes doivent entendre les critiques et n'ont d'autre choix que d'adapter leur réponse (**Section 2**).

Section 1. La réponse à l'encombrement des Cours européennes

Section 2. La réponse à la contestation à l'encontre des Cours européennes

SECTION 1. LA RÉPONSE À L'ENCOMBREMENT DES COURS

EUROPÉENNES

Le premier élément rendant nécessaire de limiter l'accès aux juridictions de Strasbourg et de Luxembourg tient à des considérations objectives et pragmatiques. S'en tenant aux chiffres, il conduit à constater que ces dernières sont surchargées de travail. Les conséquences que cette surcharge implique, principalement sur les délais de traitement des requêtes qui s'allongent de manière inquiétante, ont rendu la situation alarmante, particulièrement pour la Cour européenne des droits de l'homme. La survie des systèmes en cause est dès lors conditionnée par la maîtrise de l'afflux de requêtes parvenant aux juges européens, ce dont les deux Cours sont bien conscientes.

La situation vécue par la Cour européenne des droits de l'homme se caractérise par une véritable crise du système européen de garantie des droits fondamentaux, tant le prétoire de la Cour s'est trouvé engorgé (§ 1).

Moins préoccupante mais tout autant prise au sérieux, la menace d'encombrement pesant sur la Cour de justice de l'Union européenne a également engendré une réforme pour endiguer le phénomène¹⁷⁶⁵ (§ 2).

§ 1. La crise préoccupante de la Cour européenne des droits de l'homme

Le nombre de requêtes parvenant à Strasbourg a considérablement augmenté depuis 1959, connaissant une explosion notable à la fin des années 1990 et au début des années 2000. La Cour européenne des droits de l'homme n'étant pas préparée à une telle recrudescence subite des requêtes, le système s'est enlisé. Incapable de gérer le flux croissant des affaires introduites, le prétoire de la Cour a été engorgé (A).

¹⁷⁶⁵ J.-P. JACQUÉ, « Les Cours européennes sur la voie de la réforme ? », *RTD eur.*, 2012, p. 289.

Par conséquent, un processus de réforme a été initié aux fins d'endiguer cette situation inquiétante pour l'avenir du système de garantie des droits fondamentaux. Il commence désormais à porter ses fruits **(B)**.

A. L'engorgement de la Cour européenne des droits de l'homme

Depuis les années 1990, la situation de la Cour européenne des droits de l'homme préoccupe. « *Victime de son succès* »¹⁷⁶⁶, le juge européen des droits fondamentaux n'est plus parvenu à traiter le volumineux flux de requêtes qui parvenait jusqu'à lui. Dresser le constat de l'engorgement de la Cour européenne des droits de l'homme **(1)**, suggère d'en rechercher les causes **(2)**.

1. Le constat de l'engorgement de la Cour européenne

Le constat chiffré¹⁷⁶⁷. Après la chute du mur de Berlin, le nombre d'États parties à la Convention a considérablement augmenté¹⁷⁶⁸. Ajouté au fait que le Protocole n° 11 a rendu le droit au recours individuel obligatoire¹⁷⁶⁹, le nombre de requêtes reçues à Strasbourg a subitement augmenté. La Cour a ainsi été victime d'un « *excessif encombrement* », se trouvant complètement « *submergée* »¹⁷⁷⁰ par l'afflux des requêtes qui lui parvenaient.

Les chiffres sont frappants. Alors que la Cour a reçu environ 45 000 affaires dans les premières quarante années de son activité, ce nombre n'a cessé d'augmenter dès la toute fin des années 1990, pour exploser au début des années 2000. Alors qu'un peu plus de 10 000

¹⁷⁶⁶ Selon la formule maintes fois employée tant par la doctrine, que par les médias et les juges eux-mêmes. Pour un exemple, v. J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *op. cit.*, pp. 123-141.

¹⁷⁶⁷ Un aperçu couvrant la période 1959-2016 est disponible sur le site de la Cour. Cour européenne des droits de l'homme, *Aperçu 1959-2016*, Strasbourg, mars 2017.

¹⁷⁶⁸ Dix-neuf nouveaux États parties ont en effet adhéré à la Convention entre 1990 et 1999, et six entre 2002 et 2006.

¹⁷⁶⁹ Avec le Protocole n° 11, l'article 34 à la Convention prévoit la juridiction obligatoire de la Cour et le droit pour toute victime de saisir cette dernière.

¹⁷⁷⁰ J.-M. SAUVÉ, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 39-46, spéc. p. 40.

requêtes ont été attribuées à une formation judiciaire en l'an 2000, ce chiffre s'est porté à plus de 57 000 en 2009¹⁷⁷¹.

L'allongement de la durée de traitement des requêtes. L'« engorgement »¹⁷⁷² subi par la Cour européenne des droits de l'homme peut être identifié comme la combinaison de deux éléments que sont « *les importants retards de procédure et l'énorme afflux d'affaires* »¹⁷⁷³. Le constat est en effet celui d'un « *écart croissant entre le nombre de requêtes parvenues au greffe et celui des décisions rendues* »¹⁷⁷⁴. Ainsi, l'une des difficultés les plus significatives est celle du non-respect de l'article 6 de la Convention par la Cour elle-même, qui n'est pas en mesure de rendre ses décisions dans des délais raisonnables¹⁷⁷⁵.

L'article 6, paragraphe 1, de la Convention prévoit en effet que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] dans un délai raisonnable* ». La jurisprudence de la Cour est d'ailleurs constante sur ce point¹⁷⁷⁶. Pour le juge de Strasbourg, il est primordial que la justice ne soit pas rendue « *avec des retards propres à en compromettre l'efficacité et la crédibilité* »¹⁷⁷⁷, et les critères pris en compte dans l'appréciation de la durée de la procédure sont d'ailleurs clairement établis¹⁷⁷⁸. Dès lors, si la Cour « *entend combattre la durée excessive des procédures judiciaires* »¹⁷⁷⁹ en sanctionnant abondamment le non-respect par

¹⁷⁷¹ L'ensemble des chiffres est disponible dans le document produit par la Cour « *50 ans d'activité. La Cour européenne des droits de l'homme en faits et chiffres* », 2010, en ligne.

¹⁷⁷² J.-P. COSTA, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 5-6.

¹⁷⁷³ G. CORSTENS, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 11-16, spéc. p. 14.

¹⁷⁷⁴ J.-P. COSTA, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁷⁶ Pour des précisions, v. le *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, 2017, disponible sur le site internet de la Cour, pp. 68 et s.

¹⁷⁷⁷ V. principalement CourEDH, 24 oct. 1969, *H. c. France*, n° 10073/82, § 58 ; CourEDH, 27 oct. 1994, *Katte Klitsche de la Grande c. Italie*, n° 12539/86, § 61 et CourEDH, GC, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie (n°1)*, n° 36813/97, § 224.

¹⁷⁷⁸ Il s'agit de la complexité de l'affaire, du comportement du requérant, de celui des autorités compétentes, et l'enjeu du litige pour l'intéressé. V. CEDH, GC, 6 avr. 2000, *Comingersoll S.A. c. Portugal*, n° 35382/97 ; CourEDH, GC, 27 juin 2000, *Frydlender c. France*, n° 30979/96, § 43 ; CourEDH, GC, 8 juin 2006, *Sürmeli c. Allemagne*, n° 75529, § 128 et CourEDH, GC, 29 déc. 2016, *Paroisse Gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, n° 76943/11, § 143.

¹⁷⁷⁹ *La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 16, Conseil de l'Europe, 2007, p. 5.

les juridictions nationales de cet impératif du droit à un procès équitable, il est indispensable qu'elle respecte elle-même cette exigence¹⁷⁸⁰.

L'encombrement du prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme est ainsi particulièrement préoccupant, et il convient à présent d'en rechercher les causes.

2. Les causes de l'engorgement de la Cour européenne

Divers facteurs en cause. La chute du mur de Berlin, le 9 novembre 1989, a entraîné l'adhésion massive des États d'Europe centrale et orientale au Conseil de l'Europe. Cet élargissement spectaculaire¹⁷⁸¹ de dix-neuf États en moins de dix ans a nécessairement emporté des conséquences, le système juridictionnel n'étant pas adapté à la charge de travail qu'il a reçue¹⁷⁸².

Parallèlement à cette augmentation du nombre d'États, l'aspiration à la justice des individus n'a cessé de s'amplifier, de même que leur connaissance du système européen de protection des droits. À ces facteurs déjà déterminants s'ajoutent, en outre, le fait que la juridiction de la Cour ait été rendue obligatoire, ainsi que la consécration du droit de recours individuel par le Protocole n° 11, ce dernier n'étant dès lors plus soumis à une déclaration d'acceptation par les États.

Ainsi, le président de la Cour suprême des Pays-Bas Geert CORSTENS, évoquant les causes de l'engorgement de la Cour européenne des droits de l'homme, considère non seulement que « *les succès remportés à Strasbourg risquent d'avoir un effet d'appel* » mais également que « *le développement de l'État de droit dans un grand nombre de pays ne peut*

¹⁷⁸⁰ Le problème existe également en ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne. Le Tribunal a, par exemple, condamné l'Union européenne pour non-respect d'un délai raisonnable, lequel était imputé à la Cour de justice elle-même. V. Trib.UE, 2 févr. 2015, *Gascogne Sack Deutschland et Gascogne c. Union européenne*, n° T-577/14.

¹⁷⁸¹ J.-F. FLAUSS, « Les conditions d'admission des pays de l'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe », *Journal européen de droit international*, 1994, n° 3, p. 408.

¹⁷⁸² S'ajoutent en effet à l'augmentation du nombre de requêtes les questions de langue et de traduction.

*que sensibiliser davantage les populations aux violations des droits de l'homme et multiplier les plaintes »*¹⁷⁸³.

Le nombre important de requêtes manifestement irrecevables et répétitives. Il est par ailleurs patent que l'asphyxie de la Cour européenne est due au nombre considérable de requêtes manifestement irrecevables et répétitives¹⁷⁸⁴. En effet, entre 1959 et 2017, sur un total de 712 659 requêtes terminées, 682 059 ont été déclarées irrecevables¹⁷⁸⁵, soit une proportion de 95,7 % des affaires reçues¹⁷⁸⁶. Concernant les « affaires répétitives », pour exemple, en 2012, elles représentaient 30 000 des affaires pendantes devant la Cour.

Face à un tel constat d'engorgement, un processus de réforme a heureusement été engagé.

B. Le développement d'un processus de réforme empreint de subsidiarité juridictionnelle

Dès la fin des années 1990, la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme est engagé. Initié en 1998 avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention¹⁷⁸⁷, ce processus de réforme se poursuit encore aujourd'hui. Il est ponctué à la fois par les Conférences de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme et par les Protocoles qui en émanent **(1)**, lesquels donnent lieu à l'adoption de mesures concrètes pour enrayer le phénomène de surcharge de travail de la Cour **(2)**.

¹⁷⁸³ G. CORSTENS, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 11-16, spéc. p. 12.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, spéc. p. 15 ; F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1913.

¹⁷⁸⁵ Ou rayées du rôle.

¹⁷⁸⁶ Calcul réalisé à partir des chiffres disponibles dans l'*Aperçu 1959-2016*, Cour européenne des droits de l'homme, mars 2017, p. 5.

¹⁷⁸⁷ Ouvert à la signature des États Parties le 11 mai 1994, le Protocole n° 11 est entré en vigueur le 11 nov. 1998.

1. L'organisation de Conférences de haut niveau

Avant les Conférences. Avant le processus initié à Interlaken, la Cour a connu deux réformes d'ampleur. La première est initiée par le Protocole n° 11, qui a profondément modifié le mécanisme original en supprimant la Commission des droits de l'homme. Ce filtre étant abandonné, les requérants peuvent directement saisir la Cour depuis 1998.

La seconde a eu lieu en 2010, avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 14, qui a établi un nouveau critère de recevabilité des requêtes individuelles, celui du « préjudice important », entre autres innovations¹⁷⁸⁸.

Les différentes Conférences. C'est toutefois la conférence d'Interlaken¹⁷⁸⁹ qui marque véritablement « *le début [du] processus* »¹⁷⁹⁰ de réforme du système de la Convention. Il devient en effet urgent en 2010 d'adopter des « *mesures nouvelles et radicales* »¹⁷⁹¹ pour faire face à la crise rencontrée par la juridiction de la Convention. La déclaration issue de cette conférence est alors accompagnée d'un Plan d'action complet qui fait l'objet d'un suivi particulièrement étroit¹⁷⁹².

Interlaken a été suivie des conférences d'Izmir¹⁷⁹³, Brighton¹⁷⁹⁴, Oslo¹⁷⁹⁵, Bruxelles¹⁷⁹⁶ et Copenhague¹⁷⁹⁷, faisant à chaque fois le point sur les avancées accomplies et donnant lieu à

¹⁷⁸⁸ Le Protocole n° 14 prévoit également de nouvelles formations judiciaires et porte le mandat des juges à 9 ans sans possibilité de renouvellement.

¹⁷⁸⁹ Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Interlaken, 18 et 19 fév. 2010.

¹⁷⁹⁰ J.-P. COSTA, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 32-38, spéc. p. 38.

¹⁷⁹¹ G. CORSTENS, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 11-16, spéc. p. 12.

¹⁷⁹² Depuis 2012, la Cour présente au Comité des Ministres un rapport annuel sur les réformes dans le cadre du processus d'Interlaken.

¹⁷⁹³ Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Izmir, 26 et 27 avr. 2011.

¹⁷⁹⁴ Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Brighton, 18-20 avr. 2012.

¹⁷⁹⁵ Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Oslo, 7 et 8 avr. 2014.

¹⁷⁹⁶ Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 26 et 27 mars 2015.

¹⁷⁹⁷ Conférence de haut niveau sur la réforme du système de la Convention, Copenhague, 12 et 13 avril 2018.

de nouvelles déclarations, et pour certaines à l'adoption de nouveaux protocoles. Après le Protocole n° 11, le Protocole n° 14 à la Convention est entré en vigueur en 2010 grâce à l'impulsion donnée à Interlaken¹⁷⁹⁸. Les Protocoles n° 15 et 16¹⁷⁹⁹ sont quant à eux le résultat des réflexions menées à Brighton.

2. L'adoption de mesures concrètes

Des mesures variées. Toute une série de mesures a ainsi été adoptée au cours de ce processus de réforme de grande ampleur, poursuivant l'objectif ultime de réduire la charge de travail de la Cour. Nombreuses, elles recouvrent des aspects divers, tels que l'ajout puis l'élargissement de l'application du critère de recevabilité de « préjudice important »¹⁸⁰⁰, la réduction du délai de recours devant la Cour de six à quatre mois, l'inscription du principe de subsidiarité et de la doctrine de la marge nationale d'appréciation dans le Préambule de la Convention¹⁸⁰¹, ou encore la création d'un mécanisme d'avis consultatifs¹⁸⁰².

Ces mesures peuvent néanmoins être divisées en deux catégories. Certaines ont vocation à intervenir sur l'organisation du travail au sein de la Cour elle-même¹⁸⁰³, alors que d'autres aspirent à limiter le volume du contentieux parvenant jusqu'à son prétoire¹⁸⁰⁴.

Les mesures internes. Les mesures internes visent à « *rationaliser [les] méthodes de travail* »¹⁸⁰⁵ et ainsi réduire l'accumulation des requêtes pendantes. Parmi ces mesures

¹⁷⁹⁸ L'entrée en vigueur du Protocole n° 14 était bloquée par la Russie, qui a finalement procédé à sa ratification après la Conférence d'Interlaken.

¹⁷⁹⁹ Le Protocole n° 15 est un protocole d'amendement alors que le Protocole n° 16 est un protocole facultatif.

¹⁸⁰⁰ Critère de recevabilité des requêtes instauré par le Protocole n° 14 et modifié par le Protocole n° 15, qui supprime la condition « *de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dument examinée par un tribunal interne* ».

¹⁸⁰¹ Ces deux dernières mesures sont prévues par le Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme, ouvert à la signature le 24 juin 2013 et qui entrera en vigueur une fois ratifié par l'ensemble des États parties à la Convention.

¹⁸⁰² Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁸⁰³ Telles la création de la formation de « juge unique » ou la politique de « priorisation des requêtes ».

¹⁸⁰⁴ Il s'agit principalement de l'instauration du critère du « préjudice important », de la réduction du délai de saisine de six à quatre mois après l'intervention de la décision nationale définitive ou encore de la création des avis consultatifs. Ces différents éléments seront détaillés dans le prochain chapitre.

¹⁸⁰⁵ G. RAIMONDI, Allocation d'ouverture, *Audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 26 janv. 2018, p. 2.

figurent notamment la création de la formation de « juge unique »¹⁸⁰⁶, l'encouragement des règlements amiables¹⁸⁰⁷, l'initiation d'une politique de « priorisation des requêtes »¹⁸⁰⁸, la faculté offerte aux comités de trois juges de statuer sur le fond des affaires pour lesquelles il existe une jurisprudence bien établie de la Cour¹⁸⁰⁹, la possibilité reconnue à la Cour de se prononcer conjointement sur la recevabilité et le fond des requêtes individuelles¹⁸¹⁰.

Les mesures de régulation du contentieux. Une attention plus particulière doit être portée à la procédure d'« arrêt pilote », en ce qu'elle constitue « *une traduction du principe de subsidiarité qui fonde le mécanisme de défense des droits de l'homme* »¹⁸¹¹. D'origine prétorienne, la procédure d'« arrêt pilote »¹⁸¹² a été développée par la Cour elle-même dans le but de limiter le nombre d'« affaires répétitives » qui lui parviennent. Elle est désormais inscrite à l'article 61 du Règlement de la Cour. De telles « affaires répétitives » trouvent notamment leur origine dans des dysfonctionnements chroniques au niveau national¹⁸¹³. Or, dans ce cas, rendre un arrêt pilote permet à la Cour non seulement d'identifier les dysfonctionnements nationaux mais également de donner des indications précises aux États pour y mettre fin¹⁸¹⁴. Dans ces arrêts, la Cour demande donc aux États d'adopter des mesures concrètes, parfois très précises, en vue de faire cesser les violations des dispositions conventionnelles concernées¹⁸¹⁵.

¹⁸⁰⁶ Art. 7 du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010. Le juge unique est compétent pour rejeter les requêtes manifestement irrecevables.

¹⁸⁰⁷ Art. 15 du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁸⁰⁸ Politique de priorisation des requêtes prévue par l'article 41 du Règlement de la Cour, modifié par la Cour le 29 juin 2009. Cette politique modifie l'ordre de traitement des requêtes parvenant à la Cour. Auparavant traitées selon l'ordre chronologique d'arrivée, ce sont depuis 2009 les critères d'importance et d'urgence qui déterminent l'ordre d'examen des affaires.

¹⁸⁰⁹ Art. 8 du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁸¹⁰ Art. 9 du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁸¹¹ SÉNAT, *Rapport d'information* fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale *sur la Cour européenne des droits de l'Homme*, 25 juil. 2012, p. 27.

¹⁸¹² La procédure de l'arrêt pilote est une création initialement prétorienne datant de 2004, ensuite insérée à l'article 61 du Règlement de la Cour le 21 fév. 2011.

¹⁸¹³ Cette procédure a été appliquée pour la première fois dans l'affaire CourEDH, GC, 28 sept. 2005, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96.

¹⁸¹⁴ V. CourEDH, Unité de la presse, *Fiche thématique - Les arrêts pilotes*, fév. 2018, p. 2.

¹⁸¹⁵ Pour des exemples, v. CourEDH, Unité de la presse, *Fiche thématique - Les arrêts pilotes*, fév. 2018, p. 2.

Permettant à la Cour européenne des droits de l'homme « *d'accompagner l'État défendeur pour mettre un terme à des dysfonctionnements structurels* »¹⁸¹⁶, la pratique des arrêts pilotes est ainsi une mesure de réforme particulièrement révélatrice de la subsidiarité juridictionnelle irriguant le système de la Convention. Elle en incarne les deux facettes en ce qu'elle renvoie à l'obligation de garantie des droits par le niveau national autant qu'elle suggère le renfort de la Cour européenne.

Il s'agit en effet, en premier lieu, d'insister sur « *la mise en œuvre au niveau national* », en recommandant aux États « *de prévenir les violations en prenant mieux en compte les principes de jurisprudence figurant dans ses arrêts* »¹⁸¹⁷. Le greffier de la Cour explique, à cet égard, que la procédure des arrêts pilotes remplit une double fonction. Elle doit à la fois permettre de libérer la Cour d'un contentieux répétitif abondant autant qu'il qu'elle doit permettre aux justiciables de voir leurs droits protégés de manière plus rapide au niveau national¹⁸¹⁸.

La Cour a d'ailleurs récemment noté les effets positifs de cette procédure, qui « *a jusqu'à présent été appliquée dans de nombreuses circonstances différentes et a aidé les États concernés à améliorer la mise en œuvre de la Convention au niveau national* »¹⁸¹⁹. Le Président Guido RAIMONDI concède également que la diminution sensible du nombre de requêtes pendantes en 2017 s'explique notamment par la radiation de nombreuses affaires liées à un arrêt pilote rendu en 2009¹⁸²⁰.

La crise rencontrée par la Cour européenne des droits de l'homme a donc conduit à la mise en place d'une stratégie de réforme complète et soutenue dans le temps, dont la Cour

¹⁸¹⁶ J.-M. SAUVÉ, intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 39-46, spéc. p. 45.

¹⁸¹⁷ Observations de la Cour sur le rapport du CDDH sur l'avenir à long terme du système de la Convention, fév. 2016, en ligne : <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=fr>

¹⁸¹⁸ V. *La procédure de l'arrêt pilote*, Note d'information du greffier, Cour européenne des droits de l'homme, en ligne : https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_FRA.pdf

¹⁸¹⁹ CourEDH, *Avis sur le projet de déclaration de Copenhague*, 19 fév. 2018, pt. 11, p. 2.

¹⁸²⁰ V. G. RAIMONDI, Allocation d'ouverture, *Audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 26 janv. 2018, pp. 2 et s. Il s'agit de l'arrêt pilote rendu dans l'affaire *Ivanov* : CourEDH, 15 oct. 2009, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ukraine*, req. n° 40450/04. L'arrêt CourEDH, 12 oct. 2017, *Burmych et a. c. Ukraine*, req. n° 46852/13 et al. a permis à la Cour de rayer du rôle plus de 12 000 requêtes en se référant à l'arrêt pilote rendu dans l'affaire *Ivanov*.

elle-même est partie prenante. Le cas de la juridiction de l'Union européenne est en revanche différent, les difficultés rencontrées étant moindres.

§ 2. La crise relative de la Cour de justice de l'Union européenne

Toutefois, si la situation connue à Luxembourg n'est en rien comparable à celle vécue à Strasbourg, elle a elle-aussi nécessité une réaction afin d'enrayer le phénomène d'encombrement du prétoire du juge de l'Union. La surcharge de travail de la Cour de justice a donc été constatée **(A)**, donnant lieu à une réforme dont l'objectif était d'en améliorer la productivité **(B)**.

A. La surcharge de travail de la Cour de justice

Retracer les évolutions majeures du système juridictionnel de l'Union européenne **(1)** permet de replacer la situation de tension actuelle dans un contexte plus large et ainsi de l'appréhender avec le recul nécessaire **(2)**.

1. Les évolutions du système juridictionnel de l'Union

La création de nouvelles juridictions. Bien que « *marqué par une certaine stabilité et continuité* »¹⁸²¹, le système juridictionnel de l'Union a connu des évolutions non négligeables. La première « *modification essentielle* »¹⁸²² concerne la création du Tribunal de première instance¹⁸²³, entré en fonction en 1989 et devenu le « Tribunal » avec le traité de Lisbonne.

Ayant pour mission d'assister la Cour dont le prétoire se trouvait (déjà) encombré¹⁸²⁴, le Tribunal devait dans le même temps participer à l'« *amélioration des garanties*

¹⁸²¹ A. ROSAS, « L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne – quelques pistes de réflexion », in *O futuro da Justiça Europeia no espaço de liberdade, segurança e justiça*, Supremo Tribunal de Justiça, Lisbonne, 13 juil. 2007.

¹⁸²² J. BIANCARELLI, « La création du Tribunal de première instance des Communautés européennes : un luxe ou une nécessité ? », *RTD eur.*, 1990, pp. 1-24, spéc. p. 1.

¹⁸²³ V. Décision n° 88/591/CECA, CEE, EURATOM du 24 oct. 1988, *JOCE*, n° L 319 du 25 nov. 1988.

¹⁸²⁴ J. BIANCARELLI, « Les mesures envisageables pour faire face à l'encombrement croissant du prétoire de la Cour de justice, en dehors de l'institution d'une juridiction de première instance », Colloque sur les perspectives de développement de la protection juridictionnelle dans la Communauté européenne, *European Policy Unit, European University Institute*, Florence, *Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden*, 1987.

juridictionnelles offertes aux justiciables »¹⁸²⁵. Il est clair, en effet, que l'instauration d'un double degré de juridiction concernant les recours directs des particuliers participe à la protection juridictionnelle de ces derniers.

Au fil des évolutions du droit primaire, les compétences initialement limitées du Tribunal¹⁸²⁶ se sont progressivement étendues afin de libérer la Cour d'un contentieux volumineux. Les recours en annulation, en carence et en responsabilité extracontractuelle de l'Union formés par les particuliers relèvent en effet de la compétence du Tribunal en première instance, qui connaît également des recours en matière de propriété intellectuelle, déchargeant la Cour de justice d'un nombre conséquent d'affaires.

Le traité de Nice a ensuite marqué la création d'une juridiction spécialisée destinée à désencombrer, à son tour, le Tribunal de première instance. La tâche attribuée au Tribunal de la fonction publique, institué en 2004, était, ainsi que son nom l'indiquait, le traitement de l'abondant contentieux de la fonction publique européenne. Sa durée de vie aura été limitée, puisque la récente réforme de la Cour de justice de l'Union européenne a signé sa suppression, le contentieux de la fonction publique européenne ayant été réattribué au Tribunal de l'Union le 1^{er} septembre 2016¹⁸²⁷.

Les autres modifications. Le traité de Nice a également introduit des mesures destinées à améliorer l'efficacité du travail juridictionnel¹⁸²⁸, en ouvrant la possibilité pour la Cour de rendre un arrêt sans conclusions préalables d'un avocat général dans les affaires ne soulevant aucune question de droit nouvelle. Cette faculté est d'ailleurs abondamment utilisée par la Cour¹⁸²⁹. La réorganisation des chambres de la Cour initiée à Nice a également permis à cette dernière de s'adapter à l'augmentation du contentieux qui lui parvenait. Enfin, la création de

¹⁸²⁵ J. BIANCARELLI, « La création du Tribunal de première instance des Communautés européennes : un luxe ou une nécessité ? », *op. cit.*, p. 1.

¹⁸²⁶ Pour un exposé détaillé, *ibid.*, pp. 5 et s.

¹⁸²⁷ V. Règlement (UE) 2016/1192 du Parlement européen et du Conseil du 6 juil. 2016, relatif au transfert au Tribunal de la compétence pour statuer, en première instance, sur les litiges entre l'Union européenne et ses agents, *JOUE* L. 200/137 du 26 juil. 2016.

¹⁸²⁸ Sur ce thème, v. F. PICOD, (dir.), « Organisation et rendement de la Cour de justice de l'Union européenne. Comment faire face à la croissance du contentieux européen en temps de crise ? », *op. cit.*

¹⁸²⁹ Le juge Allan ROSAS évoque à ce titre « *plus ou moins un tiers des affaires terminées par un arrêt* » dans son intervention de 2007. V. A. ROSAS, « L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne – quelques pistes de réflexion », in *O futuro da Justiça Europeia no espaço de liberdade, segurança e justiça*, Supremo Tribunal de Justiça, Lisbonne, 13 juil. 2007.

la procédure préjudicielle d'urgence a modifié l'architecture contentieuse de l'Union, permettant à la Cour de justice de se prononcer sur les questions urgentes relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice dans un délai de quelques mois seulement¹⁸³⁰.

Ces diverses évolutions du système juridictionnel de l'Union ont naturellement accompagné la progression de l'intégration européenne et l'augmentation du contentieux devant la Cour de justice de l'Union européenne. Elles se distinguent des évolutions postérieures dont l'objectif affiché est d'éviter une crise majeure en réduisant les délais de traitement des affaires, qui se sont allongés à mesure de l'accroissement du contentieux parvenant à Luxembourg. Une combinaison de plusieurs facteurs semble en effet être à l'origine de l'encombrement du prétoire de la Cour de justice de l'Union européenne.

2. Les causes de la surcharge de travail de la Cour de justice

L'augmentation de la charge de travail de la Cour de justice. Si, bien avant le début des années 2000, les renvois préjudiciels représentaient déjà une part importante du travail du juge de l'Union européenne, ce succès général de la procédure préjudicielle a été accompagné par l'adhésion conjointe de dix nouveaux États en 2004¹⁸³¹, laquelle a emporté pour conséquence logique une augmentation significative du nombre de juridictions nationales habilitées à interroger la Cour de justice par la voie préjudicielle. Le traité de Lisbonne a également ouvert le prétoire de la Cour à ce niveau, abrogeant les restrictions à la compétence préjudicielle de la Cour de justice contenues dans les anciens articles 68 et 34 du TCE.

Cette ouverture du prétoire de la Cour de justice à de nouveaux États ainsi qu'à de nouvelles matières ne s'est cependant pas accompagnée d'une augmentation suffisante des moyens mis à disposition de cette dernière. Il s'ensuit que les délais de recours se sont considérablement allongés, jusqu'à nécessiter une réforme du système juridictionnel de l'Union. Le rapport annuel de la Cour de justice pour l'année 2011 fait d'ailleurs état d'une « *intense activité juridictionnelle* »¹⁸³², laquelle a conduit le Président Vassilios SKOURIS à

¹⁸³⁰ En 2016, la durée moyenne de traitement d'une PPU est de 2,7 mois. V. Rapport annuel 2016, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 2017.

¹⁸³¹ Deux nouveaux États rejoindront ensuite l'Union européenne en 2007, et un supplémentaire en 2013.

¹⁸³² *Rapport annuel 2011*, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 2012, p. 5.

appeler à la vigilance afin de « *ne pas compromettre l'efficacité du système juridictionnel* »¹⁸³³ de l'Union. L'ancien juge Christiaan TIMMERMANS notait d'ailleurs encore en fin d'année 2012 la nécessité de raccourcir les délais de traitement des renvois préjudiciels devant la Cour de justice¹⁸³⁴.

La situation critique du Tribunal. Cependant, le « *vrai problème* »¹⁸³⁵ concernait le Tribunal et la charge de travail à laquelle il devait faire face, le nombre d'affaires pendantes ne cessant d'augmenter depuis le début des années 2000¹⁸³⁶. La modification du règlement de procédure du Tribunal intervenue en 2001, créant la procédure simplifiée et la procédure d'urgence, ne s'est en effet pas avérée suffisante.

Bien que « *les capacités de jugement du Tribunal ont augmenté grâce aux réformes menées et aux efforts réalisés pour améliorer sa productivité* »¹⁸³⁷, elles ont ainsi échoué à répondre à l'augmentation sensible ainsi qu'aux spécificités du contentieux dont il avait à connaître. À titre d'exemple, le délai de traitement des affaires d'aides d'État était encore de 48 mois en 2013. Des solutions ont ainsi dû être recherchées pour éviter son asphyxie¹⁸³⁸ et il est alors apparu nécessaire d'augmenter le nombre de juges au Tribunal¹⁸³⁹.

La réforme opérée a toutefois concerné la juridiction de l'Union toute entière, les cas de la Cour de justice et du Tribunal ayant été distinctement traités.

¹⁸³³ *Rapport annuel 2011*, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 2012, p. 5.

¹⁸³⁴ C. TIMMERMANS, Intervention lors du colloque « *Organisation et rendement de la Cour de justice de l'Union européenne. Comment faire face à la croissance du contentieux européen en temps de crise ?* », sous la direction de F. PICOD, Université Panthéon-Assas, Paris, 26 oct. 2012.

¹⁸³⁵ *Ibid.*

¹⁸³⁶ Pour l'ensemble des chiffres, v. *Rapport annuel 2012*, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 2012, pp. 187 et s. Le nombre d'affaires pendantes a constamment augmenté entre 2000 et 2010, pour amorcer une diminution dès 2012.

¹⁸³⁷ J.-M. SAUVÉ, Intervention lors de la Conférence organisée par le Conseil des barreaux européens, *L'avenir des tribunaux de l'Union européenne. L'augmentation de la charge de travail : organisation, désignation et formation des juges*, 28 avr. 2014.

¹⁸³⁸ V. F. PICOD, (dir.), « Organisation et rendement de la Cour de justice de l'Union européenne. Comment faire face à la croissance du contentieux européen en temps de crise ? », *op. cit.*

¹⁸³⁹ Le Professeur Laurent COUTRON qualifie l'augmentation du nombre de juges au Tribunal d'« *aspect indispensable de la réforme* ». V. L. COUTRON, « Réforme de la Cour de justice de l'Union européenne : d'abord l'accessoire, l'urgent peut attendre ! », *RTD eur.*, 2013, n° 2, p. 293.

B. La mise en œuvre d'une réforme empreinte de subsidiarité juridictionnelle

La réforme de la Cour de justice de l'Union européenne diffère en tous points de celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸⁴⁰. D'une durée et d'une ampleur moindres, elle n'avait pas non plus vocation à traiter une problématique aussi lourde que la situation inquiétante connue à Strasbourg. Il convient néanmoins de distinguer le cas de la Cour de justice (1) de celui du Tribunal (2).

1. La réforme de la Cour de justice

Les mesures destinées à accroître la productivité. Dès 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a œuvré pour accroître l'efficacité du travail juridictionnel¹⁸⁴¹. Son statut a été modifié¹⁸⁴² et un nouveau règlement de procédure a été adopté¹⁸⁴³. Plusieurs évolutions ont ainsi permis une clarification et une optimisation des règles de fonctionnement de la Cour.

C'est le cas par exemple de l'institution de la fonction de vice-président à la Cour¹⁸⁴⁴, de l'augmentation à quinze du nombre de juges de la Grande chambre ou encore de la refonte du règlement de procédure¹⁸⁴⁵. Les statistiques présentées dans le rapport annuel 2012 font d'ailleurs apparaître « *une productivité soutenue et une amélioration très significative de la durée des procédures* »¹⁸⁴⁶. Plus récemment, d'autres modifications ont été adoptées, comme par exemple celle des règles concernant l'admission des pourvois dans les affaires ayant déjà bénéficié d'un double examen depuis le 1^{er} mai 2019. Ce type de pouvoi n'est en effet désormais appelé à être admis que dans l'hypothèse où il soulèverait une question importante

¹⁸⁴⁰ J.-P. JACQUÉ, « Les Cours européennes sur la voie de la réforme ? », *RTD eur.*, 2012, p. 289.

¹⁸⁴¹ Sur ce thème, v. F. PICOD, (dir.), « Organisation et rendement de la Cour de justice de l'Union européenne. Comment faire face à la croissance du contentieux européen en temps de crise ? », *op. cit.*

¹⁸⁴² Règlement (UE, Euratom) n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil du 11 août 2012, modifiant le Protocole sur le Statut et son annexe I, *JOUE* n° L 228, 23 août 2012.

¹⁸⁴³ Règlement de procédure de la Cour de justice, 25 sept. 2012, *JOUE* n° L 265, 29 sept. 2012.

¹⁸⁴⁴ À laquelle il faut lier la Décision du 23 oct. 2012 relative aux fonctions juridictionnelles du vice-président de la Cour, *JOUE* n° L 300, 30 oct. 2012, p. 47.

¹⁸⁴⁵ J. RIDEAU, « À la recherche d'une efficacité accrue. À propos du rapport 2012 de la CJUE », *JCP G.*, n° 23, juin 2013, pp. 1094-1097.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 1095.

pour l'unité, pour la cohérence, ou pour le développement du droit de l'Union¹⁸⁴⁷. Des réformes d'ampleur plus importante, quoique régulièrement évoquées - tel le transfert au Tribunal de la compétence pour connaître de certaines questions préjudicielles-, ne semblent en revanche pas à l'ordre du jour.

Des mesures destinées à accroître la célérité. Comme l'explique le Professeur Joël RIDEAU, ces améliorations sont non seulement dues aux réformes concernant les méthodes de travail mais aussi à « *l'usage accru de divers instruments procéduraux pour accélérer le traitement de certaines affaires* ». Il énumère à ce titre la procédure préjudicielle d'urgence, le jugement par priorité, la procédure accélérée, la procédure simplifiée et la possibilité de statuer sans conclusions de l'avocat général¹⁸⁴⁸.

Ainsi, par l'adoption de mesures d'organisation et d'optimisation du travail au sein de la juridiction, la situation s'est considérablement améliorée. Les rapports publiés par la Cour ces dernières années ne sont plus alarmants bien qu'ils appellent encore à la vigilance afin de maintenir l'efficacité du travail juridictionnel.

Plus complexe que celle de la Cour de justice, la situation du Tribunal a donné lieu à des débats nourris ayant finalement abouti à une réforme de taille.

2. La réforme du Tribunal

L'augmentation du nombre de juges. Dès 2011, la Cour de justice elle-même a proposé des éléments de réforme, parmi lesquels l'augmentation du nombre de juges du Tribunal¹⁸⁴⁹. Après une controverse quant au coût et à l'opportunité d'une telle démarche¹⁸⁵⁰,

¹⁸⁴⁷ Concrètement, cette mesure concerne principalement les affaires de propriété intellectuelle. Cette matière est en effet source d'un abondant contentieux, et le Tribunal n'y intervient déjà qu'à la suite des décisions rendues en première instance par l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO), qui peuvent, le cas échéant, elles-mêmes être réexaminées par les chambres de recours de l'EUIPO. Les autres offices ou agences concernés sont l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV), l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA), et l'Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne (AESA). Voir, à ce sujet, Communiqué de presse de la Cour de justice de l'Union européenne n°53/19 du 30 avril 2019.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*

¹⁸⁴⁹ *Projet de modification du statut de la Cour de justice et de son annexe I*, en ligne : https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/fr/

¹⁸⁵⁰ V. notamment les documents suivants : *Coût estimatif du renforcement du Tribunal* ; *Argumentaire* ; *Réponse à l'invitation de la présidence italienne du Conseil de présenter de nouvelles propositions afin de*

il a finalement été décidé de doubler le nombre de juges du Tribunal, absorbant du même coup le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne¹⁸⁵¹. Entamée en 2016, la réforme du nombre de juges au Tribunal a été menée de manière progressive pour s'achever en 2019. Le Tribunal est depuis lors composé de deux juges par État membre¹⁸⁵², bien que cette solution ne fasse pas l'unanimité¹⁸⁵³.

La réforme du règlement de procédure. Une réforme du règlement de procédure du Tribunal a par ailleurs été entreprise, conduisant à une première modification profonde en 2013¹⁸⁵⁴, puis en 2015¹⁸⁵⁵. La simplification des règles concernant le déroulement de la procédure écrite devrait permettre d'accroître la productivité de l'instance juridictionnelle. De plus, des réformes plus ponctuelles ont également été entreprises aux fins d'améliorer la productivité de la juridiction comme, par exemple, la spécialisation des chambres selon les matières. Celles-ci se répartissent désormais le contentieux de la propriété intellectuelle (six chambres) et le contentieux de la fonction publique (quatre chambres). Le reste du contentieux demeure en revanche traité par l'ensemble des chambres du Tribunal.

Les résultats de ces modifications d'ampleur sont attendus au cours des prochaines années, les données chiffrées pour 2019 faisant encore état d'un accroissement des affaires

faciliter la tâche consistant à dégager un accord au sein du Conseil sur les modalités d'une augmentation du nombre de juges au Tribunal de l'Union, disponibles sur le site de la Cour de justice : https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64268/fr/

¹⁸⁵¹ Règlement (UE, Euratom) n° 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne. V. G. GATTINARA, « Le rôle de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union après la dissolution du Tribunal de la fonction publique européenne », *RDUE*, 2017, n° 2, pp. 157-170.

¹⁸⁵² Pour une synthèse sur la réforme de la Cour de justice de l'Union européenne, v. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, *La réforme du système judiciaire de l'UE*, Communiqué de presse n° 44/15, Luxembourg, 28 avr. 2015.

¹⁸⁵³ V. par exemple le rapport détaillé présenté par F. DEHOUSSE, « The Reform of the EU Courts (II), Abandoning the Management Approach by Doubling the General Court », *Egmont paper* n° 83, Bruxelles, mars 2016. V. également la lettre de l'ancien président du Tribunal, Marc JAEGER, à la présidence italienne le 9 décembre 2014, en ligne : <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2015/04/cjue-reforme/lettre-marc-jaeger-pr-it-141209.pdf>. V. aussi la position très critique du rapporteur de la commission juridique du Parlement européen Antonio MARINHO E PINTO, interviewé dans l'ancien journal luxembourgeois *Le Jeudi*, 19 mars 2015, en ligne : <http://jeudi.lu/si-tu-ne-me-donnes-pas-les-juges/>.

¹⁸⁵⁴ Modification du règlement de procédure du Tribunal du 19 juin 2013, *JOUE* n° L 173, 26 juin 2013, p. 66.

¹⁸⁵⁵ Règlement de procédure du Tribunal du 4 mars 2015, *JOUE* n° L 105, 23 avr. 2015, p. 1.

pendantes, passées de 884 en 2015 à 1 102 en 2019, avec des délais de traitement des affaires encore élevés¹⁸⁵⁶.

Au sein de l'institution judiciaire de l'Union européenne, les situations de la Cour de justice et du Tribunal sont ainsi clairement distinctes. Le cas de la Cour de justice n'est pas alarmant. Face au constat d'une surcharge de travail, l'adoption de mesures visant l'efficacité du travail juridictionnel (amélioration de l'efficacité et de la célérité des procédures, mesures d'organisation interne) devrait permettre de stabiliser la situation.

Le cas du Tribunal, plus préoccupant, a quant à lui nécessité, au-delà des mesures classiques ayant vocation à gagner en productivité, une véritable réforme d'ampleur. Bien qu'elle soit loin de faire l'unanimité, la solution adoptée est celle de doublement du nombre de juge du Tribunal. Il reste à espérer que les résultats seront à la hauteur de l'enjeu. Si les statistiques judiciaires du Tribunal pour l'année 2019 sont encourageantes¹⁸⁵⁷, les résultats constatés à ce jour doivent cependant être analysés avec prudence. Il est en effet trop tôt, au regard de la date de prestation de serment des derniers juges ayant rejoint la juridiction, pour évaluer l'impact de cette réforme avec suffisamment de justesse.

En comparaison à la situation de crise profonde et durable connue à Strasbourg, la situation du système judiciaire de l'Union paraît dès lors toute relative en ce sens qu'elle ne concerne pas le système tout entier mais seulement l'un de ses éléments, et qu'elle n'a *a priori* pas vocation à s'aggraver dans le temps, des mesures fortes ayant été adoptées rapidement.

Les juridictions européennes semblent donc sur la voie de la gestion maîtrisée du flux de requêtes parvenant jusqu'à elles. Bien qu'il reste du chemin à parcourir, les premiers effets bénéfiques des réformes entreprises peuvent déjà être constatés. Il reste cependant que le constat de leur encombrement, ou *a minima* celui de leur sur-sollicitation, justifie la limitation de l'accès à leur prétoire, sous peine, le cas échéant, de mener à un allongement démesuré des

¹⁸⁵⁶ *Rapport annuel 2019*, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 2020, pp. 160 et s.

¹⁸⁵⁷ *Rapport annuel 2019*, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 2020, pp. 287 et s.

délais de traitement des affaires, de nuire à la protection des citoyens européens et plus largement à l'intégration européenne.

En outre, un élément supplémentaire plaide en faveur d'une réduction de l'accès aux Cours européennes. Il provient des critiques qui leur sont adressées, remettant en cause une intervention jugée envahissante du point de vue national, et à laquelle le juge européen consent à répondre.

SECTION 2. LA RÉPONSE À LA CONTESTATION À L'ENCONTRE DES

COURS EUROPÉENNES

Tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour de justice de l'Union européenne font l'objet de réticences, voire de critiques à l'égard de l'exercice de leur fonction. La situation des deux juridictions européennes au regard de ces critiques est néanmoins sensiblement différente, tant elles diffèrent du point de vue de leur contenu, de leur intensité mais également de leur fréquence.

Les critiques opposées au juge européen des droits de l'homme sont récurrentes et parfois particulièrement vives, révélant une crise permanente, généralisée et profonde (§ 1). Pour sa part, le juge de l'Union, s'il n'échappait pas aux remises en question, semblait visé de manière plus ponctuelle et moins frontale. Il s'agissait de crises ponctuelles, circonscrites et peu intenses. Les événements récents ont cependant relancé avec une virulence accrue la contestation à l'égard de la Cour de justice de l'Union européenne (§ 2).

§ 1. Une contestation récurrente et constante à l'encontre du juge de la Convention

Il suffit de penser au contexte ayant accompagné la conférence de Brighton¹⁸⁵⁸ pour prendre la mesure de la virulence des critiques auxquelles est confrontée la Cour européenne des droits de l'homme. Émanant du niveau national, ce « Strasbourg bashing » vise un interventionnisme ressenti comme illégitime et s'immisçant à tort dans l'exercice de compétences relevant des autorités nationales. Si le cas du Royaume-Uni est emblématique et mérite à ce titre d'être traité à part (A), les accusations à l'égard de la Cour émanent également des autres États et révèlent un malaise profond (B).

¹⁸⁵⁸ Françoise TULKENS évoque une « *ambiance assez polémique* » et « *un flot de critiques sur la Cour [...] dont on a pu observer l'ampleur, la sévérité, voire la férocité* ». V. F. TULKENS, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 398.

A. Les critiques portées par le Royaume-Uni

Les relations entre le Royaume-Uni et la Cour européenne des droits de l'homme sont tendues. Trouvant son origine dans le contentieux relatif au droit de vote des détenus¹⁸⁵⁹ (1), le conflit n'a cessé de se renforcer jusqu'à sa cristallisation lors de la conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour qui s'est tenue à Brighton en 2012. Il perdure encore aujourd'hui (2).

1. Le contentieux du droit de vote des détenus

L'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*. Depuis l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*, les relations entre le Royaume-Uni et la Cour européenne des droits de l'homme sont conflictuelles. Dans cette affaire, un individu détenu après une condamnation à une peine d'emprisonnement perpétuelle pour homicide avait été privé de son droit de vote, tel que le prévoyait la loi britannique. La Cour européenne des droits de l'homme, constatant que l'individu détenu condamné avait subi une « *restriction générale, automatique et indifférenciée* »¹⁸⁶⁰ de son droit de vote, avait conclu à la violation de l'article 3 du Protocole n° 1 garantissant le droit à des élections libres¹⁸⁶¹. La loi britannique en cause¹⁸⁶² fut ainsi qualifiée par le juge de la Convention d'« *instrument sans nuances, qui dépouille du droit de vote [...] un grand nombre d'individus* »¹⁸⁶³.

¹⁸⁵⁹ V. CourEDH, GC, 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01 ; CourEDH, 23 nov. 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08. V. N. HERVIEU, « Droit de vote des détenus : Histoire sans fin pour un contentieux décisif », *RTD h.*, n° 94/2013, pp. 433-456 .

¹⁸⁶⁰ CourEDH, GC, 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01, § 82.

¹⁸⁶¹ L'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme dispose que : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* ».

¹⁸⁶² Il s'agit précisément de l'article 3 de la loi de 1983 sur la représentation du peuple (*Representation of the People Act 1983*) qui dispose que « *Toute personne condamnée est, pendant son incarcération dans un établissement pénitentiaire en exécution de sa peine (...), légalement incapable de voter aux élections parlementaires ou locales quelles qu'elles soient* ».

¹⁸⁶³ CourEDH, GC, 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01, § 82.

L'arrêt rendu dans cette affaire en 2005 a fait l'objet d'une vive contestation outre-Manche¹⁸⁶⁴. Pour preuve, en 2017, l'exécution de l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2) est en voie de réalisation mais n'est toujours pas accomplie¹⁸⁶⁵ et la situation est toujours sous tension.

Le conflit relatif au droit de vote des détenus. La saga a continué avec sept autres affaires concernant le droit de vote des détenus¹⁸⁶⁶. Les autorités britanniques n'ayant pas exécuté l'arrêt évoqué ci-dessus, une nouvelle condamnation intervint cinq années plus tard dans l'affaire *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*¹⁸⁶⁷, qui prit la forme d'un arrêt pilote. Malgré la persévérance de la Cour européenne, le Royaume-Uni a toutefois campé sur ses positions. Le 10 février 2011, la Chambre des communes a adopté une motion « *affirmant la « primauté » du pouvoir législatif britannique en matière de droit des détenus* »¹⁸⁶⁸.

Qualifié de « *poison [qui] continue de distiller son venin* »¹⁸⁶⁹, l'inexécution de l'arrêt *Hirst* (n° 2) par le Royaume-Uni témoigne de la cristallisation d'un « *vif conflit* »¹⁸⁷⁰ entre cet État partie et la Cour européenne des droits de l'homme, de même qu'il caractérise un contexte de défiance générale des britanniques à l'égard du juge de Strasbourg. En 2010, un juge britannique affirmait ainsi dans les locaux de la Cour, sous forme de provocation, que «

¹⁸⁶⁴ Pour une critique constructive de l'arrêt *Hirst*, notamment concernant l'utilisation de la notion de « consensus européen » par la Cour européenne des droits de l'homme, v. F. SUDRE, « La mystification du "consensus" européen », *JCP G.*, n° 50, 2015, doctr. 1369.

¹⁸⁶⁵ MINISTRY OF JUSTICE, *Responding to Human Rights judgements*, Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to Human Rights judgments 2016–17, Déc. 2017, p. 28.

¹⁸⁶⁶ CourEDH, 23 nov. 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08 ; CourEDH, 11 juin 2013, *Mc Lean et Cole c. Royaume-Uni*, req. n° 12626/13 et 2522/12 ; CourEDH, 13 mai 2014, *Dunn et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 566/10 ; CourEDH, 12 août 2014, *Firth et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 47784/09 ; CourEDH, 10 fév. 2015, *Mc Hugh et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 51987/08 ; CourEDH, 30 juin 2016, *Millbank et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 44473/14 ; CourEDH, 13 juin 2017, *Moohan et Gillon c. Royaume-Uni*, req. n° 222962/15 et 23345/15.

¹⁸⁶⁷ CourEDH, 23 nov. 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08.

¹⁸⁶⁸ M. JACOT, « La Cour européenne des droits de l'homme menacée », *Le Monde*, 30 et 31 oct. 2011, p. 3.

¹⁸⁶⁹ G. GONZALEZ, « Jouissance comptable d'une "conscience" (un peu) malmenée. À propos du Rapport 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, n° 8, 2015, p. 209.

¹⁸⁷⁰ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1913.

*la réponse à la question "la Convention nous appartient-elle ?", ne peut être que "non, elle ne nous appartient pas" »*¹⁸⁷¹.

En 2011, le président Nicolas BRATZA revenait sur les critiques britanniques pour vivement les réfuter¹⁸⁷². Il jugeait en effet que les attaques dont la Cour faisait l'objet sont « *souvent injustes et mal-informées* », allant même jusqu'à dénoncer des critiques « *xénophobes contre [s]es juges* ». Le président visait les critiques émises tant par le pouvoir législatif que le pouvoir exécutif britanniques¹⁸⁷³.

Cependant, le « *bras de fer* »¹⁸⁷⁴ a malgré tout perduré, et il a particulièrement marqué le contexte de la Conférence de Brighton.

2. La conférence de Brighton

Le contexte de la Conférence de Brighton. Les attaques les plus marquantes contre la Cour européenne des droits de l'homme sont celles portées par David CAMERON, alors premier ministre, lors d'un discours prononcé devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 25 janvier 2012¹⁸⁷⁵.

Quelques mois avant la conférence de Brighton, dans le cadre de la préparation de cette dernière, le premier ministre britannique insistait alors fermement sur trois principaux points. Il mettait tout d'abord en avant la surcharge de travail de la Cour pour justifier de contraindre cette dernière à connaître seulement des cas les plus graves d'atteinte aux droits fondamentaux¹⁸⁷⁶. Considérant ensuite que la Cour agit trop souvent comme une juridiction de quatrième instance, il revendiquait la qualité du travail des juridictions nationales comme

¹⁸⁷¹ Lady JUSTICE ARDEN, intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 23-31, spéc. p. 30.

¹⁸⁷² N. BRATZA, « The relationship between the UK courts and Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, nov. 2011, n° 5, pp. 505-512.

¹⁸⁷³ *Ibid.*, pp. 505-506.

¹⁸⁷⁴ N. HERVIEU, « Londres vs Strasbourg : Match sans fin mais décisif sur le droit de vote des détenus », *Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDOF*, 11 sept. 2011.

¹⁸⁷⁵ D. CAMERON, *Speech on the European Court of Human Rights*, Strasbourg, 25 janv. 2012, en ligne : <https://www.gov.uk/government/speeches/speech-on-the-european-court-of-human-rights>

¹⁸⁷⁶ *Ibid.* : « *The Court is being compelled to do too much and that threatens its ability to do what is most important* ».

justification à la restriction du champ d'action de la Cour européenne. Enfin, il vantait les mérites de la doctrine de la marge nationale d'appréciation, en ce que celle-ci aurait dû permettre, selon lui, un plus grand respect de la liberté dont jouissent les autorités étatiques aux fins d'assurer la garantie des droits fondamentaux.

Cet état d'esprit teinté d'une certaine agressivité à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme a fatalement marqué le contexte et la conférence de Brighton elle-même. À cet égard, le Professeur Frédéric SUDRE déplorait que les déclarations adoptées lors des conférences de haut niveau sur l'avenir de la Cour, et notamment celle de Brighton, poursuivaient en réalité le but de « *réduire le champ d'intervention de la Cour, contenir ses velléités progressistes* »¹⁸⁷⁷.

En 2012, les tensions entre le Royaume-Uni et la Cour européenne des droits de l'homme se sont même intensifiées à l'occasion de l'affaire *Othman*, dans laquelle la Cour s'est opposée à l'expulsion du terroriste Abu Qatada vers la Jordanie¹⁸⁷⁸.

Les critiques après Brighton. Jugées « *sans précédent* » par le Président Robert SPANO¹⁸⁷⁹, les attaques britanniques contre la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas cessé après l'adoption de la déclaration de Brighton. Le contentieux des peines perpétuelles¹⁸⁸⁰ a également suscité de vives réactions de la part des britanniques en 2013¹⁸⁸¹.

Encore en 2015, David CAMERON n'hésitait pas, lors d'un discours pourtant consacré aux relations entre le Royaume-Uni et l'Union européenne¹⁸⁸², à dénoncer les frustrations engendrées par les décisions rendues par le juge de la Convention¹⁸⁸³. Le ministre de la justice

¹⁸⁷⁷ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1913.

¹⁸⁷⁸ CourEDH, 4^{ème} Sect., 17 janv. 2012, *Othman c. Royaume-Uni*, req. n° 8139/09.

¹⁸⁷⁹ R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, 0, pp. 1-16.

¹⁸⁸⁰ CourEDH, GC, 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09.

¹⁸⁸¹ N. HERVIEU, « Les peines perpétuelles au prisme de la dignité et de la réinsertion professionnelles des détenus », *Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDOF*, 18 juil. 2013, en ligne : <http://wp.me/p1Xrup-28W>

¹⁸⁸² D. CAMERON, *Speech on Europe*, Londres, 10 nov. 2015, en ligne : <https://www.gov.uk/government/speeches/prime-ministers-speech-on-europe>

¹⁸⁸³ *Ibid.* : « *Finally, in this area, people are also frustrated by some legal judgments made in Europe that impact on life in Britain. Of course, this relates as much to the European Convention on Human Rights (ECHR) as the European Union* ».

britannique allait même plus loin en proposant « *une alternative pour le moins offensive* »¹⁸⁸⁴ consistant à réduire de manière sensible l'autorité de la Cour européenne à l'égard du Royaume-Uni ou alors à dénoncer la Convention¹⁸⁸⁵.

Si le cas du Royaume-Uni est caractéristique, tant le conflit opposant cet État partie au juge de la Convention est profond et marqué par la spécificité qui imprègne leur relation, il n'en demeure pas moins qu'un sentiment de rejet de l'autorité de la Cour européenne semble partagé par d'autres États¹⁸⁸⁶.

B. Les critiques des autres États parties

Le Royaume-Uni n'est pas le seul État partie à émettre des reproches à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme **(1)**, et le cas de la France représente, à ce titre, une illustration frappante **(2)**.

1. Des critiques britanniques partagées

Une contestation généralisée. Les britanniques ne sont pas les seuls à vivement remettre en cause le travail du juge de la Convention, et les attaques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme sont d'ailleurs anciennes¹⁸⁸⁷. Il est important de souligner que de telles critiques émanent tant « *des pays nouvellement démocratiques, qui apprécient peu leurs condamnations pour des violations graves de la Convention [...] que de "vieilles démocraties", qui estiment, ou en tout cas prétendent, ne pas avoir à recevoir de leçons d'une juridiction supranationale en matière de libertés civiles et politiques* »¹⁸⁸⁸. Ainsi, les

¹⁸⁸⁴ N. HERVIEU, « Cour européenne des droits de l'homme : de l'art de la résilience juridictionnelle », *La Revue des Droits de l'Homme*, fév. 2015, en ligne : www.revdh.revues.org.

¹⁸⁸⁵ *Protecting human rights in UK. The Conservative's proposal for changing britain's human rights law*, Conservatives, Oct. 2014, 8 p.

¹⁸⁸⁶ Pour d'autres références concernant le Royaume-Uni, v. J.-V. LOUIS, « La présidence britannique du Conseil de l'Europe et la Cour de Strasbourg », *Cah. dr. eur.*, vol. 48, n° 1, 2012, pp. 7-15.

¹⁸⁸⁷ Déjà en 1996, le doyen Jean CARBONNIER déplorait que cette dernière soit « *sortie de son lit [et] que l'on ne voi[e] pas comment l'y faire rentrer* ». V. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Paris, Flammarion, Coll. Forum, 1996, p. 56.

¹⁸⁸⁸ J.-P. COSTA, « Les réformes de la Cour européenne des droits de l'homme. Avant et après Brighton », *op. cit.*, p. 34.

accusations lancées contre le juge de la Convention sont issues d'horizons différents¹⁸⁸⁹. Quelques exemples choisis permettent d'illustrer le propos à cet égard¹⁸⁹⁰.

En Russie, un cap a été franchi en matière d'opposition à l'exécution des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 2015, suite à l'affaire *Yukos*¹⁸⁹¹. En effet, condamnées à verser plus d'1,8 milliards d'euros au titre de la satisfaction équitable aux ex-actionnaires de la compagnie pétrolière Yukos¹⁸⁹², laquelle avait été démantelée pour fraude fiscale, les autorités russes ont décidé de ne plus exécuter les décisions de la Cour. Par un arrêt du 14 juillet 2015, la Cour constitutionnelle russe a même consacré la primauté des dispositions constitutionnelles russes sur le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, et particulièrement sur la jurisprudence de la Cour.

Le juge constitutionnel russe en concluait ainsi qu'un arrêt rendu à Strasbourg et qui serait contraire à la Constitution ne pourrait pas être exécuté en Russie¹⁸⁹³. Quelques mois plus tard, une loi constitutionnelle a entériné cette possibilité de ne pas donner suite aux arrêts de condamnation rendus par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸⁹⁴. Depuis, la Russie, qui ne s'illustrait déjà pas par sa bonne volonté en la matière¹⁸⁹⁵, ne paraît pas sur la voie d'une meilleure mise en œuvre de la jurisprudence de Strasbourg¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁸⁹ V. le décryptage proposé par le juge P. PINTO DE ALBUQUERQUE, « Plaidoyer for the European Court of Human Rights », *EHRLR*, 2018, 2., p. 119.

¹⁸⁹⁰ Pour d'autres exemples, v. notamment B. OOMEN, « A serious case of Strasbourg-bashing ? An evaluation of the debates on the legitimacy of the European Court of Human Rights in the Netherlands », *International Journal of Human Rights*, vol. 20, 2016, pp. 407-420 et J. RUPNIK, « La démocratie illibérale en Europe centrale », *Esprit*, 2017, p. 69.

¹⁸⁹¹ Pour plus de détails, v. Commission de Venise, Avis n° 832/2015, Avis intérimaire sur les amendements de la loi constitutionnelle fédérale sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, Strasbourg, 15 mars 2016, CDL-AD(2016)005.

¹⁸⁹² V. CourEDH, 20 sept. 2011, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, req. n° 14902/04, pour le constat de la violation du droit à un procès équitable et de la protection de la propriété ; et CourEDH, 31 juil. 2014, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, req. n° 14902/04, pour la décision sur la satisfaction équitable.

¹⁸⁹³ V. Cour constitutionnelle de la fédération du Russie, 11 juil. 2015, arrêt n° 21-II /2015, spéc. § 2.2, 3 et 4.

¹⁸⁹⁴ Loi fédérale n° 7-KFZ du 4 déc. 2015 portant modification de la loi constitutionnelle fédérale n° 1-KFZ du 21 juil. 1994 sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, entrée en vigueur le 15 déc. 2015 et reprenant en substance la décision de la Cour constitutionnelle du 11 juil. 2015. V.

¹⁸⁹⁵ Pour un éclairage sur les réactions des autorités russes aux arrêts rendus par la Cour avant 2005, v. l'étude en français de K. KOROTEEV, « La Russie et la Convention européenne des droits de l'homme. Bilan jurisprudentiel et institutionnel », *Droits fondamentaux*, n° 5, janv. - déc. 2005, pp. 21 et s.

¹⁸⁹⁶ V. S. TOUZÉ, « Regard critique sur l'exécution conditionnelle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'hommage d'Emmanuel Decaux*, Paris, Pédone, 2017, p. 61.

La Hongrie, *via* son ministre de la justice, a également manifesté son mécontentement face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Accusant cette dernière de ne jouir d'aucune légitimité démocratique, Laszlo TROCSANYI a regretté qu'il soit difficile de savoir « *si, dans certains cas, la Cour souhaite accomplir des missions d'activisme des droits de l'homme ou agir en tant que véritable instance juridictionnelle* »¹⁸⁹⁷. Le ministre faisait notamment référence à l'affaire du port de l' « étoile rouge », dans laquelle la violation par la Hongrie de l'article 10 de la Convention a été constatée par la Cour¹⁸⁹⁸ et a soulevé les critiques du gouvernement hongrois.

En Suisse également, des voix s'élèvent régulièrement contre l'autorité des décisions rendues par le juge de Strasbourg, estimant que la Cour s'immisce dans des domaines de compétences qui relèvent des États¹⁸⁹⁹. Une initiative populaire intitulée « *Le droit suisse au lieu de juges étrangers* »¹⁹⁰⁰, visant notamment les juges de la Cour européenne des droits de l'homme, a par exemple été déposée en 2016, soumise au vote¹⁹⁰¹ et finalement rejetée. La juge à la Cour européenne des droits de l'homme élue au titre de la Suisse a évoqué, à cet égard, la « *pression* » à laquelle elle est soumise¹⁹⁰².

Le contenu de la déclaration de Copenhague des 12 et 13 avril 2018 abonde en ce sens. Les États y encouragent la Cour à renforcer l'application du principe de subsidiarité dans sa jurisprudence et soulignent qu'ils « *apprécie[nt] les efforts de la Cour pour veiller à une interprétation prudente et équilibrée de la Convention* »¹⁹⁰³, ce qui ne fait que confirmer que le juge de Strasbourg est placé en « *liberté surveillée* » par lesdits États¹⁹⁰⁴.

¹⁸⁹⁷ L. TROCSANYI, « La Cour de Strasbourg au cœur des critiques », Opinion, *La Libre.be*, 27 janv. 2017, en ligne.

¹⁸⁹⁸ CourEDH, 8 juil. 2008, *Vajnai c. Hongrie*, req. n° 33629/06.

¹⁸⁹⁹ B. PFIFFNER et S. BOLLINGER, « Une interprétation trop large des droits humains », *Neue Zuercher Zeitung*, 2 fév. 2012, disponible en ligne sur le site www.humanrights.ch.

¹⁹⁰⁰ Initiative populaire fédérale « *Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)* », déposée le 18 août 2016.

¹⁹⁰¹ V. le message du Conseil fédéral suisse du 5 juil. 2017, FF 2017 5027.

¹⁹⁰² L. BAILAT, H. KELLER : « La Suisse a le devoir moral de faire partie du club », *Le Temps*, 6 juil. 2017, en ligne.

¹⁹⁰³ Déclaration de Copenhague des 12 et 13 avril 2018, § 29.

¹⁹⁰⁴ F. SUDRE, « La Convention EDH a 65 ans. Un acquis remarquable, un avenir incertain », *op. cit.*, p. 1036.

Une contestation menée sur le terrain de la souveraineté nationale. Les remises en cause de la jurisprudence et du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme tiennent principalement à une revendication de respect de la souveraineté nationale. Les critiques visant la procédure des arrêts pilotes en sont une illustration.

Dans le cadre de cette procédure, telle que décrite auparavant dans la présente Section, la Cour européenne des droits de l'homme est notamment amenée à demander aux États d'adopter les mesures concrètes suivantes : « *introduire un recours interne effectif permettant d'obtenir réparation pour la durée excessive d'une procédure devant les juridictions administratives* »¹⁹⁰⁵, « *organiser le système d'internement des personnes délinquantes de telle sorte que la dignité des détenus soit respectée* »¹⁹⁰⁶, ou encore « *mettre en place des mesures visant à diminuer le surpeuplement et à améliorer les conditions matérielles de détention* »¹⁹⁰⁷. Or, ces indications claires données aux États peuvent être perçues par certains comme une « *"atteinte" à la souveraineté des États* »¹⁹⁰⁸.

Les réflexions menées par le Professeur Paul TAVERNIER apportent un éclairage intéressant sur cette question. Selon lui, « *si on met trop l'accent sur l'aspect fédérateur et d'intégration du principe de subsidiarité, cela entraîne souvent une réaction de rejet et une défense de la souveraineté des États ainsi qu'une renationalisation des problèmes qui étaient traités jusque-là au niveau européen* »¹⁹⁰⁹. Ce « soulèvement » des États contre le juge de Strasbourg interviendrait donc en réaction à la préférence donnée à la dimension intégratrice de la subsidiarité du mécanisme européen de contrôle. Autrement dit, ce vent de contestation serait dû à ce que la Cour tendrait à privilégier le versant ascendant de la subsidiarité au

¹⁹⁰⁵ V. CourEDH, 2 sept. 2010, *Rumpf c. Allemagne*, req. n° 46344/06.

¹⁹⁰⁶ V. CourEDH, 6 sept. 2016, *W.D. c. Belgique*, req. n° 73548/13.

¹⁹⁰⁷ V. CourEDH, 25 avr. 2017, *Rezmives et autres c. Roumanie*, req. n° 61467/12, 39516/13, 48231/13 et 68191/13.

¹⁹⁰⁸ A. KOVLER, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté de l'État », *L'Europe en formation*, 2013/2, n° 368, pp. 209-222.

¹⁹⁰⁹ P. TAVERNIER, Compte rendu, *Séminaire « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? »*, Strasbourg, 30 janv. 2015.

détriment de son versant descendant. Certains « *relents souverainistes hostiles à tout contrôle supranational* »¹⁹¹⁰ expliquent également cette remise en question du juge de Strasbourg.

2. L'exemple français

Les attaques d'un groupe de parlementaires. Le cas français peut être étudié notamment à travers trois exemples choisis. Le premier concerne certains parlementaires français, qui ont vivement attaqué la Cour européenne des droits de l'homme dans une proposition de résolution¹⁹¹¹. Ils dénonçaient « *une jurisprudence souvent contestable et contestée dans de nombreux pays, apparaissant parfois comme une sorte de « gouvernement des juges » à la légitimité plus que discutable* »¹⁹¹². Le « gouvernement des juges » visé dans ladite résolution désignait l'accaparement supposé, par le juge européen, de compétences relevant en principe des États. La soixantaine de députés concernés est même allée jusqu'à suggérer la menace d'une dénonciation de la Convention par l'État français¹⁹¹³.

Les attaques d'un ancien Premier ministre. Un second exemple marquant est imputable François FILLON, ancien Premier ministre et candidat à l'élection présidentielle française de 2017. Il s'inscrit dans le même registre lorsque dans son programme, il accuse la Cour de faire une « *interprétation restrictive* » des dispositions conventionnelles et préconise une « *renégociation* » des conditions d'adhésion de la France à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹¹⁴.

¹⁹¹⁰ M. AFROUKH, C. HUSSON-ROCHCONGAR, C. PICHERAL, « Évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Premier semestre 2016 », *RDLF*, 2016, chron. n° 29.

¹⁹¹¹ Proposition de résolution n° 2601 invitant le Gouvernement à renégocier les conditions de saisine et les compétences de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) sur les questions touchant notamment à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme, Assemblée nationale, 18 fév. 2015. Pour un commentaire, v. H. LABAYLE, « La Convention européenne des droits de l'homme à l'Assemblée nationale : quand le ridicule ne tue pas », 9 avr. 2015, www.gdr-elsj.eu.

¹⁹¹² Exposé des motifs de la proposition de résolution n° 2601 invitant le Gouvernement à renégocier les conditions de saisine et les compétences de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) sur les questions touchant notamment à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme, Assemblée nationale, 18 fév. 2015.

¹⁹¹³ Article unique de la proposition de résolution n° 2601 invitant le Gouvernement à renégocier les conditions de saisine et les compétences de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) sur les questions touchant notamment à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme, Assemblée nationale, 18 fév. 2015.

¹⁹¹⁴ F. FILLON, *Mon projet pour la France*, 2017, en ligne : <https://www.force-republicaine.fr/projet/>

Le pouvoir juridictionnel. Il reste néanmoins que les élans de contestation à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme n'émanent pas particulièrement des autorités juridictionnelles nationales. Les juridictions françaises se réfèrent largement à la jurisprudence de la Cour et en appliquent les prescriptions. À titre d'illustration, la Cour de cassation n'hésite pas à fonder sa solution directement sur la jurisprudence de la Cour européenne¹⁹¹⁵ et attribue d'ailleurs sans difficultés une « *autorité interprétative* » aux arrêts rendus par le juge de la Convention¹⁹¹⁶. Le Conseil d'État, pour sa part, a également eu l'occasion d'affirmer qu'il lui appartient d'écarter toute disposition législative contraire à la Convention dans la résolution d'un litige pendant devant lui¹⁹¹⁷, et il reconnaît une « *autorité jurisprudentielle* » aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹¹⁸.

La vivacité des critiques à l'encontre du juge de la Convention émanant de divers représentants nationaux, est donc frappante. La situation du juge de l'Union paraissait bien moins sensible jusqu'aux événements récents.

§ 2. Une contestation variable mais amplifiée à l'encontre du juge de l'Union

La Cour de justice de l'Union européenne n'échappe pas totalement aux critiques, son action se trouvant ponctuellement remise en question. Cependant, les reproches à son égard sont longtemps restés mesurés. Dans l'ensemble, le travail du juge de l'Union reste plutôt bien accueilli, son intervention généralement admise, voire même saluée (A). La récente affaire *Weiss*¹⁹¹⁹ sème néanmoins le trouble dans les eaux paisibles de la Cour de Luxembourg (B).

¹⁹¹⁵ Cass., Civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, n° 09-14.743, *Bull.* 2011, I, n°49.

¹⁹¹⁶ Cass., Plén., 15 avr. 2011, n° 10-30313, 10-30316 et 10-17049. V. O. DUBOS et C. LAURENT-BOUTOT, « Le rôle du juge de droit commun dans l'application du droit externe : la composition des ordres juridiques », *op. cit.*, pp. 749 et s.

¹⁹¹⁷ CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, n° 316734, A.

¹⁹¹⁸ V. O. DUBOS et C. LAURENT-BOUTOT, « Le rôle du juge de droit commun dans l'application du droit externe : la composition des ordres juridiques », *op. cit.*, pp. 749 et s.

¹⁹¹⁹ CJUE, GC, 11 déc. 2018, *Weiss e.a.*, aff. C-493/17 et Cour constitutionnelle fédérale allemande (BverG), 5 mai 2020, 2 BvR 859/15-, Rn. 1-237.

A. Des critiques à la portée longtemps limitée

Les commentaires à l'égard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sont nombreux et émanent de toutes les sphères. Il est intéressant d'observer tout particulièrement la réception qui en est faite par les juridictions des États membres **(1)**, puis par les autres autorités nationales **(2)** pour se rendre compte que les reproches à son égard demeurent largement mesurés.

1. Le cas des juridictions nationales

Un climat apaisé. Bien que les juridictions des États membres aient initialement manifesté de vives réticences¹⁹²⁰ dans leur « *acclimatation au droit communautaire* »¹⁹²¹, principalement concernant l'application des principes de primauté¹⁹²² et d'effet direct¹⁹²³, les relations entre juges nationaux et européens se sont « *apaisées* »¹⁹²⁴. Le « *dialogue des juges* »¹⁹²⁵ s'est, ainsi, finalement pleinement installé¹⁹²⁶.

L'utilisation du renvoi préjudiciel. Deux principaux éléments permettent de démontrer que la juridiction de l'Union est plébiscitée par les juridictions des États membres. Tout d'abord, les statistiques récentes concernant l'utilisation du renvoi préjudiciel par les

¹⁹²⁰ Sur cette question, v. J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, pp. 55 et s.

¹⁹²¹ A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁹²² G. OLM, « Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre PESCATORE*, Nomos, Baden-Baden, 1987, pp. 499-536.

¹⁹²³ P. PESCATORE, « L'application directe des traités européens par les juridictions nationales : la jurisprudence nationale », *RTD eur.*, 1969, p. 722.

¹⁹²⁴ Selon l'expression du commissaire du gouvernement Matthias GUYOMAR dans les conclusions de l'affaire Arcelor, CE, 8 fév. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, *Recueil Lebon*, p. 55.

¹⁹²⁵ Selon l'expression du commissaire B. GENEVOIS dans ses conclusions dans l'affaire *Cohn Bendit* (CE, Ass., 22 déc. 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn Bendit*, *Rec.* p. 524).

¹⁹²⁶ V. F. LICHÈRE, A. RAYNOUARD et L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2004.

juges nationaux¹⁹²⁷ permettent d'observer que la Cour de justice est largement sollicitée par ces derniers, y compris les juridictions nationales qui n'y sont pas obligées¹⁹²⁸.

Les références à la jurisprudence de la Cour. Ensuite, les références à la jurisprudence du juge de l'Union dans les décisions rendues par les juridictions nationales sont abondantes et attestent de l'intérêt porté par ces dernières au travail juridictionnel européen. Quelques exemples tirés de la jurisprudence française permettent d'en prendre toute la mesure.

Les juridictions des deux ordres, administratif et judiciaire, ainsi que le Conseil Constitutionnel lui-même, font régulièrement appel à la jurisprudence européenne dans la résolution des contentieux qui leur sont soumis. Il n'est en effet pas rare que la Cour de cassation française fonde la solution d'un arrêt directement sur un arrêt rendu auparavant par la Cour de justice¹⁹²⁹, ou y fasse référence dans son arrêt¹⁹³⁰.

Pour sa part, le Conseil d'État français n'hésite pas à rappeler qu'« *il appartient [...] à la juridiction nationale, saisie au principal, éclairée par l'arrêt de la Cour [de justice de l'Union européenne], de qualifier les faits, en procédant, le cas échéant, aux investigations contradictoires qu'elle est à même d'ordonner* »¹⁹³¹, ni à fonder, de la même manière, la solution d'un arrêt sur un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne quelques mois auparavant¹⁹³². Le juge administratif suprême a d'ailleurs reconnu la qualité de juge de droit commun du droit de l'Union des juridictions administratives française par la fameuse

¹⁹²⁷ V. Rapport annuel 2019 de la Cour de justice, pp. 160 et s.

¹⁹²⁸ Si le renvoi préjudiciel en appréciation de validité est obligatoire pour toute juridiction nationale quelle que soit sa position dans la hiérarchie juridictionnelle de l'État membre (v. CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. C-314/85, *Rec.* p. 4199), le renvoi préjudiciel en interprétation n'est obligatoire que pour les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours (v. art. 267 TFUE).

¹⁹²⁹ V. par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, *Handte*, n° 89-14.179, *Bull.* 1993, I, n° 34. La juridiction judiciaire suprême française se fonde directement sur un arrêt préjudiciel rendu par la Cour de justice l'année précédente. V. encore Cass. Com., 21 fév. 1995, n° 93-15.387. Sur l'effet direct du droit de l'Union, et précisément sur la « *prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité* », la Cour de cassation se fonde sur deux arrêts en constatation de manquement rendu par la Cour de justice constatant l'incompatibilité avec le traité de la règle française.

¹⁹³⁰ Cass. Ass. plén., 5 avr. 2013, pourvoi n° 11-17.520, *Bull. ass. plén.* n° 2. La Cour de Cassation indique qu'« *il se déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que [...]* ».

¹⁹³¹ CE, Ass., 11 déc. 2006, *Société De Groot En Slot Allium B.V. et Société Bejo Zaden B.V.*, n° 234560, A.

¹⁹³² CE, 28 mai 2014, *Association Vent de colère ! Fédération nationale e.a.*, n° 324852, A.

formule suivante : « *le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne* »¹⁹³³.

Le Conseil Constitutionnel français participe également à ce mouvement d'intégration de la jurisprudence de la Cour de justice au travail juridictionnel français. Il a notamment eu l'occasion d'affirmer que les juridictions ordinaires peuvent « *suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France* ».

Reprenant les mots de la Cour de justice, le juge constitutionnel ajoute que les dispositions de la Constitution française « *ne font obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige* ». Le Conseil constitutionnel précise également qu'elles « *ne privent pas davantage les juridictions administratives et judiciaires, y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté ou [...] de l'obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle* »¹⁹³⁴. De même, si des clauses de réserve de la souveraineté ont été prononcées par les juridictions constitutionnelles, ces dernières « *ont fonctionné moins comme des freins à l'intégration européenne que comme des garde-fous salutaires* »¹⁹³⁵. L'affaire *Jérémy F.* en témoigne¹⁹³⁶.

Les juridictions nationales sont donc des interlocuteurs privilégiés de la Cour de justice et leurs relations paraissent apaisées et constructives. D'ailleurs, a pu être soulignée « *l'appropriation par le juge national des garanties européennes par des ralliements, parfois*

¹⁹³³ CE, 14 mai 2010, *M. R.*, n° 312305.

¹⁹³⁴ CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC.

¹⁹³⁵ J.-M. SAUVÉ, « Repenser le rôle du juge ordinaire. Les voies d'un pluralisme ordonné : de la circulation des droits à l'intégration des ordres juridiques », *op. cit.*, p. 719.

¹⁹³⁶ CC, 4 avr. 2013, n°2013-314P QPC.

*contraints, le plus souvent spontanés [...] ainsi que par des phénomènes d'imitation et de transposition »*¹⁹³⁷.

Les autres autorités nationales expriment également leur attachement au juge de l'Union européenne.

2. Le cas des autres autorités nationales

Une institution préservée. Il ne s'agit pas ici de détailler l'ensemble des cas dans lesquels des autorités exécutives ou législatives nationales émettent des critiques à l'égard de la Cour de justice de l'Union européenne. Il suffit de constater que de telles critiques existent, et qu'elles surviennent ponctuellement, en réaction à des décisions rendues par la Cour, tout en demeurant circonscrites au domaine concerné.

Globalement, les reproches adressés à la Cour de justice sont bien moins virulents que ceux qui visent la Cour européenne des droits de l'homme. Également, les nombreux reproches à l'encontre de « Bruxelles » ou de l'« Europe » visent généralement les autres institutions de l'Union, la Commission européenne étant celle qui subit le plus d'attaques en provenance de la sphère politique nationale.

L'exemple français. S'arrêter sur le cas français permet de se rendre compte du fait que dans un contexte fortement imprégné d'euroscepticisme, la Cour de justice reste dans une large mesure protégée de la tempête. Lorsque des reproches lui sont adressés par certains, d'autres s'empressent d'y répondre. Ce fût le cas par exemple lors de l'ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, ce sujet ayant soulevé nombre d'interrogations et d'incompréhensions au niveau national français. Lors des travaux menés par l'Assemblée nationale, le rapport présenté par le député Jean-François LAMOUR¹⁹³⁸ n'épargne pas la Cour de justice des critiques. Évoquant les « *contraintes nouvelles qui*

¹⁹³⁷ J.-M. SAUVÉ, « Repenser le rôle du juge ordinaire. Les voies d'un pluralisme ordonné : de la circulation des droits à l'intégration des ordres juridiques », *op. cit.*, p. 715.

¹⁹³⁸ Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (n° 1549), par M. J.-F. LAMOUR, 22 juil. 2009.

remettent en cause le modèle français », le rapport déplore la « *plus grande confusion générée par la jurisprudence* » du juge de l'Union en la matière¹⁹³⁹.

À ces accusations réagirent d'autres députés au cours des débats, dénonçant l'argument classique de l'Europe¹⁹⁴⁰ et plaçant les acteurs nationaux face à leurs responsabilités. Il s'avère en effet que la jurisprudence de l'Union n'a jamais imposé aux États de supprimer les monopoles dans ce domaine. Elle s'est contentée d'exiger des États de la « *cohérence* » dans la gestion de ce secteur¹⁹⁴¹.

Les critiques ou contestations à l'égard de la Cour de justice demeurent cependant limitées dans leur durée et leur intensité. Contrairement à son homologue de Strasbourg, le juge de Luxembourg n'est pas frontalement attaqué dans l'exercice de sa fonction de juge suprême européen. C'est même la tendance inverse qui semble plutôt dominer, à savoir que l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne est plébiscitée tant par les autorités nationales que par les citoyens.

Les citoyens. Les ressortissants des États membres, qu'ils soient praticiens du droit ou justiciables, sont également friands du recours au juge de l'Union, réclamant un accès plus ouvert à son prétoire. La volonté sans cesse renouvelée des praticiens du droit d'accéder au juge de l'Union a pu être constatée de l'intérieur par les juges eux-mêmes¹⁹⁴².

Concernant le commun des individus, il suffit d'observer le traitement réservé aux arrêts de la Cour de justice dans la sphère publique, dont certains sont particulièrement médiatisés et favorablement accueillis¹⁹⁴³. Ce fut le cas par exemple de l'arrêt *Dano*¹⁹⁴⁴, dont les médias ont

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 35.

¹⁹⁴⁰ V. les interventions de M. le député Gaëtan GORCE lors de l'audition du ministre suite à la remise du rapport.

¹⁹⁴¹ Selon le terme employé par le juge Jean-Claude BONICHOT, Entretien avec le juge Jean-Claude BONICHOT, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

¹⁹⁴² Entretien avec le juge Stéphane GERVASONI, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 6 nov. 2014.

¹⁹⁴³ Même si ce n'est pas toujours le cas. V. l'accueil très mitigé qui a été réservé aux arrêts du Tribunal concernant Apple : Trib.UE, 15 juil. 2020, *Irlande c. Commission*, aff. T-778/16 et Trib.UE, 15 juil. 2020, *Apple Sales International et Apple Operations Europe c. Commission*, aff. T-892/16.

¹⁹⁴⁴ CJUE, GC, 11 nov. 2014, *Elisabeta Dano et Florin Dano*, aff. C-333/13.

vanté les mérites avec enthousiasme¹⁹⁴⁵, souvent même aux dépens d'une compréhension correcte de l'affaire en cause¹⁹⁴⁶. Plus récemment, les deux arrêts rendus le 14 mars 2017 concernant le port du voile au travail¹⁹⁴⁷ confirment également le propos, tant du fait de l'ampleur que du caractère élogieux de la couverture médiatique dont ces décisions ont fait l'objet.

La perception de la juridiction de l'Union au niveau national reste donc favorable, tant par les acteurs juridictionnels que par la sphère publique et plus généralement les citoyens. Dès lors, la Cour de justice, si elle n'échappe pas aux critiques, reste une institution européenne privilégiée. Les acteurs nationaux, qu'ils relèvent des pouvoirs exécutif, législatif ou juridictionnel, ou encore qu'ils appartiennent à la sphère médiatique, l'observent d'un œil plutôt bienveillant. La récente décision de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020 pourrait cependant changer la donne.

B. Une contestation récemment ravivée

Plutôt épargnée jusqu'alors, l'institution judiciaire de l'Union européenne a récemment fait l'objet d'une violente attaque en provenance de la Cour constitutionnelle allemande. Ainsi, la décision du 5 mai 2020 fait basculer la résistance constitutionnelle traditionnelle, qui restait mesurée et contenue **(1)**, vers une véritable rébellion du juge constitutionnel contre l'autorité de la Cour de justice **(2)**.

¹⁹⁴⁵ Pour illustration, le quotidien *Le Monde* titrait le 11 nov. 2014 : « *La justice européenne se prononce contre le tourisme social* ».

¹⁹⁴⁶ V. les propos de D. SIMON, « L'arrêt Dano ou comment se créent les mythes », *Europe*, Repère, déc. 2014, n° 12. et F. GAZIN, « Droit aux prestations sociales », *Europe*, janv. 2015, n°1.

¹⁹⁴⁷ CJUE, GC, 14 mars 2017, *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre G4S Secure Solutions NV*, aff. C-157/15 et *Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme c. Micropole univers*, aff. C-188/15.

1. La résistance constitutionnelle traditionnelle

La diplomatie judiciaire. Le recours au renvoi préjudiciel signe clairement la volonté des juridictions constitutionnelles nationales de dialoguer avec le juge de l'Union¹⁹⁴⁸, tant dans un souci de respect de la répartition des compétences juridictionnelles de chacun que dans une démarche d'entraide.

Toutefois, les situations diffèrent selon les Etats membres. Ainsi, si le Tribunal constitutionnel portugais a très tôt reconnu la possibilité d'effectuer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice¹⁹⁴⁹, d'autres Cours constitutionnelles ont par la suite envisagé d'y recourir¹⁹⁵⁰, pour finalement franchir le pas. Le mouvement a été initié par la Cour d'arbitrage belge en 1997¹⁹⁵¹, suivie de la Cour constitutionnelle d'Autriche¹⁹⁵², de la Cour constitutionnelle de Lituanie¹⁹⁵³ et de la Cour constitutionnelle italienne¹⁹⁵⁴. Le Tribunal constitutionnel espagnol et le Conseil constitutionnel français ont également interrogé la Cour de justice de l'Union européenne par la voie préjudicielle, respectivement en 2011¹⁹⁵⁵ et 2013¹⁹⁵⁶. La Cour constitutionnelle allemande participe aussi à ce mouvement depuis 2014¹⁹⁵⁷.

¹⁹⁴⁸ Sur cette question, v. D. RITLENG, « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », in *Mélanges J. MOLINIER*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 585 et s.

¹⁹⁴⁹ V. Décision n° 163/90, 23 mai 1990, *Diario da Republica*, 1^{ère} série, 240, 18 oct. 1990.

¹⁹⁵⁰ V. par exemple la décision de la Cour constitutionnelle allemande : BVerfG, 2 mars 2010, BvR 256/08, BvR 263/08, BvR 568/08.

¹⁹⁵¹ Décision du 19 fév. 1997. Réponse de la Cour : CJCE, 16 juil. 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, aff. C-93/97, *Rec.* p. 4837. Pour un commentaire, v. G. RODRIGUES-IGLESIAS et J.-P. PUISSOCHET, « Rapport de la CJCE », *CCC*, n° 4/1998, p. 71.

¹⁹⁵² Ordonnance du 10 mars 1999. Réponse de la Cour : CJCE, 8 nov. 2001, *Adrien-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, aff. 143/09, *Rec.* p. 8365.

¹⁹⁵³ V. la réponse de la Cour : CJCE, 9 oct. 2008, *Sabatauskas e.a.*, aff. C-239/87, *Rec.* p. 7523.

¹⁹⁵⁴ Décision du 13 février 2008, n°103. Réponse de la Cour : CJCE, 17 nov. 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, aff. C-169/08, *Rec.* p. 10821.

¹⁹⁵⁵ Réponse de la Cour : CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio fiscal*, aff. C-399/11.

¹⁹⁵⁶ CC, Déc. n° 2013-314 QPC, 4 avr. 2013, *M. Jérémy F.* Réponse de la Cour : CJUE, 30 mai 2013, *Jérémy F. c. Premier ministre*, aff. C-168/13PPU. V. X. MAGNON, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC*, n° 96, 2013/4, pp. 917-940.

¹⁹⁵⁷ Décision du 14 janv. 2014, BVerfG, 2 BvR 2728/13. Pour un commentaire, V. S. PEYROU, « Cour constitutionnelle allemande et pouvoirs de la Banque centrale européenne : le premier renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union européenne (décision du 14 janvier 2014). [BVerfG, 2 BvR 2728/13, 14 janvier 2014] », *RFDC*, avril 2015, n° 101, pp. 145-163.

Une niche de résistance. Il reste cependant un terrain sur lequel la jurisprudence de la Cour de justice n'est pas toujours bien reçue par le juge national. La primauté du droit de l'Union européenne sur les dispositions constitutionnelles nationales n'est, en effet, pas admise de manière absolue par les juridictions nationales¹⁹⁵⁸, qu'elles soient ordinaires ou constitutionnelles¹⁹⁵⁹. Ainsi, il apparaît clairement que « *la primauté des traités dans l'ordre interne s'arrête là où commence celle de la Constitution qui la précède et la fonde* »¹⁹⁶⁰.

Cette réticence des juridictions des États membres à reconnaître la primauté du droit de l'Union dans leur ordre juridique national¹⁹⁶¹ non seulement s'explique par leur fonction particulière¹⁹⁶², mais est néanmoins tempérée par leurs positions souvent nuancées sur ces questions. Elles veillent clairement à concilier les visions portées par les différents ordres juridiques¹⁹⁶³ et à contourner les situations conflictuelles, au prix parfois de circonvolutions périlleuses ainsi qu'en témoigne l'affaire *Melloni*¹⁹⁶⁴. Toutefois, c'est bien sur ce terrain que

¹⁹⁵⁸ Sur cette question et pour une analyse de jurisprudence, v. H. DUMONT, « La traduction, ciment du "Pacte constitutionnel européen". Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1, 2010, pp. 15-54. V. également A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel, régulateur des rapports de systèmes », in B. MATHIEU (dir.), Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Paris, Dalloz, 2008, pp. 729-752.

¹⁹⁵⁹ Pour quelques illustrations, v. la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État français : Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisie*, n° 99-60.274, *Bull. ass. plén.* 2000, n° 4 et CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher e.a.*, *Rec.* p. 369. V. également l'arrêt du Conseil d'État grec, 25 sept. 1998, *Katsarou*, 3458/1998, *Rec.* 1998, p. 300 ; ou encore la décision de la Cour d'arbitrage belge, 3 fév. 1994, *École européenne c. Hermans Jacobs*, n°12/94, *Rec.* 1994, p. 155. V. enfin la décision de la Cour constitutionnelle allemande relative au traité de Lisbonne : BVerfG, 30 juin 2009, 2 BvE 2/08 ; 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 189/99.

¹⁹⁶⁰ J.-M. SAUVÉ, « Repenser le rôle du juge ordinaire. Les voies d'un pluralisme ordonné : de la circulation des droits à l'intégration des ordres juridiques », *op. cit.*, p. 715.

¹⁹⁶¹ V. À ce sujet, v. les réflexions générales de D. RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *RUE*, 2015, p. 630.

¹⁹⁶² V. sur ce point les développements du Professeur Olivier DUBOS, qui évoque la situation de « *dédoublement fonctionnel* » dans laquelle a subitement été placé le juge national. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.*, spéc. p. 121.

¹⁹⁶³ Pour l'exemple français, v. notamment D. SIMON, « La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, 2007, repère n° 3. V. également les observations de J. DUPONT-LASSALLE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, pp. 66 et s. Pour l'exemple allemand, v. notamment C. LANGENFELD, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *CCC*, Titre VII, n°2, avr. 2019.

¹⁹⁶⁴ V. l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour de justice CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio fiscal*, aff. C-399/11 ainsi que la réception qui en est faite par le Tribunal constitutionnel espagnol, 13 fév. 2014, STC 26/2014, *Boletín oficial del estado* n° 60, 11 mars 2014, p. 85. Nous nous permettons de renvoyer à nos observations : A. DA FONSECA, « Le Tribunal constitutionnel espagnol et la Cour de justice : un dialogue d'apparat autour de l'affaire Melloni ? », *www.gdr-elsj.eu*, 30 mars 2014. V. également A. PEYRÓ LLOPIS, « La résistance du Tribunal constitutionnel espagnol face à l'arrêt Melloni de la CJUE. », *RTD eur.*, 2015, n° 1, pp. 230-231. V. aussi E. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *Cah. dr. eur.*,

surviennent principalement les crises qui perturbent ponctuellement les échanges entre les juges nationaux, principalement les juges constitutionnels - et la Cour de justice¹⁹⁶⁵. Un exemple récent en témoigne.

Dans l'affaire *M.A.S*¹⁹⁶⁶, la Cour constitutionnelle italienne a instauré un « *rapport de force* » avec la Cour de justice, conduisant cette dernière à opérer une regrettable « *retraite* »¹⁹⁶⁷ quant aux conséquences du principe de primauté à l'égard des dispositions constitutionnelles nationales. À cet égard, il convient de préciser que dans une précédente affaire *Taricco*¹⁹⁶⁸, la Cour de justice avait énoncé l'obligation pour les juridictions italiennes d'écarter les dispositions du code pénal italien contraires à l'article 325, paragraphes 1 et 2 du TFUE, en vertu du principe de primauté.

Or, dans la décision de renvoi ayant donné lieu à l'arrêt *M.A.S*, le juge suprême italien posait la question de savoir si l'obligation imposée par l'arrêt *Taricco* devait être respectée même si elle contrevenait aux dispositions constitutionnelles italiennes. Les manœuvres opérées par la Cour constitutionnelle italienne se plaçaient, à cet égard, « *résolument dans la logique d'un dialogue sous contrainte* », cette dernière n'hésitant pas à « *exerce[r] une pression parfaitement assumée visant à [...] neutraliser les effets d'une jurisprudence perçue comme excessivement intrusive* »¹⁹⁶⁹.

Contre toute attente, la Cour n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Yves Bot¹⁹⁷⁰. Face au « *risque de crispation* »¹⁹⁷¹, elle choisit de s'écarter des conclusions tirées dans son arrêt *Taricco* deux ans plus tôt pour revoir à la baisse les exigences découlant de l'application du principe de primauté. Probablement dicté par la volonté d'éviter

2013, p. 293 ; K. LENAERTS, « Human rights protection through judicial dialogue between national constitutional courts and the European Court of Justice », in *Liber amicorum Marc BOSSUYT*, Intersentia, 2013, p. 367.

¹⁹⁶⁵ Pour un rappel des développements récents concernant la Cour constitutionnelle allemande et la Cour suprême danoise, v. N. PERLO, « L'affaire *Taricco* : la voie italienne pour préserver la collaboration des juges dans l'Union européenne », *RTD eur.*, 2017, p. 739.

¹⁹⁶⁶ CJUE, GC, 5 déc. 2017, *M.A.S et M.B.*, aff. C-42/17.

¹⁹⁶⁷ Selon le terme employé par R. MEHDI, « *Taricco*, *M.A.S* ou l'art délicat de la retraite en bon ordre », *www.gdr-elsj.eu*, 6 fév. 2018.

¹⁹⁶⁸ CJUE, GC, 8 sept. 2015, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14.

¹⁹⁶⁹ R. MEHDI, « *Taricco*, *M.A.S* ou l'art délicat de la retraite en bon ordre », *op. cit.*

¹⁹⁷⁰ V. les conclusions de l'avocat général Yves BOT, présentées le 18 juil. 2017 dans cette affaire.

¹⁹⁷¹ R. MEHDI, « *Taricco*, *M.A.S* ou l'art délicat de la retraite en bon ordre », *op. cit.*

l'affrontement sur le terrain de l'identité constitutionnelle des États membre, ce pas en arrière peut néanmoins être regretté¹⁹⁷².

Cette affaire donne une illustration manifeste de ce que les juges constitutionnels nationaux ne sont pas prêts « à admettre que le principe de primauté conduise à une subordination des normes constitutionnelles au droit de l'Union »¹⁹⁷³ et que, pour sa part, la Cour n'est pas prête à défendre fermement sa conception de la primauté, pourtant indispensable à la préservation de l'effectivité et de l'uniformité d'application du droit de l'Union.

Les affrontements entre juges nationaux et juge de l'Union sont toutefois circonscrit à des sphères particulières. Un équilibre, certes fragile, semblait ainsi trouvé grâce à la « diplomatie judiciaire »¹⁹⁷⁴, et la logique réticulaire l'avoir emporté, les relations entretenues entre le juge national et le juge européen faisant « primer des solutions pragmatiques d'ajustement, d'harmonisation et de coordination »¹⁹⁷⁵.

L'actualité esquisse pourtant un tout autre schéma dans les relations entre les juridictions nationales et la Cour de justice, préoccupant tant ses conséquences sur l'intégration européenne peuvent être redoutées.

2. La rébellion constitutionnelle nouvelle

Le contexte des relations entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour de justice de l'Union européenne. Les relations entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour de justice de l'Union européenne ont toujours souffert du conflit relatif au principe de primauté. Ce principe fondateur de l'ordre juridique de l'Union européenne¹⁹⁷⁶ n'a jamais été

¹⁹⁷² V. les critiques émises par le Professeur Rostane MEHDI, *op. cit.*

¹⁹⁷³ *Ibid.*

¹⁹⁷⁴ H. LABAYLE, « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la saga Taricco devant la Cour de justice », *op. cit.*

¹⁹⁷⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Repenser la coexistence des ordres, repenser leurs relations », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 151-167, spéc. p. 155.

¹⁹⁷⁶ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3 ; CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, *Rec.*, p. 629 ; CJCE, 13 juil. 1972, *Commission c. Italie*, aff. C-48/71, *Rec.*, p. 529.

accepté en tant que principe inconditionnel et absolu par le juge constitutionnel allemand – qui n’est d’ailleurs pas le seul dans ce cas –¹⁹⁷⁷.

Les tensions entre la Cour de Karlsruhe et la Cour de justice sont anciennes, puisqu’elles datent des origines de la construction européenne, comme en témoignent les célèbres jurisprudences *Solange*¹⁹⁷⁸. Les décisions rendues à propos des traités de *Maastricht*¹⁹⁷⁹ et de *Lisbonne*¹⁹⁸⁰ illustrent parfaitement cette « *longue tradition de confrontation constitutionnelle avec la Cour de justice* »¹⁹⁸¹, restée jusque-là mesurée, le dialogue juridictionnel et les efforts d’adaptation mutuelle ayant suffi à réguler les différends¹⁹⁸². Il était acquis que le juge constitutionnel allemand appliquait le principe de la primauté du droit de l’Union européenne sur le droit allemand tant que le premier respecterait les droits fondamentaux et les principes essentiels garantis par la Loi fondamentale allemande, et plus largement l’identité constitutionnelle de l’Allemagne.

Dernièrement, les décisions de la Banque Centrale européenne (BCE) relatives au programme OMT¹⁹⁸³ ont déjà conduit la Cour constitutionnelle allemande à interroger la Cour de justice de l’Union européenne quant au respect de ses compétences par la BCE. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité a donné lieu à l’arrêt *Gauweiler*¹⁹⁸⁴, dans lequel la Cour de justice a conclu à la légalité du programme OMT. À cette occasion, les juges de Karlsruhe

¹⁹⁷⁷ Et plus largement par les juges constitutionnels des États membres. V. supra, I. *La résistance constitutionnelle traditionnelle*. Pour exemple, la Cour constitutionnelle italienne a depuis 1973 émis sa première réserve constitutionnelle tenant aux principes fondamentaux de l’ordre constitutionnel italien ainsi qu’aux droits inaliénables de l’homme.

¹⁹⁷⁸ BVerfG, 29 mai 1974, 2BvL 52/71 et BVerfG, 1986.

¹⁹⁷⁹ BVerfG, 12 oct. 1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92.

¹⁹⁸⁰ BVerfG, 30 juin 2019, 2BvE 2/08.

¹⁹⁸¹ F. MARTUCCI, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande : comprendre l’arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande : comprendre l’arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande », www.leclubdesjuristes.com, 11 mai 2020.

¹⁹⁸² Pour un exposé des relations entre Cour constitutionnelle allemande et Cour de justice de l’Union européenne, v. C. LANGENFELD, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l’Union européenne », CCC, Titre VII, n°2, avr. 2019.

¹⁹⁸³ *Outright Monetary Transactions*.

¹⁹⁸⁴ CJUE, GC, 16 juin 2015, *Gauweiler*, aff. C-62/14.

se sont conformés à l'arrêt du juge de l'Union¹⁹⁸⁵, évitant ainsi « *une confrontation directe avec la Cour de justice de l'Union européenne* »¹⁹⁸⁶.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020. Dans ce contexte à l'équilibre fragile, voire « *improbable* »¹⁹⁸⁷, la décision du 5 mai 2020 marque une rupture spectaculaire. En l'espèce, plusieurs requérants ont saisi le juge constitutionnel allemand à propos des mesures de la BCE relatives au *Public Sector Purchase Programme*¹⁹⁸⁸. La Cour de Karlsruhe a alors sollicité le juge de l'Union par la voie préjudicielle aux fins d'apprécier la légalité des décisions de la BCE concernées. La Cour a répondu par un arrêt du 11 décembre 2018¹⁹⁸⁹, dans lequel elle validait lesdites décisions en considérant que la BCE n'avait pas commis d'erreur manifeste par son appréciation des dispositions délimitant son champ d'action. La réception de cet arrêt préjudiciel par la Cour constitutionnel a donné lieu à la décision rendue en mai dernier.

Mettant à exécution la menace qui couvait depuis l'affaire *Gauweiler*¹⁹⁹⁰, la Cour de Karlsruhe s'est arrogée la compétence d'apprécier la légalité d'un acte de l'Union européenne, et a jugé que, dans l'arrêt préjudiciel *Weiss*, la Cour de justice avait statué *ultra vires*¹⁹⁹¹.

Le juge constitutionnel allemand, tout en reconnaissant que la Cour de justice, en vertu de l'article 19 du TFUE, est juge de sa propre compétence, reproche cependant à cette dernière son appréciation du principe de proportionnalité, lequel constitue, selon lui, un élément essentiel du contrôle du respect de la répartition des compétences. L'erreur est flagrante et la lecture de l'article 5, paragraphe 1, du TUE permet de vérifier que le principe

¹⁹⁸⁵ BVerfG, 21 juin 2016, 2BvR 2328/13.

¹⁹⁸⁶ C. LANGENFELD, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *op.cit.*

¹⁹⁸⁷ Selon les mots du Professeur Henri LABAYLE, in H. LABAYLE, « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la sage Taricco devant la Cour de justice », *op. cit.*, p. 521.

¹⁹⁸⁸ Ce programme permet l'achat d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires.

¹⁹⁸⁹ CJUE, GC, 11 déc. 2018, *Weiss e.a.*, aff. C-493/17.

¹⁹⁹⁰ CJUE, GC, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, aff. C-62/14. La Cour constitutionnelle allemande y menace la Cour de justice de se soustraire à l'autorité de l'arrêt rendu s'il ne respecte pas le raisonnement des juges allemands.

¹⁹⁹¹ BVerfG, 5 mai 2020, 2 BvR 859/15, § 163.

de proportionnalité est un principe de régulation de l'exercice des compétences et non pas de leur répartition :

« Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice des compétences ».

La position de la Cour de Karlsruhe est déconcertante¹⁹⁹², d'autant que les conséquences qui en découlent sont particulièrement graves. Elle déclare en effet que l'arrêt de la Cour de justice « *n'a pas de force contraignante en Allemagne* ». D'aucuns considèrent ce comportement « *inacceptable* »¹⁹⁹³ dès lors que les compétences d'attribution du juge de l'Union sont inscrites dans les traités et sont librement acceptées par les États.

En ne se conformant pas à l'arrêt préjudiciel *Weiss*, la Cour constitutionnelle allemande a violé les dispositions de l'article 267 du TFUE, qui impliquent que les constatations de l'arrêt rendu sur demande préjudicielle lient le juge de renvoi et plus largement toute juridiction nationale. En déclarant que les décisions de la banque centrale européenne contestées, jugées contraires à la Constitution allemande, sont dès lors inapplicables en Allemagne, le juge de Karlsruhe enfreint le principe de primauté et se soustrait aux obligations librement consenties et contenues dans les traités. Cette controverse, dont les conséquences pourraient être particulièrement désastreuses pour les fondations mêmes de la construction juridique européenne, aurait pu être évitée, comme d'autres Cours constitutionnelles l'ont prouvé¹⁹⁹⁴.

Au fond contestable de la décision du 5 mai 2020, s'ajoute une forme non moins critiquable. « *Explicitement méprisante à l'endroit de la CJUE* »¹⁹⁹⁵, la décision de la Cour

¹⁹⁹² Et mériterait un « *zéro pointé* » selon le professeur Jacques ZILLER. J. ZILLER, « L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. À propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne », *Blogdroiteuropeen*, Working paper 4/2020, mai 2020, www.blogdroiteuropeen.com.

¹⁹⁹³ D. KELEMEN et a., « National Courts Cannot Override CJEU Judgments », <https://verfassungsblog.de>, 26 mai 2020.

¹⁹⁹⁴ V. Tribunal constitutionnel polonais, 27 avril 2005, P 1/05 (relatif au mandat d'arrêt européen). D'autres issues sont effectives possibles dans cette situation. En l'espèce le juge constitutionnel polonais avait proposé plusieurs alternatives au titre desquelles la modification de la Constitution, la tentative de modification de la norme européenne, le retrait de l'État de l'Union européenne.

¹⁹⁹⁵ A. DIRAKIS, « Décision de la Cour de Karlsruhe : "L'Union européenne est devenue un tremplin de la puissance allemande" », *Propos recueillis par C. DELAUME, Marianne*, 25 mai 2020, www.marianne.net.

constitutionnelle allemande use de « *formulations souvent lourdes et péremptoires* »¹⁹⁹⁶ pour verser dans la provocation. « *Incompréhensible* », « *objectivement arbitraire* », « *méthodologiquement non justifiable* », sont autant de commentaires employés à Karlsruhe pour qualifier l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour de justice. Décrite comme une « *véritable déclaration de guerre* »¹⁹⁹⁷, elle interpelle par la virulence dont elle est le support.

Un retour de la « guerre des juges »¹⁹⁹⁸ ? Alors que dans l'affaire *M.A.S*¹⁹⁹⁹, la Cour de justice a choisi de battre en retraite face à l'affront fait par la Cour constitutionnelle italienne, elle prend une toute autre trajectoire dans l'affaire *Weiss*²⁰⁰⁰. Pour la première fois, elle a en effet réagi publiquement à un arrêt rendu par une juridiction nationale par l'intermédiaire d'un communiqué de presse²⁰⁰¹. Le juge de l'Union n'y laisse planer aucun doute, en réaffirmant le principe de primauté du droit de l'Union européenne ainsi que sa compétence d'attribution concernant l'appréciation de la légalité des actes de droit dérivé.

Rappelant la Cour constitutionnelle allemande à ses obligations, il souligne que « *les juridictions nationales sont obligées de garantir le plein effet du droit de l'Union* »²⁰⁰². Prenant appui sur l'arrêt *Fazenda Publica*²⁰⁰³, il martèle ensuite qu'« *un arrêt rendu à titre préjudiciel par cette Cour lie le juge national pour la solution du litige au principal* »²⁰⁰⁴, sans quoi l'application uniforme du droit de l'Union serait compromise. Le fondement juridique de l'ordre juridique de l'Union serait en effet menacé d'effondrement si ce comportement était toléré, puis repris par d'autres juridictions nationales.

¹⁹⁹⁶ J. ZILLER, « L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. À propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne », *op.cit.*

¹⁹⁹⁷ J. BERNARD, « Guerre des juges au sommet de l'Union européenne : l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande de Karlsruhe », Delcade, www.delcade.fr, 12 mai 2020.

¹⁹⁹⁸ L'expression est ici empruntée à F. MARTUCCI, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande : souligner les paradoxes de l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande », www.leclubdesjuristes.com, 11 mai 2020.

¹⁹⁹⁹ CJUE, GC, 5 déc. 2017, *M.A.S et M.B.*, aff. C-42/17.

²⁰⁰⁰ CJUE, GC, 11 déc. 2018, *Weiss e.a.*, aff. C-493/17.

²⁰⁰¹ CJUE, Communiqué de presse à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020, 8 mai 2020, n° 58/20.

²⁰⁰² Le communiqué renvoie sur ce point à la jurisprudence *Adeneler*. CJCE, 4 juil. 2006, *Adeneler e.a.*, aff. C-212/04, point 122.

²⁰⁰³ CJCE, 14 déc. 2000, *Fazenda Publica*, aff. C-446/98, pt. 49.

²⁰⁰⁴ CJUE, Communiqué de presse à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020, 8 mai 2020, n° 58/20.

Dans un communiqué du 10 mai 2020, la Commission européenne, en la personne de sa présidente, rappelle elle-aussi le principe de primauté du droit de l'Union sur le droit national et l'effet contraignant des arrêts rendus à Luxembourg²⁰⁰⁵. Elle n'exclut pas la possibilité d'introduire un recours en constatation de manquement²⁰⁰⁶ devant la Cour de justice pour sanctionner le comportement illégal de la Cour constitutionnelle allemande. La Chancelière Angela MERKEL n'a pas non plus tardé à réagir au séisme provoqué par la décision du 5 mai 2020. Elle a clairement pris position, en réaffirmant son attachement aux institutions européennes et son engagement en faveur d'une intégration économique et politique de la zone euro renforcée.

Qualifiée de « *grave menace pour [l']ordre juridique [de l'Union européenne]* »²⁰⁰⁷, cette décision met en exergue les limites du dialogue judiciaire, dont les vertus ne sont pas infinies, et infirme de ce fait le courant de la doctrine du pluralisme constitutionnel qui voudrait que les aspirations contradictoires des juridictions des différents niveaux s'ordonnent naturellement par le jeu des bonnes volontés réciproques²⁰⁰⁸. Tandis que les plus optimistes s'accorderont avec le Professeur MARTUCCI pour dire que « *les relations juridiques mutuellement interdépendantes lient, réciproquement, la Cour de justice et les cours constitutionnelles nationales dans une dynamique d'intégration qui se nourrit de telles frictions* »²⁰⁰⁹, les plus inquiets craignent cependant la menace qui plane dorénavant « *sur le droit de l'Union et sur l'Union elle-même* »²⁰¹⁰.

Les regards préoccupés se tournent alors vers l'Est, où l'accueil très enthousiaste de la décision allemande n'étonne pas autant qu'il inquiète²⁰¹¹. Comme le pressentait déjà Jean-

²⁰⁰⁵ Commission européenne, *Déclaration de la Présidente von Der Leyen*, Statement/20/846, 10 mai 2020.

²⁰⁰⁶ Art. 258 TFUE.

²⁰⁰⁷ D. KELEMEN et a., « National Courts Cannot Override CJEU Judgments », *op.cit.* Phrase originale : « *The European Union is a community based on the rule of law. The EU legal order is the backbone that holds the EU together, and the German Federal Constitutional Court's ruling in Weiss poses a profound threat to that legal order* ».

²⁰⁰⁸ Sur cette question, v. D. KELEMEN et a., « National Courts Cannot Override CJEU Judgments », *op. cit.*

²⁰⁰⁹ F. MARTUCCI, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande : souligner les paradoxes de l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande », *op. cit.*

²⁰¹⁰ J. ZILLER, « L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. À propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne », *op.cit.*

²⁰¹¹ Il suffit de penser principalement à la Pologne et à la Hongrie. V. le commentaire du gouvernement polonais, *Polen lobt Karlsruher Urteil zu Europäischer Zentralbank*, FAZ, 10 mai 2020.

Marc SAUVÉ en 2015, « *la défense d'un ordre juridique européen autonome est ainsi susceptible de générer des frictions nouvelles dans les États membres [...]. Il faut résolument s'inscrire dans une démarche de souveraineté partagée, qui préserve à la fois la diversité juridique et le cœur des identités constitutionnelles nationales ainsi que les chances d'une coopération harmonieuse entre ordres juridiques* »²⁰¹².

En tout état de cause, il ressort toutefois des développements qui précèdent que les situations des juges de Strasbourg et de Luxembourg n'ont rien de comparable. La Cour européenne des droits de l'homme est, depuis plusieurs années, sous le feu des critiques. Ce vent de contestation, incarné par la relation particulièrement tendue entre le Royaume-Uni et la Cour, est partagé par nombre d'autres États parties à la Convention, les reproches mettant en cause la jurisprudence de la Cour, jugée parfois invasive.

La Cour de justice de l'Union européenne était, jusqu'il y a peu, préservée d'une telle remise en cause. Le contraste avec les attaques féroces²⁰¹³ dont la Cour européenne des droits de l'homme fait l'objet n'en était que d'autant plus saisissant. Cependant, les relations juridictionnelles au sein de l'Union connaissent aujourd'hui un nouveau tournant dans leur histoire. Les critiques à l'encontre du juge de l'Union, longtemps restées minoritaires et mesurées, prennent une toute autre dimension, une rébellion des juridictions constitutionnelles étant désormais à craindre à la suite de l'arrêt marquant rendu par la Cour constitutionnelle allemande le 5 mai 2020.

²⁰¹² J.-M. SAUVÉ, « Repenser le rôle du juge ordinaire. Les voies d'un pluralisme ordonné : de la circulation des droits à l'intégration des ordres juridiques », *op. cit.*, p. 724.

²⁰¹³ V. F. TULKENS, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 398.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Il ressort des développements qui précèdent qu'il est indispensable de limiter le nombre de recours recevables à Strasbourg et Luxembourg pour répondre à diverses préoccupations.

La première d'entre elles tient à la surcharge de travail des juridictions européennes. Conscientes et préoccupées par leurs situations, les juridictions européennes se sont donc montrées proactives pour y remédier.

Les mesures internes qui ont été adoptées visent ainsi à permettre une meilleure gestion du contentieux au sein de ces juridictions. En ce qui concerne, plus spécifiquement, la Cour européenne des droits de l'homme, s'y ajoutent des mesures importantes, telle la procédure d'arrêt pilote. Celle-ci est initiée par le juge européen lui-même et elle est fondée sur un exercice vivant de la subsidiarité juridictionnelle en encourageant les juridictions nationales à remédier elles-mêmes aux défaillances de leur ordre juridique.

La seconde de ces préoccupations tient aux critiques adressées aux juridictions européennes. Les situations sont longtemps demeurées nettement divergentes. Alors que le juge de la Convention est régulièrement et vivement attaqué par les autorités nationales depuis plusieurs années, forçant la Cour à adapter son comportement, le juge de l'Union semblait plutôt épargné par les acteurs nationaux.

La situation a pourtant connu un tournant majeur en 2020 avec le conflit né de l'affaire *Weiss*. Après avoir esquivé habilement l'attaque italienne dans l'affaire *M.A.S.*, la Cour de justice n'a cependant pas pu éviter l'épreuve de force imposée frontalement par la Cour constitutionnelle allemande. À cet égard, une utilisation subtile de la subsidiarité juridictionnelle pourrait s'imposer comme un moyen de désamorcer cette situation préoccupante, car potentiellement dévastatrice pour l'ensemble de l'édifice juridique européen.

CHAPITRE 2. LA RÉÉVALUATION SOUHAITÉE DE L'ACCÈS AUX COURS EUROPÉENNES

S'intéresser aux moyens mis en œuvre pour limiter l'intervention des Cours européennes implique de laisser hors du champ de l'étude les mesures visant à accroître l'efficacité du traitement des requêtes au sein des juridictions²⁰¹⁴. En effet, il ne s'agit plus de passer au peigne fin l'ensemble des « *mesures de lutte contre l'engorgement* »²⁰¹⁵ de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union, travail mené en amont, mais de mettre en exergue celles d'entre elles qui ont un effet sur l'accès à ces deux juridictions par les justiciables.

Il est ainsi intéressant de constater un double mouvement fondé sur une application raisonnée de la subsidiarité juridictionnelle, laquelle est destinée à réguler le contentieux européen afin d'en rediriger une partie vers le niveau national. Cette redistribution, souhaitée et appuyée par le juge européen, se compose de deux volets complémentaires.

Alors qu'un premier mouvement de recul de la subsidiarité juridictionnelle ascendante réduit sensiblement les possibilités pour les justiciables d'être directement entendus par les juridictions européennes, un second mouvement, de renforcement de la subsidiarité juridictionnelle descendante, valorise les accès indirects à ces mêmes juridictions autant qu'il en trace les contours.

Les solutions techniques dégagées pour contenir la crise juridictionnelle résident dans un exercice adapté de la subsidiarité juridictionnelle, dont le point d'équilibre entre la complémentarité des deux versants est amené à changer, sous l'impulsion bienveillante du

²⁰¹⁴ C'est le cas par exemple de la compétence du juge unique de déclarer l'irrecevabilité d'une requête, v. Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, art. 7 modifiant l'art. 27 de la Convention.

²⁰¹⁵ G. CORSTENS, intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 11-16, spéc. p. 12.

juge européen. Il en va en effet de la survie de l'intégration européenne au regard du contexte de crise dans lequel elle est plongée.

La restriction de l'accès direct des particuliers au juge européen (**Section 1**) s'opère en effet au profit d'une attention plus particulière portée à l'accès indirect aux juridictions de Strasbourg et Luxembourg, *via* l'intervention du juge national (**Section 2**).

Section 1. La réduction de l'accès direct au juge européen

Section 2. La valorisation de l'accès indirect au juge européen

SECTION 1. LA RÉDUCTION DE L'ACCÈS DIRECT AU JUGE

EUROPÉEN

Les situations du juge de la Convention et de l'Union doivent être, une fois encore, distinguées. Le mouvement de restriction de l'accès à la Cour européenne des droits de l'homme est en effet relativement récent (§ 1), alors que l'accès restreint des particuliers à la Cour de justice est l'un des marqueurs de l'architecture contentieuse de l'Union européenne depuis les origines de la construction communautaire (§ 2).

§ 1. La restriction de l'accès direct à la Cour européenne des droits de l'homme

La tendance portée par le mouvement de réforme aboutit à un resserrement des voies d'accès au prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit en effet de réduire le nombre de requêtes traitées par la Cour, en restreignant leurs conditions de recevabilité. La Cour veille cependant à ce que ce durcissement de l'exercice du droit de recours individuel (B) ne remette pas en cause le caractère fondamental de ce dernier au sein du système conventionnel de protection des droits de l'homme (A).

A. La préservation du droit de recours individuel

Le droit de recours individuel fonde toute « *l'originalité et la force* »²⁰¹⁶ du système européen de garantie des droits et libertés fondamentaux. Il permet en effet aux individus de saisir directement la Cour européenne des droits de l'homme dans les cas où ses derniers estiment que leurs droits n'ont pas été respectés.

²⁰¹⁶ I. CABRAL BARRETO, « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, 2002, n° 15, pp. 1-23, spéc. p. 3.

Dans un contexte marqué par l'encombrement de la juridiction de la Convention, le droit de recours individuel pourrait se voir menacé²⁰¹⁷. Ce dernier constituant cependant l'un des piliers du système conventionnel (1), il est indispensable de veiller à sa sauvegarde (2).

1. Un pilier du système conventionnel

La consécration textuelle. Évoquée dès 1948 lors du Congrès européen, la possibilité pour les individus de saisir directement la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas convaincu à l'époque. D'abord rendu facultatif car soumis à une déclaration formelle d'acceptation par les États parties, il a fallu attendre l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 le 1^{er} novembre 1998 pour voir pleinement consacré le droit de recours individuel²⁰¹⁸. L'article 34 de la Convention prévoit depuis lors que :

« La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

La consécration prétorienne. Déjà en 1978, alors qu'elle s'exprimait à l'égard de l'article 25 de la Convention, qui régissait l'accès des particuliers à la Commission, la Cour qualifiait cette disposition de « *clef de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention* »²⁰¹⁹.

Elle a depuis manifesté à plusieurs reprises son attachement au droit de recours individuel en insistant par exemple sur le fait qu'il « *constitue l'un des piliers essentiels de*

²⁰¹⁷ *Ibid.*, spéc. pp. 15 et s.

²⁰¹⁸ Sur l'histoire du droit de recours individuel auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, v. I. CABRAL BARRETO, « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, et J.-F. FLAUS, « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme — Le Protocole n° 9 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Annuaire Français de Droit International*, 1990, n° 36, pp. 507-519.

²⁰¹⁹ CourEDH, GC, 6 sept. 1978, *Klass et a. c. Allemagne*, req. n° 5029/71, § 34 ; CourEDH, GC, 4 fév. 2005, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, § 122

l'efficacité du système de la Convention »²⁰²⁰. Il est donc logique que la Cour n'hésite pas à en sanctionner les entraves²⁰²¹.

En accord avec l'appréciation de la Cour, la doctrine a souligné que le droit de recours individuel est « *au cœur de [l'] existence [...] du système européen de protection des droits de l'homme* »²⁰²², qu'il est « *la pierre angulaire* »²⁰²³ du mécanisme de la Convention et qu'il est l'une des « *caractéristiques fondamentales du système européen de protection des droits de l'homme* »²⁰²⁴. D'aucuns évoquent d'ailleurs un principe du droit au recours individuel « *fondamental* » au même titre que le principe de subsidiarité²⁰²⁵. La nécessité de le préserver est dès lors unanimement partagée.

2. Une préservation indispensable

L'une des causes de l'engorgement. Bien que l'encombrement du prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme soit le résultat d'une conjonction de plusieurs facteurs²⁰²⁶, les difficultés rencontrées à Strasbourg s'expliquent aussi par la généralisation du droit de recours individuel en 1998. Véritable « *pierre angulaire du système de protection des droits et libertés énoncés dans la Convention* »²⁰²⁷, le droit de recours individuel explique autant le succès de la Cour européenne des droits de l'homme que les difficultés matérielles qu'elle rencontre.

²⁰²⁰ CourEDH, 1^{er} fév. 2018, *M.A c. France*, req. n° 9373/15, § 41.

²⁰²¹ Parmi de nombreux exemples, v. CourEDH, GC, 8 juil. 1999, *Tanrikulu c. Turquie*, req. n° 23763/94, § 131-133, et CourEDH, GC, 8 juil. 2004, *Ilascu et a. c. Moldava et Russie*, req. n° 48787/99, § 475 et s.

²⁰²² J.-M. SAUVÉ, intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 39-46, spéc. p. 45.

²⁰²³ J.-P. COSTA, intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *op. cit.*, pp. 32-38, spéc. p. 36.

²⁰²⁴ T. HAMMARBERG, Intervention lors du séminaire « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2012, pp. 31-38.

²⁰²⁵ C'est notamment le cas in J.-M. SAUVÉ, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *op. cit.*, p. 44.

²⁰²⁶ V. *supra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 2.

²⁰²⁷ *Déclaration de Bruxelles*, Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, Une responsabilité partagée, 27 mars 2015, Préambule, § 1.

Il serait alors tentant de modifier la Convention et le système qui en découle sur ce point. Pourtant, le caractère fondamental du droit de recours individuel impose de rechercher une solution de compromis basée sur un équilibre entre les divers impératifs en présence.

Un équilibre nécessaire. Jean-Paul COSTA, alors président de la Cour européenne des droits de l'homme, pointait du doigt en 2010 l'équilibre nécessaire à trouver, consistant à « réaffirmer le droit de recours individuel tout en essayant de réguler l'augmentation du nombre de requêtes nouvelles »²⁰²⁸. Le point d'équilibre recherché est celui de la conciliation entre la préservation du droit de recours individuel, d'une part, et l'instauration d'un mécanisme de filtrage efficace permettant de désengorger le prétoire de la Cour, d'autre part²⁰²⁹.

Ce délicat ajustement est au cœur des débats menés lors de l'affaire *Burmych c. Ukraine*²⁰³⁰. En 2009, la Cour a rendu un arrêt pilote dans l'affaire *Ivanov*²⁰³¹, constatant l'existence d'un problème structurel dans le système judiciaire ukrainien et préconisant les mesures à adopter pour mettre fin aux violations de la Convention.

L'Ukraine n'ayant pas exécuté l'arrêt pilote, plus de 12 000 requêtes similaires sont, de fait, demeurées pendantes devant la Cour. Dans l'arrêt *Burmych c. Ukraine*, le juge de la Convention a donc constaté que les questions soulevées étaient identiques à celles ayant donné lieu à l'arrêt pilote et pris note de l'inexécution de ce dernier par l'État en cause. La Cour européenne a alors décidé de rayer du rôle l'ensemble des requêtes en renvoyant la responsabilité au Comité des Ministres, chargé de l'exécution des arrêts de la Cour.

« Rendu au nom du principe de subsidiarité »²⁰³² et justifié par la nécessité d'alléger la charge de travail du juge européen²⁰³³, cet arrêt a effectivement permis la diminution sensible

²⁰²⁸ J.-P. COSTA, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *op. cit.*, p. 37.

²⁰²⁹ T. HAMMARBERG, Intervention lors du séminaire « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2012, pp. 31-38.

²⁰³⁰ CourEDH, 12 oct. 2017, *Burmych et a. c. Ukraine*, req. n° 46852/13 et al.

²⁰³¹ CourEDH, 15 oct. 2009, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ukraine*, req. n° 40450/04.

²⁰³² F., « La Convention EDH a 65 ans. Un acquis remarquable, un avenir incertain », *op. cit.*, p. 1036.

²⁰³³ La Cour évoque un « afflux massif de requêtes [qui] risque de peser sur [s]a capacité à remplir la mission que lui assigne l'article 19 », et rappelle le nombre de requêtes pendantes, qui est de plus de 72 000 en 2017 (§ 150). La Cour voit dans cet afflux de requêtes « de type Ivanov » une « menace » pour le système de la

du nombre de requêtes pendantes en 2017²⁰³⁴. Cependant, la lecture de l'opinion dissidente des sept juges ayant voté contre la majorité doit conduire à s'interroger sur ses conséquences sur la notion de droit de recours individuel.

Dès les premières phrases introductives, l'opinion dissidente donne le ton : « *le présent arrêt n'a rien à voir avec l'interprétation juridique des droits de l'homme. Il porte sur une question de politique judiciaire uniquement et, à ce titre, il modifie complètement le paradigme bien établi du système de la Convention* »²⁰³⁵. Les sept juges dénoncent vivement la « *négarion du droit de recours individuel et du droit à un arrêt ou une décision basés sur une appréciation au cas par cas, droits accordés par la Convention, [...] motivée par les raisons bureaucratiques consistant à "alléger la charge de la Cour"* »²⁰³⁶.

Les individus ayant introduit ces plus de 12 000 requêtes se trouvent en effet privés de décision de justice européenne, sans autre recours, obligés de se tourner vers un Comité des Ministres dont l'efficacité de l'action dans le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour n'est pas toujours démontrée. La critique est donc légitime au regard du signal que l'arrêt *Burmych* envoie aux potentiels requérants connaissant des situations à l'égard desquelles un arrêt pilote a déjà été rendu.

Dès lors, les impératifs liés à l'engorgement de la Cour européenne des droits de l'homme, s'ils appellent inévitablement la mise en œuvre de mesures destinées à limiter l'accès au juge européen des droits de l'homme, ne doivent pas pour autant conduire à remettre en cause le droit de recours individuel. Un subtil dosage entre protection du système conventionnel et préservation de cette caractéristique unique qu'est l'accès direct des particuliers à la Cour doit donc être trouvé afin de ne pas dénaturer le système européen de protection des droits fondamentaux. C'est probablement ce point d'équilibre que la Cour a

Convention (§ 169) et soulève « *le poids sur les ressources de la Cour* » que ces affaires répétitives représentent (§ 174).

²⁰³⁴ Le Président Guido RAIMONDI souligne que la diminution notable du nombre de requêtes pendantes devant la Cour en 2017 s'explique en partie par la radiation de nombreuses affaires liées à l'arrêt pilote rendu en 2009. V. G. RAIMONDI, Allocation d'ouverture, *Audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 26 janv. 2018, pp. 2 et s.

²⁰³⁵ CourEDH, 12 oct. 2017, *Burmych et a. c. Ukraine*, req. n° 46852/13 et al., opinion dissidente, § 1.

²⁰³⁶ *Ibid*, § 9.

tenté d'atteindre dans l'affaire *Burmych c. Ukraine*, sans pourtant parvenir à totalement convaincre.

La Cour demeure néanmoins limitée par le texte de la Convention dans son œuvre créatrice. Les réformes récentes ont apporté des modifications plus profondes.

B. Le durcissement de l'exercice du droit de recours individuel

La menace que l'important afflux de requêtes parvenant à Strasbourg fait peser sur le système conventionnel a conduit les États parties à réévaluer l'accès individuel au prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme. Les modifications ont ainsi concerné l'article 35 de la Convention relatif aux conditions de recevabilité des requêtes.

Faisant application du principe *de minimis non curat praetor*, l'introduction du critère du « préjudice important » vient resserrer les voies d'accès à la Cour d'un point de vue matériel **(1)**. Plus récemment, la réduction du délai de saisine de six à quatre mois après le rendu de la décision nationale définitive a réduit la limite temporelle d'introduction des requêtes²⁰³⁷ **(2)**.

1. L'ajout du critère du « préjudice important »

L'introduction du nouveau critère. Parmi les ajustements concernant les conditions d'exercice du droit de recours individuel apportés par le processus de réforme du système conventionnel, l'introduction du critère de recevabilité tenant à l'existence d'un « préjudice important » caractérise singulièrement ce resserrement de la voie d'accès à la Cour européenne des droits de l'homme.

Vivement discutée en amont²⁰³⁸, cette modification apportée par le Protocole n° 14 et entrée en vigueur le 1^{er} juin 2010, exige du requérant individuel qu'il ait été victime d'un

²⁰³⁷ Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme, ouvert à la signature le 24 juin 2013 et qui entrera en vigueur une fois ratifié par l'ensemble des États parties à la Convention.

²⁰³⁸ Sur la controverse liée à l'adoption du nouveau critère de recevabilité, v. la synthèse de A. WEBER, « La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme : progrès ou régression dans la protection des droits de l'homme en Europe ? », *L'Europe des libertés*, 2004, n° 13, en ligne : leuropedeslibertes.u-strasbg.fr.

préjudice important pour voir sa requête reçue à Strasbourg²⁰³⁹. Deux clauses de sauvegarde ayant été ajoutées, la Cour déclare une requête irrecevable sur le fondement de l'absence de préjudice important à condition que le respect des droits de l'homme n'en exige pas l'examen au fond et que l'affaire ait été dûment examinée par une juridiction nationale.

La Conférence de Brighton a cependant revu cette disposition. Le Protocole n° 15 supprime cette dernière clause de sauvegarde, renforçant ainsi l'application du principe *de minimis non curat praetor*. Dès son entrée en vigueur, l'article 35, paragraphe 3, se lira de la manière suivante :

« La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime :

[...]

b. que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond ».

Un droit de recours individuel restreint. Selon le président de la Cour suprême des Pays-Bas Geert CORSTENS, ce système de filtrage mis en place par le Protocole n°14 constitue « *une restriction du droit de recours individuel à la Cour* », mais « *ne [le] remet pas en cause* »²⁰⁴⁰.

L'accès des particuliers à la Cour européenne est en effet réduit dès lors que ces derniers doivent apporter la preuve d'un préjudice dépassant le seuil minimum permettant à la Cour de s'y intéresser. Cela ferme nécessairement la porte à nombre de requêtes.

Constater « *ce durcissement des conditions de recevabilité prévues à l'article 35* »²⁰⁴¹ de la Convention est essentiel. Pour autant, considérer que le droit de recours individuel s'en trouve « *menacé* »²⁰⁴² paraîtrait exagéré. Il semble donc plus approprié de considérer que bien

²⁰³⁹ Art. 12 du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, modifiant l'art. 35, § 3 de la Convention.

²⁰⁴⁰ G. CORSTENS, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 11-16, spéc. p. 16.

²⁰⁴¹ D. SZYMCAK, S. TOUZÉ, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 58, 2012, pp. 715-741.

²⁰⁴² Selon les termes du Comité des Ministres à propos de l'engorgement de la Cour. V. Comité des Ministres, Déclaration *Garantir l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme*, 15 mai 2003, CM(2003)62, § 8 : « En donnant suite à la proposition d'ajouter un nouveau critère de recevabilité à l'article

que son exercice fasse l'objet d'un durcissement, ce dernier demeure sans équivoque l'un des piliers du système conventionnel de protection des droits de l'homme. L'étude de la jurisprudence permet de s'en convaincre.

En effet, c'est à la question de la définition du « préjudice important » qu'il convient de s'intéresser tout particulièrement aux fins d'envisager le potentiel de ce nouveau critère de recevabilité pour atteindre l'objectif qui lui est assigné. À cet égard, la Cour indique déjà que « *la violation d'un droit, quelle que soit sa réalité d'un point de vue strictement juridique, doit atteindre un seuil minimum de gravité pour justifier un examen par une juridiction internationale* »²⁰⁴³. Si l'appréciation reste subjective et empirique, la Cour fournit une grille d'évaluation utile aux potentiels requérants, laquelle est fondée sur sa jurisprudence²⁰⁴⁴. Il s'avère d'ailleurs que la Cour constate rarement l'irrecevabilité d'une requête sur le fondement de l'absence d'un préjudice important²⁰⁴⁵.

Ainsi, la restriction apportée au droit de recours individuel par les Protocoles n° 14 et 15, en introduisant le nouveau critère de recevabilité du « préjudice important » pour le premier et en supprimant la deuxième clause de sauvegarde pour le second, est réelle. Elle ne représente toutefois rien d'alarmant au regard de l'application raisonnée qui en est faite par le juge de la Convention.

Plus récemment, la réduction du délai de saisine de la Cour européenne des droits de l'homme entérinée par l'adoption du Protocole n° 15 s'est également avérée un moyen de restreindre l'accès au juge de la Convention.

35 de la Convention, charge les Délégués des Ministres de tenir compte de tous les effets de l'ajout proposé sur le droit unique de recours individuel, y compris les préoccupations déjà exprimées par le Comité quant à la menace qui pèse sur ce droit du fait de l'augmentation de la charge de travail de la Cour ».

²⁰⁴³ *Guide pratique sur la recevabilité*, 4^{ème} éd., mise à jour au 28 fév. 2017, § 277.

²⁰⁴⁴ *Ibid.*, § 277 et s. V. également le Rapport de recherche, *Le nouveau critère de recevabilité inséré à l'article 35 § 3 b) de la Convention : les principes jurisprudentiels deux ans après son introduction*, Cour européenne des droits de l'homme, 2012.

²⁰⁴⁵ V. CourEDH, 8 février 2011, *Bratri Zatková A.S. c. République tchèque*, req. n° 20862/06. V. également les conclusions de M. HERTIG RANDALL, *Prise de position, Procédure de consultation relative au projet de ratification du Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Université de Genève, 6 oct. 2014, en ligne : <https://www.unige.ch/droit/files/1215/0169/2407/consultation-randall-octobre2014.pdf>

2. La réduction du délai de saisine

Un délai réduit. L'article 4 du Protocole n° 15 à la Convention modifie le délai durant lequel les requêtes individuelles peuvent être introduites devant la Cour après l'obtention d'une décision de justice nationale définitive. Originellement de six mois, ce délai est ramené à quatre mois par la modification de l'article 34, paragraphe 1, de la Convention.

Les conséquences sur le droit de recours individuel. Les justifications avancées pour expliquer ce changement font état du « *développement de technologies de communication plus rapides [...] et des délais de recours en vigueur dans les Etats membres d'une durée équivalente* »²⁰⁴⁶. Il n'en reste pas moins que cette mesure conduit par définition à fermer d'office la porte à de potentielles requêtes individuelles.

Cette limitation au droit de recours individuel peut donc légitimement soulever des inquiétudes²⁰⁴⁷. D'aucuns la qualifient de « *renforcement drastique des règles de recevabilité* »²⁰⁴⁸, d'« *obstacle important pour nombre de requérants* »²⁰⁴⁹, et dénoncent ses potentiels effets pervers²⁰⁵⁰.

S'il a donc convenu de réguler le flux des requêtes qui parvenaient devant la Cour européenne des droits de l'homme, parfois en limitant – de la manière la plus raisonnée possible – le droit de recours individuel, la situation qui prévaut dans le système juridique de l'Union diffère considérablement. L'accès direct des justiciables au prétoire de la Cour de justice est en effet restreint depuis les origines, et il s'agit dès lors de maintenir cet état des choses.

²⁰⁴⁶ Rapport explicatif du Protocole n° 15, art. 4.

²⁰⁴⁷ V. la déclaration commune de plusieurs organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme suivante : Joint NGO statement, *Protocol 15 to the European Convention on Human Rights must not result in a weakening of human rights protection*, 24 juin 2013, p. 3, en ligne : <https://www.unige.ch/droit/files/1215/0169/2407/consultation-randall-octobre2014.pdf>

²⁰⁴⁸ D. SZYMCAK, S. TOUZÉ, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *op. cit.*

²⁰⁴⁹ E. LAMBERT ABDELGAWAD, « La mesure de la performance de la Cour européenne des droits de l'homme : une logique managériale à tout prix ? », *Revue française d'administration publique*, 2016/3, n° 159, pp. 819-834.

²⁰⁵⁰ D. SZYMCAK, S. TOUZÉ, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *op. cit.*

§ 2. Le maintien d'un accès direct réduit à la Cour de justice de l'Union européenne

Du fait des compétences attribuées à la Cour de justice, l'accès à son prétoire est limité par les dispositions des traités depuis les origines et ne tend pas à véritablement évoluer. Le juge de l'Union est en effet tenu par les règles contentieuses établies par le droit primaire, qui régissent les voies de recours permettant l'accès à la Cour. La subsidiarité juridictionnelle ayant présidé à l'établissement de l'architecture contentieuse de l'Union, cette dernière cantonne la Cour de justice à un rôle clairement subsidiaire par rapport aux juridictions nationales.

Il n'existe donc pas, en contentieux de l'Union européenne, d'équivalent au droit de recours individuel caractérisant le système de la Convention européenne des droits de l'homme. Les personnes physiques ou morales n'ont en effet jamais bénéficié d'un accès direct général au prétoire du juge de l'Union. Cet accès limité à la Cour de justice caractérisant le système contentieux de l'Union depuis les origines **(A)** a perduré malgré les évolutions apportées par le traité de Lisbonne **(B)**.

A. Des restrictions originelles à l'égard des particuliers

La répartition des compétences entre la Cour de justice de l'Union européenne et les juridictions nationales opérée par les traités, autant que les conditions de recevabilité des recours prévues par ces derniers, n'ont jamais ouvert aux particuliers un accès direct général au juge de l'Union. De plus, nombre de recours contentieux de l'Union ne leurs sont pas accessibles **(1)**.

Quant aux recours directs ouverts aux particuliers, les conditions de recevabilité et de fond qui les encadrent dessinent une réalité bien peu encourageante pour les particuliers qui désirent se tourner vers la Cour de justice de l'Union européenne pour faire valoir leurs droits. Il n'est ainsi par surprenant que les débats relatifs à la protection juridictionnelle effective des particuliers dans l'Union européenne soient particulièrement nourris **(2)**.

1. Les recours fermés aux particuliers

L'exclusion d'un accès direct général à la Cour de justice. Bien que « *le droit d'accès des particuliers au juge communautaire faisait figure d'élément fort de la supranationalité* »²⁰⁵¹ aux origines des Communautés européennes, il n'en reste pas moins que ces derniers n'ont jamais, dans le système contentieux de l'Union européenne, bénéficié d'un accès direct général au prétoire de la Cour de justice.

L'architecture juridictionnelle n'a jamais été pensée en ces termes, puisque l'idée n'était pas de faire de la Cour de justice une juridiction fédérale mais une juridiction subsidiaire par rapport aux juridictions de droit commun que sont les juges nationaux. Le particulier n'est ainsi pas « *le justiciable naturel* » devant la Cour de justice, son « *interlocuteur normal sur l'application du droit [de l'Union] étant le juge national* »²⁰⁵². Rien d'étonnant dès lors à ce que l'accès des particuliers au juge de l'Union se fasse par une « *porte étroite* »²⁰⁵³. Aussi, alors que la Cour européenne des droits de l'homme est un juge spécialisé en matière de protection des droits de l'homme, la Cour de justice est, quant à elle, un juge généraliste. Le champ matériel de son intervention est si vaste qu'un accès général direct à son prétoire ne pouvait envisagé, ne serait-ce qu'au regard du potentiel innombrables de recours qui auraient pu être introduits.

Selon les explications apportées par la Cour, cet accès limité des particuliers se justifie par l'existence d'un « système complet de voies de recours »²⁰⁵⁴ composé à la fois des voies de droit de l'Union et des voies de droit nationales. Ainsi, « le large accès au juge national compenserait en quelques sortes l'accès réduit au prétoire [de l'Union] »²⁰⁵⁵. Le Professeur Olivier COSTA décèle dans le comportement des juges de l'Union que ces derniers « *semblent*

²⁰⁵¹ C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », *op. cit.*, p. 77.

²⁰⁵² S. DE GASQUET, « Le citoyen européen face à la justice communautaire », *Fondation Robert Schuman*, Synthèse n° 121, 2 fév. 2004, en ligne : <https://www.robert-schuman.eu/fr/syntheses/0121-le-citoyen-europeen-face-a-la-justice-communautaire>

²⁰⁵³ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs*, 2001/1, n° 96, pp. 123-141.

²⁰⁵⁴ V. notamment CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c. Conseil*, aff. C-50/00 P., *Rec.* 2002, p. I-6677 et CJCE, 1^{er} avr. 2004, *Jégo-Quéré et Cie SA c. Commission européenne*, aff. C-263/02 P., *Rec.* p. I-3425, pts. 30 et 31.

²⁰⁵⁵ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *op. cit.*

*animés par l'idée que leur contribution à la démocratisation de l'Union et à la protection des individus passe davantage par la diffusion de leur jurisprudence et son imposition aux juridictions nationales que par l'ouverture de leur prétoire »*²⁰⁵⁶.

Ce « *déficit judiciaire* », s'il est pour partie comblé par l'intervention des juridictions nationales²⁰⁵⁷, est donc présent dès les origines.

Les recours fermés aux particuliers. Si l'absence d'accès direct général au prétoire n'empêche pas les particuliers d'accéder au juge de l'Union, ces derniers restent limités dans l'utilisation des recours prévus par les traités. « *Inégalement ouvertes et inégalement utilisées* »²⁰⁵⁸ par les citoyens, les voies de droit formant le système contentieux de l'Union ne sont pas particulièrement lisibles. L'architecture formée par les recours en constatation de manquement, en annulation, en carence, en responsabilité ainsi que le renvoi préjudiciel et l'exception d'illégalité n'offre en réalité que peu de possibilités aux particuliers.

Le renvoi préjudiciel est un incident de procédure qui ne constitue pas une voie d'accès directe à la Cour de justice et échappe de toute façon aux parties. Il ne peut dès lors pas être considéré comme une voie de droit à disposition des particuliers, ceux-ci n'ayant aucune prise sur la décision de la juridiction nationale d'interroger ou non le juge de l'Union.

Concernant l'exception d'illégalité, elle n'est ni une voie de droit autonome ni un recours indirect. Elle n'est ainsi pas non plus à compter parmi les voies d'accès direct au prétoire de la Cour de justice.

Il est à noter également que si les particuliers ne sont pas totalement dépourvus de moyens d'agir face au non-respect du droit de l'Union par un État membre, ils sont toutefois exclus du recours en constatation de manquement. Accessible uniquement à la Commission et aux États membres²⁰⁵⁹, il reste seulement aux particuliers la faculté de déposer une plainte

²⁰⁵⁶ O. COSTA, « La Cour de justice et le contrôle démocratique de l'Union européenne », *Revue française de science politique*, n° 6, 2001, pp. 881-902.

²⁰⁵⁷ C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », *op. cit.*, pp. 78-79.

²⁰⁵⁸ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *op. cit.*

²⁰⁵⁹ Art. 258 et 259 TFUE.

auprès de la Commission européenne, à laquelle cette dernière est totalement libre de donner suite ou non.

La protection juridictionnelle effective des particuliers pourrait paraître totalement bafouée si ces derniers n'étaient pas mis en mesure d'invoquer les normes de l'Union devant leur juridiction nationale, voire d'engager un recours en responsabilité extracontractuelle de l'État devant cette dernière²⁰⁶⁰. Ainsi, face à la lacune de protection contentieuse offerte par le droit de l'Union, le remède se trouve au niveau national. C'est l'idée qui fonde la création de l'architecture contentieuse de l'Union européenne et c'est d'ailleurs ce qu'affirme désormais explicitement l'article 19 du TUE, en prévoyant que « *les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* ».

2. Les recours ouverts aux particuliers

Le recours en responsabilité extracontractuelle de l'Union. Si le contentieux de la responsabilité extracontractuelle de l'Union²⁰⁶¹ paraît largement ouvert aux particuliers²⁰⁶², il faut remarquer que les conditions de recevabilité moins exigeantes sont contrebalancées par des conditions de fond « *particulièrement rigoureuses* », rendant l'engagement de la responsabilité de l'Union très difficile²⁰⁶³. Ce recours offre donc un accès direct à la Cour de justice dont l'effectivité reste en pratique théorique. Par ailleurs, les particuliers peinent à remplir les conditions de recevabilité des recours en annulation et en carence.

Les recours en annulation et en carence. Le cas du recours en annulation²⁰⁶⁴ demeure le plus emblématique de cet accès restreint des particuliers au prétoire de la Cour de justice de l'Union européenne. Permettant de contester la légalité d'une norme de droit de l'Union, ce recours n'est qu'imparfaitement ouvert aux particuliers²⁰⁶⁵, d'ailleurs désignés en tant que

²⁰⁶⁰ CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C-6 et 9/90, *Rec.* p. I-5357.

²⁰⁶¹ Art. 268 et 340, al. 2 et 3 TFUE.

²⁰⁶² G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012, pp. 618 et s.

²⁰⁶³ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *op. cit.*

²⁰⁶⁴ Art. 263 à 266 TFUE.

²⁰⁶⁵ J.-L. DA CRUZ VILACA, « Le système juridictionnel communautaire », *RMUE*, 1997, p. 219.

« requérants ordinaires » par la doctrine, en opposition aux « requérants privilégiés » que sont les institutions européennes et les États membres.

Le cas des décisions individuelles qui leurs sont adressées mis à part, les personnes physiques et morales doivent être directement et individuellement concernées par l'acte de portée générale attaqué pour que leur requête soit recevable. Or selon la Cour de justice, pour considérer que les particuliers sont individuellement concernés, il faut qu'ils soient atteints « *en raison de certaines qualités qui leurs sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire* »²⁰⁶⁶. Le juge de l'Union interprète donc cette seconde condition de manière restrictive²⁰⁶⁷.

Cependant, d'aucuns considèrent que ce déficit d'accès direct au juge de l'Union est comblé par la possibilité offerte aux particuliers de contester les mesures d'exécution. Les mesures d'exécution adoptées au niveau européen pourront en effet être attaquées *via* le mécanisme de l'exception d'illégalité²⁰⁶⁸, alors que les mesures d'exécution nationales pourront faire l'objet d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité²⁰⁶⁹. Cette justification n'est cependant pas satisfaisante dans la mesure où les voies de contestation proposées demeurent indirectes et nécessitent que des mesures d'exécution aient été adoptées²⁰⁷⁰, ce qui n'est pas toujours le cas.

Il en va de même du recours en carence²⁰⁷¹, pour lequel la Cour de justice a aligné les conditions de recevabilité des requêtes introduites par les particuliers sur celles du recours en

²⁰⁶⁶ CJCE, 15 juil. 1963, *Plaumann c. Commission*, aff. 25/62, *Rec.* p. 199, p. 223.

²⁰⁶⁷ V. notamment CJCE, 15 juil. 1963, *Plaumann c. Commission*, aff. 25/62, *Rec.* p. 199 ; CJCE, 11 juil. 1968, *Zuckerfabrik Watenstedt GmbH c. Conseil*, aff. 6/68, *Rec.* p. 595 ; CJCE, 10 déc. 1969, *Eridania e.a. c. Commission*, aff. 10-18/68, *Rec.* p. 459 ; CJCE, 17 janv. 1985, *Piraiki-Patraiki c. Commission*, aff. 11/82, *Rec.* p. 207.

²⁰⁶⁸ Art. 277 TFUE.

²⁰⁶⁹ Art. 267 TFUE.

²⁰⁷⁰ C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », *op. cit.*, p. 96.

²⁰⁷¹ Art. 265 et 266 TFUE.

annulation²⁰⁷². Ce recours permettant de contester la légalité d'une abstention des institutions de l'Union n'est donc, lui-aussi, qu'imparfaitement ouvert aux particuliers.

Nourrissant les débats sur la protection juridictionnelle des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union, les conditions de recevabilité du recours en annulation sont souvent discutées par la doctrine et les juges eux-mêmes. Des évolutions étaient attendues du traité de Lisbonne.

B. Des restrictions maintenues par le traité de Lisbonne

D'aucuns nourrissaient quelques espoirs à l'égard du traité de Lisbonne, espérant notamment que les impulsions données par le Tribunal de l'Union seraient suivies par les auteurs des traités **(1)**. Leurs espoirs ont été déçus, tant l'avancée permise par la modification de l'article 263, alinéa 4 du TFUE reste timide²⁰⁷³ **(2)**.

1. La modification de l'article 263, alinéa 4 du TFUE

L'impulsion jurisprudentielle. Après la tentative échouée du Tribunal de première instance d'ouvrir plus largement le recours en annulation aux particuliers²⁰⁷⁴, la Cour n'ayant pas donné suite à cette initiative jurisprudentielle²⁰⁷⁵, les évolutions sont nécessairement venues du droit primaire. Ces avancées, si elles sont « *indiscutables* »²⁰⁷⁶, restent cependant limitées. Les restrictions à l'égard des personnes physiques et morales dans le cadre du contentieux de la légalité n'ont pas été totalement gommées.

L'évolution textuelle. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 263, alinéa 4 du TFUE se lit désormais de la manière suivante :

²⁰⁷² CJCE, 26 nov. 1996, *T-Port GmbH & Co. KG*, aff. C-68/85, Rec. p. I-6065.

²⁰⁷³ Ce qui n'empêche pour autant pas de remarquer plus globalement une certaine « *amélioration de la protection juridictionnelle effective résultant du traité de Lisbonne* » à l'instar du Professeur Claude BLUMANN. V. C BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », *op. cit.*, p. 79.

²⁰⁷⁴ TPI, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré*, aff. T-177/01, Rec. p. II- 2365.

²⁰⁷⁵ CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00P, Rec. p. I-6677 et CJCE, 1^{er} avr. 2004, *Jégo-Quéré et Cie SA c. Commission européenne*, aff. C-263/02 P, Rec. p. I-3425.

²⁰⁷⁶ C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », *op. cit.*, p. 80.

« Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ».

Les particuliers peuvent donc toujours contester la légalité des décisions individuelles qui leurs sont adressées et doivent encore prouver l'existence d'un lien direct et individuel pour être recevables à attaquer un acte général. Le changement opéré concerne les actes réglementaires dépourvus de mesures d'exécution, pour lesquels il suffit désormais d'établir que le particulier est directement concerné, la condition de l'individualité étant supprimée.

La question reste de savoir si ce changement est suffisant au regard des préoccupations tenant à l'impératif de protection juridictionnelle effective. Il apparaît cependant que tout en allégeant les conditions de recevabilité du recours en annulation formé par les particuliers, les auteurs des traités ont veillé à maintenir la porte du contentieux de l'annulation seulement entrouverte aux requérants ordinaires.

2. La portée de l'évolution

Une solution restrictive. Par la modification des traités, le recours en annulation est ainsi rendu plus aisé pour les « requérants ordinaires ». Pour mesurer la portée de cette évolution, il est nécessaire de déterminer quels sont les actes visés par la dénomination « *actes réglementaires qui ne comportent pas de mesures d'exécution* ». Selon le Tribunal, cette disposition vise « *une réglementation complète, qui se suffit à elle-même et qui n'appelle aucune disposition d'application, pouvant ainsi directement concerner des particuliers* »²⁰⁷⁷. Il s'avère ainsi que ne sont pas concernés tous les actes juridiques de portée générale, mais seulement les actes non législatifs²⁰⁷⁸.

Le Professeur Laurent COUTRON regrette à cet égard qu'« *alors qu'il leur était proposé de reconnaître à toute personne physique ou morale le droit de former un recours en annulation "contre les actes [de portée générale/réglementaires] qui la concernent*

²⁰⁷⁷ Trib.UE, 6 sept. 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Parlement et Conseil*, aff. T-18/10, point 78.

²⁰⁷⁸ *Ibid.*, point 56.

*directement sans comporter de mesures d'exécution*²⁰⁷⁹, les rédacteurs du *Traité de Lisbonne* ont opté pour la solution la plus restrictive »²⁰⁸⁰.

Une solution justifiée par la complétude du système de voies de recours.
L'explication avancée par la Cour de justice pour justifier de l'accès limité des particuliers à son prétoire repose toujours sur la complémentarité avec les voies de droit nationales. Selon le juge de l'Union, lorsque l'individu n'est pas recevable à introduire une requête à Luxembourg, ce déficit est compensé par la possibilité de s'adresser au juge national.

La limitation de l'accès à la Cour de justice, qui peut poser des difficultés du point de vue de la protection juridictionnelle effective, trouve donc un remède dans la subsidiarité juridictionnelle. Le juge national étant juge de droit commun du droit de l'Union européenne, la Cour considère que c'est devant lui que doivent être tranchées les questions ne passant pas le filtre de la recevabilité à Luxembourg.

L'accès des particuliers au juge de l'Union demeure donc restreint malgré les évolutions récentes. Ces évolutions, commandées par l'intérêt grandissant manifesté à l'égard de la protection juridictionnelle effective des particuliers, ne modifient pas substantiellement le schéma contentieux de l'Union, duquel le particulier reste largement mis à l'écart. Cette solution, puisée dans la subsidiarité juridictionnelle, s'explique aisément par une raison pragmatique, consistant à préserver la Cour d'un trop grand nombre de requêtes individuelles²⁰⁸¹.

Dans le système conventionnel autant que dans le système de l'Union, la limitation de l'accès aux Cours européennes passe donc par des remèdes empreints de subsidiarité juridictionnelle descendante. Au niveau conventionnel, il s'agit de réduire le nombre de requêtes parvenant à Strasbourg en renforçant les conditions de recevabilités des recours avec

²⁰⁷⁹ V. Trib.UE, 25 oct. 2011, *Microban International e.a. c. Commission*, aff. T-262/10, point 19.

²⁰⁸⁰ L. COUTRON, « La définition de la notion d'actes réglementaires au sens de l'article 263 alinéa 4 TFUE : le Tribunal jurislature ? », *RTD eur.*, 2012, p.165.

²⁰⁸¹ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *op. cit.* L'auteur évoque des « raisons pratiques » face à « une situation concrète déjà très alarmante », et invoque « le principe de réalité ».

l'ajout du critère du « préjudice important » et la réduction du délai de saisine de la Cour européenne des droits de l'homme.

Au niveau de l'Union européenne, la limitation n'est pas nouvelle. Il s'agit plutôt d'un maintien de l'accès direct restreint à la Cour de justice pour les particuliers, tant le mouvement d'ouverture à l'égard de ces derniers reste limité. Elle se justifie par la considération selon laquelle la protection juridictionnelle des particuliers ne souffre pas dès lors que ces derniers peuvent toujours se tourner vers le juge national, juge de droit commun du droit de l'Union.

Cette dynamique consistant à restreindre ou à garder réduites les possibilités d'accès direct des justiciables au juge européen est cependant compensée par une dynamique complémentaire, consistant à revaloriser l'accès indirect aux Cours européennes par le truchement des juridictions nationales.

SECTION 2. LA VALORISATION DE L'ACCÈS INDIRECT AU JUGE

EUROPÉEN

La protection juridictionnelle effective des droits que les particuliers tirent des normes européennes serait gravement mise en péril si l'incomplétude de l'accès direct aux prétoires de Strasbourg et de Luxembourg n'était compensée par le renforcement de l'accès indirect à ces derniers, *via* l'intermédiaire du juge national.

Cet accès indirect s'effectue au travers d'un mécanisme particulier : le renvoi préalable²⁰⁸². Largement valorisées ces dernières années, les relations préjudicielles entre les différentes juridictions veillant au respect du droit européen constituent une voie de droit privilégiée participant à la fois à la protection des droits attachés aux individus ainsi qu'à la régulation du flux de requêtes portées devant les deux Cours européennes. L'évolution de l'instrument préjudiciel mis en place au niveau européen répond ainsi aux préoccupations du niveau national, dont le renforcement de la subsidiarité juridictionnelle descendante est devenu une condition majeure de la participation à l'intégration européenne.

Les Cours européennes quant à elles, y trouvent un double avantage : le premier est celui de pallier dans une certaine mesure leur surcharge de travail, le second est celui de répondre aux revendications nationales. Tous deux ont pour conséquence commune et bienvenue de permettre au juge européen de se recentrer sur sa mission subsidiaire fondamentale que représente la préservation de l'unité européenne.

La procédure des avis consultatifs à la Cour européenne des droits de l'homme a été créée précisément pour répondre à ces deux objectifs (§1). Quant au renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, il a fait l'objet d'une revalorisation dans le même sens (§ 2).

²⁰⁸² Sur cet instrument, v. G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, Coll. Thèses, 2016.

§ 1. La création des avis consultatifs à la Cour européenne des droits de l'homme

Jusqu'alors inconnu du système conventionnel, le renvoi préalable²⁰⁸³ est introduit dans le droit de la Convention par l'intermédiaire du Protocole n°16. Ce dernier ouvre la faculté pour « *les plus hautes juridictions* »²⁰⁸⁴ nationales de saisir la Cour d'une demande d'avis consultatif, lorsqu'à l'occasion de l'examen d'un litige, apparaît une difficulté relative à « *l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses Protocoles* »²⁰⁸⁵. Entré en vigueur le 1^{er} août 2018 après avoir été ratifié par dix États parties, ce mécanisme ambitieux **(A)** présente des caractéristiques qui conduisent à s'interroger sur l'opportunité d'une telle réforme du système conventionnel **(B)**.

A. Un mécanisme original

Répondant à l'appel lancé par les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme lors de la Conférence de Brighton²⁰⁸⁶, le Protocole n°16 à la Convention ouvert à la signature le 2 octobre 2013 crée un mécanisme nouveau dans le système conventionnel. Instaurant une voie de dialogue direct entre le juge national et la Cour européenne, il devrait permettre d'alléger la charge de travail de la Cour européenne **(1)**.

Mais l'originalité de cette procédure réside plus particulièrement dans le fait que ses auteurs n'ont pas eu l'intention d'en faire un équivalent du renvoi préjudiciel. Le mécanisme des avis consultatif se distingue en effet de son homologue tel qu'il est conçu dans le système juridique de l'Union européenne **(2)**.

1. Un mécanisme destiné à désengorger la Cour européenne

Une idée ancienne. De la même manière que le Protocole n°15, ouvert à la signature des États le 24 juin 2013, le Protocole n°16 créant le mécanisme des avis consultatifs s'inscrit

²⁰⁸³ V. G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, op. cit.

²⁰⁸⁴ Art. 1, § 1 du Protocole n° 16.

²⁰⁸⁵ *Ibid.*

²⁰⁸⁶ Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme réunie à Brighton les 16 et 20 avril 2012. Déclaration de Brighton, du 20 avr. 2012, § 12, d).

dans le processus de réforme du système de la Convention. La Déclaration de Brighton, et avant elle celle d'Izmir²⁰⁸⁷, invitait à la création d'un tel instrument formel de coopération entre les juges nationaux et la Cour de Strasbourg.

L'idée d'institutionnaliser le dialogue entre les juridictions internes et la Cour européenne n'est cependant pas si récente. En 1962, la Cour songeait déjà à l'instauration d'une procédure préjudicielle permettant aux juges nationaux de lui soumettre des questions portant sur l'interprétation de la Convention²⁰⁸⁸.

Fermement rejetée à l'époque²⁰⁸⁹, cette proposition a été de nouveau évoquée lors du débat portant sur la réforme de la Cour en 2006, par le Rapport du Groupe des Sages²⁰⁹⁰. La Cour a cependant, dans un premier temps, manifesté une certaine « *hostilité* »²⁰⁹¹ à l'égard de la proposition. Amorçant un virage à ce sujet dès la phase préparatoire de la Conférence d'Interlaken²⁰⁹², ce n'est finalement qu'à partir de la Conférence d'Izmir²⁰⁹³ que cette dernière appuie finalement la proposition de créer un mécanisme d'avis consultatif dans le système de la Convention. La Cour réitère ensuite son approbation à l'occasion de la Conférence de Brighton²⁰⁹⁴, et enfin dans son avis relatif au projet de Protocole n° 16 à la Convention²⁰⁹⁵.

²⁰⁸⁷ Déclaration d'Izmir du 27 avr. 2011, § D, 1.

²⁰⁸⁸ Propositions présentées en 1962 par la Cour européenne des droits de l'homme au Comité d'Experts lors de l'élaboration du Protocole attribuant à la Cour la compétence de donner des avis consultatifs, CM(62)78.

²⁰⁸⁹ *Rapport du Comité d'Experts au Comité des ministres sur l'extension de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7 janv. 1963, CM(63)2.

²⁰⁹⁰ *Rapport du Groupe des Sages au Comité des ministres*, 979bis Réunion, 15 nov. 2006, CM(2006)203, § 76 et s.

²⁰⁹¹ *Avis de la Cour sur le rapport des Sages* tel qu'adopté lors de la Session Plénière du 2 avr. 2007, II. 4. V. également J.-P. COSTA, « Commentaires sur le Rapport des Sages dans la perspective de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Actes du Colloque sur les Développements futurs de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière du Rapport des Sages*, Saint-Marin, 22-23 mars 2007, pp. 37 à 46 : « La Cour est réservée, pour ne pas dire hostile à la proposition relative au mécanisme des avis consultatifs ».

²⁰⁹² *Mémoire du président de la Cour européenne des droits de l'homme aux États en vue de la Conférence d'Interlaken*, 3 juil. 2009 : « Rien n'interdit d'étudier l'instauration d'un mécanisme de renvoi préjudiciel, ou encore une extension de la compétence consultative de la Cour (...) » ; Contribution du Secrétaire général du Conseil de l'Europe à la préparation de la Conférence ministérielle d'Interlaken, SG/Inf(2009)20, 14 janv. 2010.

²⁰⁹³ *Avis de la Cour pour la Conférence d'Izmir* adopté le 4 avr. 2011 ; Discours du président J.-P. COSTA à Izmir, 27 avr. 2011.

²⁰⁹⁴ *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, #3853040, mars 2012 ; *Avis préliminaire de la Cour établi en vue de la Conférence de Brighton*, adopté par la Plénière le 20 fév. 2012.

Une proposition concrétisée à Brighton. C'est donc finalement la Conférence de Brighton qui marquera le tournant décisif vers l'adoption du Protocole n° 16. Dans la Déclaration issue de la Conférence, les États « *encourage[nt] le dialogue entre la Cour et les plus hautes juridictions des États parties* »²⁰⁹⁶ et « *note[nt] que l'interaction entre la Cour et les autorités nationales pourrait être renforcée par l'introduction dans la Convention d'un pouvoir supplémentaire de la Cour, que les États parties pourraient accepter à titre optionnel, de rendre sur demande des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention dans le contexte d'une affaire particulière au niveau national* »²⁰⁹⁷. Invitation est faite au Comité des Ministres de donner suite à l'expression de cette volonté.

Répondant à cet appel, un projet de Protocole n°16 à la Convention est présenté le 28 mars 2013²⁰⁹⁸ et le Protocole dans sa version définitive a été ouvert à la signature le 2 octobre de la même année. Les États ont donc finalement été convaincus du bien-fondé de cette initiative afin de réduire la charge de travail de la Cour par la diminution, sur le long terme, du nombre de requêtes introduites à Strasbourg. Dans le même temps, et même si cette motivation n'a pas été aussi clairement exprimée par les États concernés, une telle procédure confiant plus de responsabilités aux juridictions nationales répond à la volonté de ses derniers de tirer la couverture à soi.

Bien que le réalisme impose de concéder que, dans l'immédiat, la procédure va engendrer une augmentation significative de la charge de travail qui pèse sur le juge de la Convention, une vision à long terme laisse à penser que cette charge sera finalement sensiblement réduite. La mise en œuvre des demandes d'avis consultatif devrait en effet, par un renforcement de la subsidiarité juridictionnelle, avoir pour effet de résoudre définitivement un plus grand nombre de litiges au niveau national, lesquels seraient parvenus, une fois toutes les voies de recours internes épuisées, jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme sans cette intervention préalable du juge de la Convention.

²⁰⁹⁵ *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, adopté par la Cour plénière le 6 mai 2013.

²⁰⁹⁶ Déclaration de Brighton du 20 avr. 2012, paragraphe 12, c), i).

²⁰⁹⁷ *Ibid*, paragraphe 12, d).

²⁰⁹⁸ *Projet de Protocole n°16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, texte définitif tel qu'approuvé par le CDDH et vérifié par le Bureau des Traités et l'Unité éditoriale, Strasbourg, 28 mars 2013.

Cette concrétisation de la subsidiarité juridictionnelle devrait ainsi remplir ses deux objectifs : à la fois participer à la rationalisation de la charge de travail qui pèse sur ce dernier, tout en répondant aux revendications nationales.

Les opinions sont cependant longtemps demeurées mitigées avant de finalement saluer le projet de Protocole n°16. D'aucuns considéraient que la charge supplémentaire de travail pour la Cour qu'implique la mise en œuvre d'une telle procédure, certes temporaire, mais inévitable, était inacceptable en l'état d'asphyxie du système de la Convention²⁰⁹⁹.

Selon le président de la Cour suprême des Pays-Bas Geert CORSTENS, les avis consultatifs *« risqu[ai]ent fort d'augmenter la charge de travail de la Cour au lieu de la diminuer »*²¹⁰⁰. Il se demandait ainsi s' *« il n'[était] pas trop ambitieux de prévoir à la fois une procédure préjudicielle et un droit de recours individuel »*²¹⁰¹. C'est d'ailleurs l'idée défendue par la Cour en 2007 lorsqu'elle déclarait que *« puisque une compétence consultative entraînerait davantage de travail pour la Cour, elle considère que l'étude de cette proposition est à reporter à un stade ultérieur, quand les problèmes actuels du système auront été résolus par les réformes nécessaires »*²¹⁰².

La détermination des États, ainsi que l'évolution positive de la situation de la Cour ont néanmoins pris le pas sur ces réticences. En 2011, le président de la Cour lui-même indique, au sujet des avis consultatifs, qu' *« il y a là une piste possible pour un renforcement concret de la subsidiarité. À moyen terme, la charge de travail de la Cour s'en trouverait réduite »*²¹⁰³. La question de la charge supplémentaire de travail qu'engendrerait une telle mesure n'a, depuis, plus constitué un obstacle à l'institutionnalisation de la procédure d'avis consultatif dans la mesure où l'ensemble des acteurs se sont accordés à penser qu'à moyen et

²⁰⁹⁹ W. THOMASSEN, juge à la Cour suprême des Pays-Bas, *Actes du colloque organisé par la présidence saint-marinaise du Comité des ministres du Conseil de l'Europe*, 22 et 23 mars 2007, pp. 63 à 70. À propos des avis consultatifs, cette dernière indique qu' *« en plus, cette possibilité ne contribuera probablement pas à la diminution du travail de la Cour »*. Parmi les contributeurs à ce colloque, émettent la même réserve T. DAVIS, Secrétaire général du Conseil de l'Europe ; J.-P. COSTA, Président de la Cour européenne des droits de l'homme et M.-L. BEMELMANS-VIDEC, membre de l'Assemblée parlementaire.

²¹⁰⁰ G. CORSTENS, intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 11-16, spéc. p. 16.

²¹⁰¹ *Ibid.*

²¹⁰² *Avis de la Cour sur le Rapport du Groupe des Sages* tel qu'adopté lors de la Session Plénière du 2 avril 2007, § 4.

²¹⁰³ Discours du Président Jean-Paul COSTA à l'occasion de la Conférence d'Izmir, le 26 avril 2011.

long terme, cette procédure évitera la prolifération des requêtes introduites à Strasbourg. Sans doute consciente de la nécessité de ménager les sensibilités et de se préserver des attaques nationales, la Cour européenne elle-même s'est, depuis 2011, montrée fermement convaincue des bienfaits de la création du mécanisme d'avis consultatifs à laquelle elle a d'ailleurs participé avec ferveur.

2. Un mécanisme distinct du renvoi préjudiciel du droit de l'Union²¹⁰⁴

Une confusion à éviter. Comme le souligne le Professeur Jean-Paul JACQUÉ, le mécanisme des avis consultatifs au juge de Strasbourg et le renvoi préjudiciel au juge de Luxembourg « *procèdent de la même inspiration* »²¹⁰⁵. La logique qui sous-tend les deux procédures est en effet la même, celle d'une coopération juridictionnelle, d'un dialogue direct en amont de la prise de décision par le juge national face au litige qu'il lui est donné de trancher. À ce titre, la procédure d'avis consultatif doit être inscrite au rang des renvois préalables²¹⁰⁶, parmi lesquelles notamment le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne, ou encore la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil Constitutionnel français²¹⁰⁷.

Plus encore, leur inspiration commune est à rechercher dans la subsidiarité juridictionnelle dans la mesure où l'une et l'autre des procédures permettent « *de régler au niveau national des difficultés sans qu'il soit besoin de recourir au recours individuel ou à la procédure de manquement* »²¹⁰⁸.

²¹⁰⁴ Sur cette question, v. également les développements de M.-C. RUNAVOT, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014-1, p. 72.

²¹⁰⁵ J.-P. JACQUE, « Union européenne et Conseil de l'Europe. À propos des droits de l'homme en Europe », *RDT eur.*, 2013, p. 195.

²¹⁰⁶ Sur cette notion, v. G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, *op. cit.*

²¹⁰⁷ D'autres Etats européens connaissent d'ailleurs une procédure similaire à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), tels l'Italie, l'Allemagne ou encore la Belgique.

²¹⁰⁸ J.-P. JACQUE, « Union européenne et Conseil de l'Europe. À propos des droits de l'homme en Europe », *op. cit.*, p. 195.

L'emploi de l'expression « renvoi préjudiciel », même s'il correspond d'un point de vue sémantique - mais pas seulement²¹⁰⁹ - à la procédure d'avis consultatif, peut conduire à une confusion entre les deux mécanismes préjudiciels. Or, ainsi que cela a été rappelé à plusieurs reprises, il ne s'est jamais agi de transposer le renvoi préjudiciel de l'Union au système de la Convention européenne des droits de l'homme²¹¹⁰.

Le choix d'une dénomination particulière s'imposait donc aux rédacteurs du Protocole n° 16 afin de marquer la spécificité de la procédure applicable devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Des mécanismes différents. La procédure d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme se distingue indiscutablement du renvoi préjudiciel organisé par le droit de l'Union européenne²¹¹¹. Ce point a d'ailleurs longtemps marqué les discussions relatives au projet. L'observation des caractéristiques du mécanisme conventionnel le confirme, qu'il s'agisse des juridictions habilitées à interroger le juge européen, de la liberté du juge national de poser ou non la question au juge européen, ou encore des effets de la « décision » rendue²¹¹².

Cette différence s'explique par le fait que toutes deux ne remplissent pas la même fonction. Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, le prétoire de la Cour de justice étant peu accessible pour les particuliers, le renvoi préjudiciel s'est imposé comme « *l'instrument principal qui permet aux individus de contester la législation nationale au regard du droit de*

²¹⁰⁹ J.-P. JACQUE, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne des droits de l'homme, Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », *Dialogue entre juges 2012*, 27 janv. 2012, pp. 18 à 24 : « *L'hypothèse actuellement visée sous le nom d'avis consultatif recouvre bien la notion de renvoi préjudiciel* ».

²¹¹⁰ G. CANIVET, « Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme, Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne ? », *op. cit.* : « *On comprend que, pour des raisons structurelles, [le mécanisme du recours préjudiciel en interprétation devant la Cour de justice des Communautés européennes] ne puisse être reproduit devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais il me semble que, d'une manière ou d'une autre, un mode de coopération formelle soit à organiser* ». Voir également le *Rapport du Groupe des Sages* du 15 nov. 2006, CM(2006)203, § 80 : « *Le Groupe est cependant arrivé à la conclusion que le régime communautaire ne se prête pas à une transposition au Conseil de l'Europe* ». Et plus récemment J.-P. JACQUE, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, § 3 : « *Toutes ces caractéristiques sont propres à l'Union et ne sont pas transposables au système de la Convention* ».

²¹¹¹ Par ailleurs, et même si le vocabulaire paraît trompeur à cet égard, les avis consultatifs prévus par le Protocole n°16 ne doivent pas être confondus avec les avis consultatifs de l'article 47 de la Convention, dont l'initiative n'appartient qu'au seul Comité des ministres en dehors de tout litige.

²¹¹² Sur cette distinction, v. notamment M.-C. RUNAVOT, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *op. cit.*

l'Union »²¹¹³. Rien de tel dans le système conventionnel, dans lequel le prétoire de la Cour européenne est depuis toujours ouvert à « *toute personne* » qui se prétend victime d'une violation de ses droits fondamentaux²¹¹⁴.

Le mécanisme des avis consultatifs ouvre donc un nouveau canal de relations préjudicielles, dont les ambitions sont clairement définies. Les difficultés liées à leur articulation avec les renvois préalables préexistants ne doivent toutefois pas être occultées.

B. Un mécanisme complexe

Il est à espérer que les avis consultatifs à la Cour européenne des droits de l'homme connaîtront un succès comparable à celui de leur homologue de l'Union européenne, le renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Le mécanisme des avis consultatifs apparaît en effet comme un instrument essentiel à l'accomplissement de sa mission de juge des droits fondamentaux par le juge national.

Cela ne doit pas empêcher néanmoins de s'interroger quant aux difficultés posées par ce nouvel instrument. Au-delà des cas de figure connus **(1)**, de nouvelles questions surviennent avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 **(2)**.

1. Les situations connues

Différentes alternatives pour le juge national ordinaire²¹¹⁵. À l'occasion de l'examen d'un litige, le juge national ordinaire avait, avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, la possibilité de solliciter par voie préjudicielle le juge de l'Union²¹¹⁶ et/ou, le juge

²¹¹³ J.-P. JACQUE, « Union européenne et Conseil de l'Europe. À propos des droits de l'homme en Europe », *RDT eur.*, 2013, p. 195.

²¹¹⁴ V. art 34 ConvEDH.

²¹¹⁵ À titre préliminaire, il convient de faire un point terminologique, en précisant que l'expression "juge national ordinaire" utilisée dans ces développements renvoie aux seuls Conseil d'État et Cour de cassation, ces deux juridictions suprêmes se situant au cœur du jeu préjudiciel européen, dans la mesure où elles ont la faculté de saisir par la voie préjudicielle à la fois la Cour de justice, le Conseil constitutionnel, et la Cour européenne des droits de l'homme. Le cadre de la réflexion se limitant par ailleurs au point de vue français.

²¹¹⁶ Art. 267 TFUE.

constitutionnel²¹¹⁷. Alors même que cette double alternative n'était pas sans présenter un certain nombre de difficultés, le juge national peut désormais également saisir la Cour européenne des droits de l'homme par une procédure de renvoi préalable.

En effet, auparavant, le juge national ordinaire qui, à l'occasion d'un litige pendant devant lui, éprouvait un doute quant à l'interprétation d'un texte, pouvait emprunter trois voies différentes : renvoyer une QPC devant le juge constitutionnel²¹¹⁸, poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union, soit enfin décider de saisir simultanément les deux juridictions²¹¹⁹. Le choix dépendait dans ce cas, en premier lieu de l'objet de la question qui intéressait la solution du litige, et en second lieu l'adoption d'une démarche potentiellement stratégique de la part du juge lui-même.

En effet, le juge placé en situation de choisir son interlocuteur pourrait préférer s'adresser plutôt à un juge qu'à l'autre, ou même aux deux concurremment, selon la politique jurisprudentielle qu'il décide de suivre. L'orientation donnée par le juge national ordinaire au dialogue qu'il entretient ou limite avec l'un de ses homologues est ainsi susceptible de s'inscrire dans le cadre d'une démarche stratégique assumée.

À cet égard est emblématique le comportement de la Cour de Cassation dans les affaires *Melki*²¹²⁰ et *Jérémy F.*²¹²¹. Alors que, dans le premier cas d'espèce, cette dernière choisit d'interroger le juge de l'Union concernant le caractère « prioritaire » de la QPC en court-circuitant le Conseil constitutionnel, elle décide, dans la seconde affaire, de solliciter seulement le Conseil Constitutionnel alors qu'à l'évidence une question préjudicielle à la Cour de justice était également envisageable²¹²².

À ces différentes alternatives, parmi lesquelles le juge national ordinaire est libre de choisir – la seule contrainte, d'ordre matériel, étant la nature de la question soulevée dans le

²¹¹⁷ Depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) le 1^{er} mars 2010.

²¹¹⁸ À condition bien sûr que la question porte sur le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis. V. art. 61-1 de la Constitution française.

²¹¹⁹ Hypothèse qui ne s'est pour l'heure jamais produite, mais qui ne peut être totalement exclue.

²¹²⁰ Cass., QPC, 16 avril 2010, n°10-40.001.

²¹²¹ Cass., crim., 18 février 2013, n°13-80.491.

²¹²² Anne LEVADE, « Anatomie d'une première : renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice ! », *JCP G.*, n° 23, 3 juin 2013, p. 1111.

litige – s’ajoute une option supplémentaire. Cette dernière ne dépend plus de la seule volonté du juge national qui ouvre le dialogue, mais également de l’action de son interlocuteur. Il s’agit de l’hypothèse dans laquelle, à l’occasion de l’examen d’une QPC, le Conseil Constitutionnel est amené à opérer à son tour un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. C’est le scénario qui s’est déroulé dans l’affaire *Jérémy F.*²¹²³, duquel résulte une formidable mise en abyme des renvois²¹²⁴.

Si la technique est artistiquement éprouvée sur une variété de supports²¹²⁵, elle se révèle intrigante lorsqu’elle intéresse la science juridique et précisément les procédures préjudicielles. Les dialogues en chaîne qui se nouent entre les juges démontrent en effet que les rouages du dialogue des juges en Europe sont huilés, tout en révélant des questions techniques spécifiques, d’ordre temporel principalement.

L’articulation des différentes relations préjudicielles. À la question de savoir comment organiser la priorité entre QPC et question préjudicielle, une réponse claire a été apportée par la Cour de justice dans l’arrêt *Melki et Abdeli*²¹²⁶. Le contrôle incident de constitutionnalité ne peut intervenir qu’après le contrôle opéré par la Cour de justice, qui doit toujours être préalable²¹²⁷. Cette solution²¹²⁸ conduit à la seconde difficulté, qui apparaît dans les deux situations, dès lors que le Conseil Constitutionnel ne peut statuer qu’une fois la réponse de la Cour de justice rendue.

En France, une loi organique impose un délai de trois mois au Conseil Constitutionnel pour statuer sur une QPC²¹²⁹. Or dans l’hypothèse où ce dernier est tenu d’attendre l’arrêt de

²¹²³ CC, 4 avr. 2013, n°2013-314P QPC.

²¹²⁴ CJUE, *Jérémy F. c/ Premier ministre*, 30 mai 2013, C-168/13 PPU.

²¹²⁵ V. notamment ces exemples de mises en abyme : en peinture avec *Le visage de la guerre* de Salvador DALI ; en littérature avec *Le Pouvoir des fables* de LA FONTAINE ; au cinéma dans *Sueurs froides* d’Alfred HITCHCOCK ; au théâtre dans *Hamlet* de SHAKESPEARE et enfin dans la publicité avec la célèbre « Vache qui rit » ...

²¹²⁶ CJUE, GC, *Melki et Abdeli*, 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10.

²¹²⁷ *Ibid.*, pt. 56.

²¹²⁸ Pour des commentaires de l’arrêt *Melki*, voir notamment : P. GILLIAUX, « Constitutionnalité et conformité au droit de l’Union. Question de priorité », *Journal de droit européen*, nov. 2010, pp. 269-275 ; H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, 2010, p. 659 ; D. SIMON, « Les juges et la priorité de la QPC : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *Revue critique de droit international privé*, 2011, p.1.

²¹²⁹ Loi organique n°2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à l’application de l’article 61-1 de la Constitution.

la Cour de justice, il est tributaire du temps nécessaire à la CJUE pour donner sa réponse. En conséquence, le respect du délai prévu par la loi organique lui échappe. Le risque de dépassement du délai était si plausible que le juge constitutionnel avait lui-même déjà envisagé cette éventualité en 2010²¹³⁰. Le Conseil constitutionnel indique en effet qu'en cas de saisine simultanée, il pourrait « *au besoin* » surseoir à statuer dans l'attente de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union²¹³¹.

D'ailleurs, dans l'affaire *Jérémy F.*, la difficulté liée au délai n'a pu être surmontée par la demande de procédure préjudicielle d'urgence formulée par le Conseil Constitutionnel et favorablement accueillie par la Cour de justice. Par ailleurs, dans les affaires ne concernant pas l'espace de liberté, de sécurité et de justice, une telle procédure d'urgence n'est pas applicable. Rien ne garantit que la procédure accélérée permette une décision de la Cour de justice dans un temps assez bref pour que le Conseil puisse à son tour statuer dans le respect de la règle des trois mois.

Ce délai de trois mois semble, dès lors, inadéquat. À cet égard, il peut être observé que dans la majorité des Etats européens, aucun délai de jugement n'est imposé au juge constitutionnel pour l'exercice de son contrôle *a posteriori*²¹³². L'état actuel de l'organisation des voies préjudicielles soulève donc des difficultés techniques qui, si elles sont dépassées par la pratique des juges lorsque les situations délicates se produisent, méritent toutefois d'être considérées²¹³³.

L'entrée en vigueur du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme instaurant la procédure d'avis consultatif complète la liste des instruments de coopération juridictionnelle. Face à une question concernant les droits fondamentaux, le juge national ordinaire peut également solliciter la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'interprétation des dispositions pertinentes de la Convention et de ses Protocoles.

²¹³⁰ Voir le commentaire de la décision n°2010-79 QPC du 17 déc. 2010 publié sur le site internet du Conseil constitutionnel, dont l'essentiel est repris dans le commentaire de la décision du 4 avr. 2013.

²¹³¹ Voir le commentaire de CC, 4 avr. 2013, n°2013-314P QPC, p. 19.

²¹³² O. LE BOT, « Contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en Europe », *NCCC*, n° 40, 2013, pp. 117 à 130.

²¹³³ Voir l'interview de Jean-Louis DEBRÉ par Denys SIMON, *Revue Europe*, juil. 2013, pp. 4-5 : « *Le Conseil constitutionnel a estimé qu'il pouvait ne pas respecter le délai de trois mois dès lors qu'il était nécessaire que la Cour de justice se prononce afin qu'il puisse exercer sa mission constitutionnelle du contrôle de la loi* ».

2. Les difficultés potentielles

L’articulation entre QPC et avis consultatif²¹³⁴. Le juge national ordinaire²¹³⁵ se trouve dorénavant face à trois interlocuteurs directs potentiels, auxquels il peut s’adresser en cas de doutes relatifs aux normes qu’il doit appliquer dans le cadre de son triple rôle de juge du droit national, du droit de l’Union et du droit de la Convention²¹³⁶.

Une mise en abyme telle que celle qui a pu se produire dans l’espèce *Jérémy F.*, pourrait se réaliser avec la Cour de Strasbourg²¹³⁷. Dans ce cas, la question du délai reste entière. La Cour de Strasbourg est-elle apte à rendre des avis consultatifs dans de brèves échéances, de sorte que le Conseil Constitutionnel respecte le délai de trois mois au cours duquel il est tenu de statuer ? Bien qu’une « *priorité haute* » sera vraisemblablement accordée aux demandes d’avis consultatif²¹³⁸, il est permis d’en douter. S’interroger, au niveau interne, sur la pertinence du délai prévu par la loi organique n’est donc pas inutile²¹³⁹.

De même, en cas de questions tenant à la fois aux dispositions constitutionnelles et conventionnelles, il sera inévitable de déterminer laquelle des deux procédures sera prioritaire. De la même manière que la Cour de justice de l’Union européenne a réglé la question pour ce qui la concerne, la Cour européenne des droits de l’homme sera, à un moment où à un autre, conduite à organiser l’articulation temporelle entre la QPC et la demande d’avis consultatif. Les juges organisant spontanément l’organisation de leurs dialogues, il faut espérer que cette question sera traitée avec autant d’efficacité.

²¹³⁴ Concernant le cas particulier du Conseil Constitutionnel français, v. les questionnements pertinents de L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la convention européenne des droits de l’homme (janvier-août 2018) », *AJDA*, 2018, p. 1770.

²¹³⁵ La situation vaut pour le juge ordinaire français mais également pour les autres juridictions nationales qui ont la possibilité de saisir le juge constitutionnel de leur État par une procédure préjudicielle. C’est le cas notamment des juridictions belges, italiennes, allemandes.

²¹³⁶ J. CALLEWAERT, « Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination. L’interaction entre les ordres juridiques national, communautaire et conventionnel à l’épreuve de la politique », *RTD h.*, n°61, 2005, p. 159.

²¹³⁷ C’est l’hypothèse dans laquelle le Conseil d’État ou la Cour de Cassation renvoie une QPC au Conseil Constitutionnel, qui à l’occasion de cet examen transmet une demande d’avis consultatif à la Cour européenne des droits de l’homme.

²¹³⁸ *Rapport explicatif du Protocole n°16*, § 17.

²¹³⁹ Il est à concéder tout de même que l’intérêt théorique de ces questions dépasse leur intérêt pratique, dans la mesure où les cas de renvoi sur renvoi demeurent rares.

L’articulation entre renvoi préjudiciel et avis consultatif. Aussi, l’articulation des procédures en cas de saisine potentielle des juges de Luxembourg et de Strasbourg pose question. La question de la priorité entre le renvoi préjudiciel et la demande d’avis consultatif peut se poser et les deux Cours européennes devront accorder leurs interventions.

§ 2. La valorisation du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l’Union européenne

Le renvoi préjudiciel est sans aucun doute l’un des révélateurs les plus éclatants de la subsidiarité juridictionnelle présidant au fonctionnement des relations entre les juridictions des États membres et le juge de l’Union. La procédure préjudicielle, en ce qu’elle contient intrinsèquement la double mécanique impliquée par l’idée subsidiaire, apporte de précieux éclairages quant à la subsidiarité sur laquelle repose l’architecture juridictionnelle européenne.

En effet, son existence implique non seulement que le juge national est juge de droit commun du droit de l’Union européenne (subsidiarité juridictionnelle descendante)²¹⁴⁰, mais également que la Cour de justice est seule compétente pour interpréter et apprécier la validité des actes de droit de l’Union. Le renvoi préjudiciel met ainsi en lumière la fonction dévolue à la Cour de veiller à l’interprétation et à l’application uniforme du droit de l’Union dans l’ensemble des États membres²¹⁴¹. Il est l’instrument procédural qui lui permet d’accomplir cette mission (subsidiarité juridictionnelle ascendante).

Son étude au titre des remèdes permettant de préserver la Cour de justice d’une surcharge de travail s’impose, dans la mesure où la procédure préjudicielle est complémentaire des autres voies de droit composant l’architecture contentieuse de l’Union. C’est bien parce que le renvoi préjudiciel existe que les conditions de recevabilité des recours directs et plus précisément leurs conditions d’accès aux particuliers peuvent être restreintes.

²¹⁴⁰ Sur ce point, v. les réflexions du Professeur Fausto DE QUADROS, qui décrit une « *função subjectiva* » du renvoi préjudiciel, celle de « *fornir aux particuliers une garantie juridique des droits qu’ils tirent du droit de l’Union [dans la mesure où le renvoi préjudiciel implique qu’] ils ont droit à une application pleine et effective du droit de l’Union également par les tribunaux nationaux* ». La traduction est nôtre. V. F. DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, 3.^a edição, 2015, p. 584.

²¹⁴¹ F. DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, *op. cit.*, p. 581-582.

La procédure préjudicielle a fait l'objet d'une revalorisation récente dans l'ordre juridique de l'Union, précisément dans des matières dans lesquelles la compétence préjudicielle de la Cour était jusqu'alors restée marginale. Le champ matériel de la procédure préjudicielle a été élargi et une nouvelle procédure permettant un travail plus rapide de la Cour de justice a vu le jour **(A)**.

Par ailleurs, les préoccupations récentes quant au nombre sans cesse plus important de renvois préjudiciels introduits à Luxembourg²¹⁴² restent mesurées. Elles ne remettent pas en cause le succès du renvoi préjudiciel, toujours plébiscité et considéré comme la « *clef de voûte du système juridictionnel de l'Union* »²¹⁴³ **(B)**.

A. L'évolution de la compétence préjudicielle de la Cour de justice

Alors que le mouvement général marqué par le contexte de crise des juridictions européennes tend à restreindre l'accès direct aux prétoires de Luxembourg, le renvoi préjudiciel connaît un certain renouveau. Permettant un accès indirect à la Cour de justice pour le justiciable en ce sens qu'autant l'initiative que le contenu du renvoi lui échappe pour relever du juge national, la procédure préjudicielle est revalorisée au sein de l'ordre juridique de l'Union.

La compétence préjudicielle de la Cour de justice est élargie à des matières dont elle demeurerait encore largement exclue **(1)**. Cette dernière assiste également à l'enrichissement de son contrôle préjudiciel par la création d'une procédure préjudicielle d'urgence **(2)**.

1. L'élargissement de la compétence préjudicielle de la Cour

Des exceptions avant le traité de Lisbonne. Le traité de Lisbonne, met fin aux deux exceptions amputant la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans des matières sensibles incarnant l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

²¹⁴² V. CJUE, Rapport présenté au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil, du 16 déc. 2015, modifiant le Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, 14 déc. 2017.

²¹⁴³ CJUE, Ass. plén., 18 déc. 2014, *avis 2/13*, pt. 176 et CJUE, 5 juil. 2016, *Ognyanov*, aff. C-614/14, pt 15.

La première restriction opérait en matière de visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes. Dans ces matières, seules les juridictions nationales de dernière instance étaient habilitées à interroger la Cour par la voie préjudicielle²¹⁴⁴. L'ex-article 68, paragraphe 1, du TCE fermait donc la porte du dialogue direct avec la Cour de justice à la majorité des juges nationaux.

La seconde, prévue par l'ex-article 35 du TUE²¹⁴⁵, concernait le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. La compétence préjudicielle de la Cour était soumise à son acceptation expresse par chaque État membre *via* une déclaration d'acceptation préalable et définitive²¹⁴⁶. Dans cette déclaration, l'État membre devait également préciser lesquelles de ses juridictions étaient habilitées à saisir la Cour : toutes les juridictions ou seulement celles statuant en dernier ressort.

Ainsi, si le traité d'Amsterdam a eu le mérite d'affirmer la compétence préjudicielle de la Cour dans ces domaines²¹⁴⁷ en ce qu' « *il [a] consac[r]é la présence du juge en une*

²¹⁴⁴ Ancien article 68 § 1 TCE, qui prévoyait que « *l'article 234 est applicable au présent titre dans les circonstances et conditions suivantes : lorsqu'une question sur l'interprétation du présent titre ou sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté sur la base du présent titre est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demande à la Cour de justice de statuer sur cette question* ».

²¹⁴⁵ Ancien article 35 TUE, qui prévoyait que : « *1. La Cour de justice des Communautés européennes est compétente, sous réserve des conditions définies au présent article, pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions- cadres et des décisions, sur l'interprétation des conventions établies en vertu du présent titre, ainsi que sur la validité et l'interprétation de leurs mesures d'application. 2. Tout État membre peut, par une déclaration faite au moment de la signature du traité d'Amsterdam, ou à tout autre moment postérieur à ladite signature, accepter la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel dans les conditions définies au paragraphe 1. 3. Un État membre qui fait une déclaration au titre du paragraphe 2 indique que :*

a) soit toute juridiction de cet État dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elle et portant sur la validité ou l'interprétation d'un acte visé au paragraphe 1, lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement,

b) soit toute juridiction de cet État a la faculté de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée dans une affaire pendante devant elle et portant sur la validité ou l'interprétation d'un acte visé au paragraphe 1, lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement ».

²¹⁴⁶ V. A. ARNULL, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam », in J.-L. CLERGERIE, *Le pouvoir judiciaire communautaire*, PULIM, Limoges, 1999, pp. 55-65.

²¹⁴⁷ Du temps du traité de Maastricht, la compétence préjudicielle de la Cour était inexistante concernant le troisième pilier.

matière essentielle de laquelle il avait été volontairement exclu »²¹⁴⁸, cette présence demeurerait néanmoins limitée²¹⁴⁹.

Des exceptions supprimées par le traité de Lisbonne. Le traité de Lisbonne fait tomber ces exceptions et met ainsi fin au contrôle préjudiciel « *à la carte* »²¹⁵⁰ dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Dorénavant, le principe dans cet espace est le même que pour le reste du droit de l'Union²¹⁵¹, à savoir celui de la compétence préjudicielle de la Cour de justice. Les restrictions à celle-ci deviennent l'exception²¹⁵².

Applicables dès la fin de la période transitoire prévue par le Protocole n°36, intervenue le 1^{er} décembre 2014, les nouvelles dispositions marquent une étape fondamentale dans l'ouverture des relations préjudicielles entre la Cour de justice et les juridictions des États membres²¹⁵³. Désormais, toutes les juridictions nationales peuvent saisir la Cour de justice de l'Union européenne dans ces domaines, quelle que soit leur spécialisation matérielle et leur position dans la hiérarchie juridictionnelle de l'État membre.

Ces évolutions sont essentielles en ce qu'elles participent au processus de juridictionnalisation de l'Union²¹⁵⁴ et renforcent la protection juridictionnelle en élargissant le canal de relations entre le juge de l'Union et les juges nationaux dans un espace en construction, au cœur duquel se trouvent l'individu et les droits fondamentaux qui lui sont

²¹⁴⁸ H. LABAYLE, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTD eur.*, 1997, n° 04, pp. 813-881.

²¹⁴⁹ Pour une analyse critique des exceptions à la compétence préjudicielle de la Cour dans le traité d'Amsterdam, v. H. LABAYLE, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *op. cit.*

²¹⁵⁰ G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, *op. cit.*, spéc. p. 164.

²¹⁵¹ N'est pas abordée ici la question de l'absence de contrôle juridictionnel de la politique étrangère et de sécurité commune, dont la juridictionnalisation est complexe. Se reporter aux travaux de G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, *op. cit.*

²¹⁵² Il reste que « la Cour n'est pas compétente pour vérifier la validité et la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure » (art. 276 TFUE).

²¹⁵³ Ces changements constituent plus largement une évolution marquante du processus de juridictionnalisation de l'ELSJ puisque la Cour de justice dispose désormais d'une « plénitude de compétence » dans « le pilotage de l'Espace ». V. H. LABAYLE, « Fin de période transitoire pour l'Espace de liberté : le début d'un nouveau cycle ? », *www.gdr-elsj.eu*, 26 nov. 2014.

²¹⁵⁴ Sur cette question, v. G. BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, Bayonne, *op. cit.*

attachés. Le champ d'application du renvoi préjudiciel ayant été élargi, cette dynamique est également alimentée par la création de la procédure préjudicielle d'urgence.

2. La création de la procédure préjudicielle d'urgence

Une innovation. Alors que le principe de la procédure accélérée existant par ailleurs en contentieux de l'Union concernait également les renvois préjudiciels²¹⁵⁵, la procédure préjudicielle d'urgence (PPU)²¹⁵⁶, entrée en application le 1^{er} mars 2008²¹⁵⁷, a constitué une véritable « *innovation* »²¹⁵⁸.

Cette nouvelle procédure est en effet novatrice, car elle consacre une forme de spécialisation au sein de la Cour de justice, une chambre étant spécialement désignée pendant un an pour traiter de l'ensemble des PPU. Aussi, la phase écrite est drastiquement allégée, alors que l'audience devant la Cour de justice se trouve largement revalorisée. La PPU s'inscrit sur ce point « *à contre-courant de la tendance lourde de la Cour de justice consistant à privilégier la phase écrite* »²¹⁵⁹. C'est notamment pour ces raisons, mais il y en a d'autres, que la PPU a mérité d'être qualifiée de « *nouveau théâtre du procès européen* »²¹⁶⁰.

Dans les domaines couverts par l'espace de liberté, de sécurité et de justice, il est donc désormais possible pour tout juge national d'utiliser la PPU afin d'obtenir une réponse du juge de l'Union dans un délai extrêmement rapide lorsque les circonstances l'exigent. Il s'agit

²¹⁵⁵ V. art. 23 bis du statut de la Cour de justice ; art. 105 et 106 du règlement de procédure de la Cour de justice (Règlement de procédure de la Cour de justice, du 25 septembre 2012 (*JOUE* L 265 du 29.09.2012), tel que modifié le 18 juin 2013 (*JOUE* L 173 du 26.06.2013, p.65) et le 19 juillet 2016 (*JOUE* L 217 du 12.8.2016, p.69)).

²¹⁵⁶ V. art. 23 bis du statut de la Cour de justice ; art. 107 à 114 du règlement de procédure de la Cour de justice (*Ibid*)

²¹⁵⁷ Décision du Conseil du 20 déc. 2007 portant modification du Protocole sur le statut de la Cour de justice et modifications du règlement de procédure de la Cour de justice adoptées par celle-ci le 15 janv. 2008 (*JOUE* L 24 du 29. 01.2008, p. 39).

²¹⁵⁸ A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert WEITZEL*, Paris, Pedone, 2013, pp. 201-224, spéc. p. 202.

²¹⁵⁹ L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ? », *Cah. dr. eur.*, 2012, Vol. 48, n° 1, pp. 135-166.

²¹⁶⁰ *Ibid*.

principalement d'affaires dans lesquelles la protection de l'intérêt de l'enfant ou des droits d'une personne privée de sa liberté est en jeu²¹⁶¹.

La limitation aux situations d'urgence. La mise en place de la PPU répond à des préoccupations précises. Il est apparu nécessaire d'ouvrir un canal de relations plus rapide entre les juges nationaux et le juge de l'Union pour les affaires sensibles dans lesquelles les droits fondamentaux de personnes vulnérables sont menacés. C'est pourquoi le champ d'application de la PPU a été limité aux matières de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Il est à noter que les dispositions régissant la PPU ne précisent pas les critères permettant de caractériser l'urgence d'une situation. La note informative de la Cour sur l'introduction des procédures préjudicielles par les juridictions nationales se réfère, de manière indicative, aux litiges concernant une personne détenue ou privée de sa liberté et ceux concernant l'autorité parentale ou la garde d'enfants²¹⁶².

L'étude de la jurisprudence de la Cour permet néanmoins d'observer que les situations considérées comme urgentes sont celles où l'intérêt de l'enfant est en cause du fait de l'éloignement avec l'un de ses parents²¹⁶³, ou lorsqu'est en jeu la remise en liberté d'une personne qui en est privée²¹⁶⁴.

Dans les situations où l'urgence est ainsi caractérisée, la voie de la PPU permet alors à la juridiction nationale d'obtenir une réponse de la Cour de justice dans des délais

²¹⁶¹ Pour une analyse des principales décisions, v. A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert WEITZEL*, Paris, Pedone, 2013, pp. 207-210.

²¹⁶² V. Note informative de la Cour sur l'introduction des procédures préjudicielles par les juridictions nationales, *JOUE* C 160/1, 28.05.2011, pt. 37.

²¹⁶³ V. parmi d'autres exemples, CJCE, 11 juil. 2008, *Rinau*, aff. C-195/08 PPU ; CJUE, 23 déc. 2009, *Jasna Deticek*, aff. C-403/09 PPU ; CJUE, 22 déc. 2010, *Mercredi*, aff. C-497/10 PPU et CJUE, 26 avr. 2012, *Health Service Executive*, C-92/12 PPU. Dans ces affaires, l'urgence est caractérisée par la nécessité de permettre le rétablissement ou le maintien des relations entre l'enfant et ses parents.

²¹⁶⁴ V. parmi d'autres exemples, CJCE, 12 août 2008, *Santesteban Goicoechea*, aff. C-296/08 PPU ; CJUE, 28 juin 2012, *Melvin West*, aff. C-192/12 PPU et CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F.*, aff. C-168/13 PPU. Dans ces affaires en matière de coopération policière et judiciaire en matière pénale, l'urgence est caractérisée par la privation de liberté de l'individu. En matière de politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, v. parmi d'autres exemples CJCE, 30 nov. 2009, *Kadzoev*, aff. C-357/09 PPU ; CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11 PPU et CJUE, 10 sept. 2013, *M. G.*, aff. C-383/13 PPU. L'urgence est également caractérisée par la privation de liberté de l'individu.

extrêmement réduits. En effet, alors que le délai moyen du traitement d'un renvoi préjudiciel était de 15, 5 mois en 2019, la durée d'une PPU était de 3,7 mois en moyenne²¹⁶⁵.

Le renvoi préjudiciel, quelle que soit la forme qu'il revêt, est donc revalorisé au sein de l'ordre juridique de l'Union, malgré les inquiétudes tenant au volume de renvois opérés vers la Cour de justice. Cet engouement renouvelé pour cette procédure originale peut être analysé comme l'une des solutions techniques apportées à la nécessité de réguler le contentieux européen dans le contexte de crise actuel.

En renvoyant davantage la charge de travail vers le juge national, la Cour de justice lui fait en effet parvenir un message fort : il est son partenaire privilégié et essentiel dans l'application du droit de l'Union européenne.

B. Le succès de la procédure préjudicielle

Le succès du renvoi préjudiciel en droit de l'Union européenne est flagrant. Qualifiée de « *bon système, qui a fait ses preuves* »²¹⁶⁶, la procédure préjudicielle a démontré ses vertus propices à l'intégration européennes **(1)**. Le bilan concernant sa version particulière dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la PPU, reste cependant plus nuancé **(2)**.

1. Le succès du renvoi préjudiciel

Le point de vue quantitatif. Le succès du renvoi préjudiciel est total. D'un point de vue quantitatif, il est la voie de droit la plus utilisée auprès de la Cour, représentant en 2019 plus de 66 % des affaires qui lui sont soumises²¹⁶⁷.

²¹⁶⁵ Ces chiffres sont tirés du *Rapport annuel 2019* de la Cour de justice, p. 174.

²¹⁶⁶ J.-M. SAUVÉ, « Réflexion autour de la procédure préjudicielle », *op. cit.*, p. 1.

²¹⁶⁷ V. *Rapport annuel 2019* de la Cour de justice, p. 162 et CJUE, *Rapport présenté au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil*, du 16 déc. 2015, modifiant le Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, 14 déc. 2017, pièce jointe : Aperçu des affaires introduites devant la Cour de justice entre le 1^{er} janv. et le 31 oct. 2017.

Ainsi que cette dernière le souligne, si les juridictions des États membres « *en ont fait initialement un usage relativement limité, la donne a changé de nos jours : les juridictions nationales n'hésitent plus à saisir la Cour de demandes préjudicielles toujours plus nombreuses portant sur les domaines les plus variés* »²¹⁶⁸. Les statistiques judiciaires en attestent²¹⁶⁹. D'après les analyses de la Cour, la croissance du nombre de renvois préjudiciels est d'ailleurs « *plus que proportionnelle à l'augmentation du nombre d'États membres* » et semble « *appelée à se poursuivre* »²¹⁷⁰.

Le point de vue qualitatif. D'un point de vue qualitatif, plusieurs éléments sont à relever. Le premier, classique, consiste à souligner que c'est dans le cadre de la procédure préjudicielle « *que s'est accomplie, pour l'essentiel, l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice* »²¹⁷¹. C'est en effet l'instrument par lequel la Cour a développé les grands principes régissant l'ordre juridique de l'Union. Il suffit de penser aux arrêts *Van Gend en Loos*²¹⁷² et *Costa c. ENEL*²¹⁷³ pour s'en convaincre, bien que les exemples ne manquent pas²¹⁷⁴.

Le renvoi préjudiciel a également fait entrer directement le droit de l'Union dans l'ensemble des prétoires des juridictions nationales. Permettant de « *concilier cet équilibre original* »²¹⁷⁵ entre les deux objectifs majeurs que sont le respect de la diversité des juridictions nationales et l'unité de l'ordre juridique de l'Union, la procédure du renvoi

²¹⁶⁸ CJUE, *Rapport présenté au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil*, du 16 déc. 2015, modifiant le Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, 14 déc. 2017, p. 2.

²¹⁶⁹ V. les statistiques judiciaires publiées chaque année dans les rapports annuels de la Cour de justice, qui font état d'une augmentation permanente du nombre de questions préjudicielles posées à la Cour. Les renvois préjudiciels représentent depuis plusieurs années entre les deux tiers et les trois quarts des affaires soumises à la Cour de justice.

²¹⁷⁰ CJUE, *Rapport présenté au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil*, du 16 déc. 2015, modifiant le Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, 14 déc. 2017, p. 4.

²¹⁷¹ J.-M. SAUVÉ, « Réflexion autour de la procédure préjudicielle », *op. cit.*, p. 2.

²¹⁷² CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, 1963-I, p. 3.

²¹⁷³ CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1141.

²¹⁷⁴ Parmi lesquels : CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. ; CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.* p. 651 ; CJCE, 11 juil. 1974, *Procureur du droit contre Gustave Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 837 ; CJCE, 8 avr. 1976, *Defrenne II*, aff. 43/75, *Rec.* p. 455 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. ; CJCE, 20 fév. 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649 ; CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. C-314/85, *Rec.* p. ; CJCE, 19 juin 1990, *Factortame e. a.*, aff. C- 213/89, *Rec.* p. I-2433 ; CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* p. ; CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* p. I-10239 ; CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec.* p.

²¹⁷⁵ J.-M. SAUVÉ, « Réflexion autour de la procédure préjudicielle », *op. cit.*, p. 3.

préjudiciel a prodigieusement contribué à l'intégration européenne. Sa valorisation actuelle tend à le confirmer, en offrant une place sans cesse croissante au juge national dans la construction européenne et répondant ainsi à ses revendications.

Par ailleurs, la Cour s'est récemment félicitée de l'intensité²¹⁷⁶ autant que de la qualité du dialogue noué avec les juges nationaux *via* le mécanisme préjudiciel. Les demandes de décision préjudicielles émanent en effet de l'ensemble des juges nationaux, les juridictions des États qui sont membres de l'Union européenne depuis de nombreuses années continuant d'interroger la Cour et les juridictions des États entrés plus récemment n'hésitant pas à utiliser abondamment ce canal de dialogue juridictionnel²¹⁷⁷.

À ce sujet, les inquiétudes soulevées par la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020 ne doivent pas balayer la qualité des relations nouées jusqu'alors.

En ce qui concerne, par ailleurs, les alertes lancées quant au fait que le renvoi préjudiciel serait « *victime de son succès* »²¹⁷⁸, il semble qu'elles portent leur fruit puisque l'institution judiciaire de l'Union a adopté des mesures qui ont déjà été évoquées dans le cadre de la présente étude afin d'éviter tout encombrement de son prétoire²¹⁷⁹.

Le succès du renvoi préjudiciel est dès lors indéniable. Il n'en va pas exactement de même concernant la procédure préjudicielle d'urgence propre à l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

²¹⁷⁶ CJUE, *Rapport présenté au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil*, du 16 déc. 2015, modifiant le protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, 14 déc. 2017, p. 7.

²¹⁷⁷ V. *Rapport annuel 2016* de la Cour de justice, p. 83.

²¹⁷⁸ T. KOOPMANS, « La procédure préjudicielle, victime de son succès ? », in *Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden-Nomos, 1987, p. 347. L'expression datant des années 1980 est régulièrement reprise en doctrine.

²¹⁷⁹ V. Partie II, Titre II, Ch. 1, Sect. 1, § 2, B. V. aussi, E. FOIS, *Le rendement préjudiciel à la Cour de justice*, Thèse, Toulouse, 2016.

2. Le succès relatif de la procédure préjudicielle d'urgence

L'élément du succès. Les doutes émis dans les premières années d'application de la PPU²¹⁸⁰ semblent aujourd'hui se confirmer. Son succès, s'il reste réel au regard de la célérité du traitement des affaires traitées par son intermédiaire par la Cour²¹⁸¹, n'est cependant pas total.

Les éléments de critique. Certaines faiblesses, tenant principalement à deux éléments, peuvent cependant être relevées à son égard. Le premier élément réside dans la conception restrictive de l'urgence retenue par la Cour de justice²¹⁸². L'étude casuistique de la jurisprudence²¹⁸³ autant que les chiffres permettent d'en prendre toute la mesure. Depuis 2008, seulement 57 % des demandes de PPU ont été accueillies positivement par la Cour²¹⁸⁴.

Le second concerne le nombre de demandes de PPU émanant des juridictions nationales, qui est loin d'être écrasant. La PPU a été notamment sollicitée 77 fois entre 2015 et 2019²¹⁸⁵. Mis en perspective avec la masse de renvois préjudiciels intervenant dans les matières de l'ELSJ²¹⁸⁶, ces chiffres permettent de se rendre compte du fait que la PPU reste finalement peu soulevée par les juridictions nationales.

Dès lors, la procédure préjudicielle d'urgence reste peu sollicitée par le juge national et peu admise par la Cour de justice. Cela conduit à relativiser le succès de cette procédure

²¹⁸⁰ V. par exemple H. LABAYLE et P. DE BRUYCKER, « L'impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH sur l'asile et l'immigration », *op. cit.*, spéc. pp. 72 et s.

²¹⁸¹ A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert WEITZEL*, Paris, Pedone, 2013, pp. 201-224, spéc. p. 205.

²¹⁸² V. H. LABAYLE et P. DE BRUYCKER, « L'impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH sur l'asile et l'immigration », *op. cit.*, spéc. p. 74. et A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert WEITZEL*, Paris, Pedone, 2013, pp. 201-224, spéc. p. 206.

²¹⁸³ H. LABAYLE et P. DE BRUYCKER, « L'impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH sur l'asile et l'immigration », *op. cit.*, spéc. pp. 72 et s.

²¹⁸⁴ Un calcul simple a été effectué à partir des données fournies par la Cour de justice dans ses rapports annuels. Pour information, les chiffres mentionnés dans les rapports annuels de la Cour de justice font état de 3 PPU en 2008, 2 en 2009, 5 en 2010, 2 en 2011, 4 en 2012, 2 en 2013, 4 en 2014, 5 en 2015, 9 en 2016 et 4 en 2017, 12 en 2018 et 11 en 2019.

²¹⁸⁵ V. *Rapport annuel 2019* de la Cour de justice, p. 178.

²¹⁸⁶ V. *Rapport annuel 2019* de la Cour de justice, p. 162.

récente bien que son utilité soit incontestable du point de vue de la protection juridictionnelle des particuliers, *a fortiori* dans des domaines particulièrement sensibles et au cœur desquels les droits fondamentaux d'individus en situation de vulnérabilité²¹⁸⁷.

Le renvoi préjudiciel, existant depuis les origines de la construction communautaire, permet donc un accès indirect des particuliers à la Cour de justice puisqu'il s'agit d'une procédure de juge à juge. À ce titre, il participe à la protection juridictionnelle effective des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union, en s'inscrivant en complémentarité avec les autres voies de droit formant l'architecture contentieuse de l'Union européenne et tout en faisant peser cette responsabilité sur le juge national.

Récemment revalorisé par l'élargissement du champ matériel couvert et par l'enrichissement des procédures mises à disposition du juge national, son succès est également sans cesse constaté malgré le cas particulier de la PPU au sujet de laquelle des réserves s'imposent. Son caractère fondamental pour l'ordre juridique de l'Union explique que, bien que la Cour soit tenue de composer avec un nombre considérable de questions préjudicielles auxquelles elle doit répondre, il ne soit pas envisagé de réduire l'accès des juridictions des États au juge de l'Union²¹⁸⁸.

Par ailleurs, le renvoi préjudiciel, en permettant au juge national d'accomplir au mieux sa mission de juge de droit commun du droit de l'Union européenne, justifie le maintien des restrictions à l'accès direct des particuliers à la Cour de justice. Ce renvoi aux juridictions nationales, qui conservent toujours la faculté de solliciter le juge de l'Union, est une manifestation de la subsidiarité juridictionnelle et de son efficacité si l'on constate que le prétoire du juge de Luxembourg n'a pas subi de crise d'engorgement comparable à celle vécue à Strasbourg.

²¹⁸⁷ V. H. LABAYLE et P. DE BRUYCKER, « L'impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH sur l'asile et l'immigration », *op. cit.*

²¹⁸⁸ Face à l'accroissement constant du nombre de renvois préjudiciels adressés à la Cour de justice, l'une des propositions consiste à partager la compétence préjudicielle entre la Cour de justice et le Tribunal. Cette piste demeure pour l'heure écartée par la Cour. V. CJUE, *Rapport présenté au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil*, du 16 déc. 2015, modifiant le Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, 14 déc. 2017,

Aussi, il est souhaitable que cette revalorisation récente du renvoi préjudiciel transmette un message clair aux juridictions nationales, les tensions récentes qui ont opposé certaines d'entre elles à la Cour de justice ne manquant pas de susciter nombre d'inquiétudes à cet égard. Ce mécanisme apporte en effet la preuve directe de la confiance que leur porte le juge de l'Union ainsi que celle de sa volonté, toujours réaffirmée, de voir le juge national occuper et conserver une place centrale au cœur du processus d'intégration européenne.

Face aux crises auxquelles elles sont confrontées, les Cours européennes empruntent des chemins similaires. Le système contentieux de la Cour européenne des droits de l'homme s'engage sur la voie, mesurée, du resserrement des conditions de recevabilité des recours individuels *via* la réduction du délai de recours et l'instauration d'un nouveau critère de recevabilité des requêtes, celui du « préjudice important ». Le système contentieux de la Cour de justice de l'Union européenne, dont le prétoire est difficilement accessible aux particuliers depuis ses origines, persiste à emprunter cette voie malgré quelques évolutions, lesquelles demeurent cependant trop limitées pour exprimer une réelle volonté de changement.

La protection juridictionnelle effective des droits que les particuliers tirent du droit européen ne souffre pourtant pas de ces choix. En effet, la compensation est assurée par la création (Convention européenne) ou la revalorisation (Union européenne) de voie de dialogue permettant au juge national de solliciter les Cours européennes. La subsidiarité juridictionnelle dont l'exercice s'opère *via* la relation préjudicielle permet alors de pallier les difficultés rencontrées ou anticipées par les juridictions européennes en renforçant le rôle du juge national dans la construction européenne et tout en restant fidèle à la philosophie originelle selon laquelle les Cours européennes sont des juges subsidiaires.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Face aux menaces récentes pesant sur les deux Cours européennes, la nécessité de préserver leurs prétoires s'est imposée. La quantité de requêtes parvenant jusqu'à Strasbourg et Luxembourg, mais également les critiques auxquelles le juge européen doit faire face ont obligé à repenser la régulation du contentieux européen. La réponse à ces difficultés est alors directement puisées dans la subsidiarité juridictionnelle, dans une logique de protection de l'office du juge européen.

Le renforcement de la subsidiarité descendante permet en effet d'entretenir une double dynamique salvatrice. Il s'agit de limiter (ou maintenir limité) l'accès direct aux prétoires des Cours européennes tout en ouvrant parallèlement les voies d'accès indirectes matérialisées par les relations préjudicielles. Le rôle du juge national en tant que juge européen de droit commun se trouve ainsi renouvelé, la décentralisation du contentieux européen en sa direction étant portée à son maximum et les voies de dialogues avec ses homologues de Strasbourg et Luxembourg étant pleinement ouvertes afin de l'accompagner dans cette mission.

Quant au juge européen, les solutions mises en place doivent permettre de le protéger, à la fois du risque de paralysie causé par le phénomène d'engorgement, ainsi que des contestations dont il est la cible. Consenties, voire même largement portées par le juge européen lui-même, ces réponses à la crise juridictionnelle s'inscrivent, dès lors, dans une dynamique de protection du juge européen, de son office, de son rôle subsidiaire indispensable à la garantie de l'intégration européenne.

CONCLUSION DU TITRE II

L'observation de la situation des Cours de Strasbourg et de Luxembourg, bien que sensiblement différentes, conduit à dresser un constat commun, celui de la nécessité de préserver leurs prétoire d'un afflux trop important de requêtes qui mettrait en péril la durée et la qualité du travail juridictionnel. Les contestations à leur encontre, émanant des autorités politiques ou juridictionnelles nationales, justifient également une réévaluation de la place occupée par le juge européen dans l'espace juridictionnel européen.

Les remèdes aux problématiques qui viennent d'être évoquées sont en effet puisés dans la subsidiarité juridictionnelle, et tout particulièrement dans son acception descendante. La limitation de l'intervention du juge européen se concrétise par l'adaptation des conditions de recevabilité des recours à Strasbourg et par le maintien d'un accès direct réduit des particuliers à Luxembourg.

Mise en perspective avec le mouvement complémentaire consistant à ouvrir largement les voies de la coopération préjudicielle, a été observé en tant que corollaire de cette limitation, une redistribution du contentieux européen renforçant le rôle du juge national dans la construction européenne. L'ouverture plus large du renvoi préjudiciel dans l'Union européenne et la création du mécanisme d'avis consultatifs à la Cour européenne des droits de l'homme en sont des réalisations marquantes, lesquelles replacent le juge national au cœur du système juridictionnel européen en redirigeant vers lui la responsabilité de l'application du droit européen.

Cette régulation du contentieux européen par un exercice revisité de la subsidiarité juridictionnelle s'opère, en définitive, au bénéfice du juge européen, avec son consentement et conditionnée par sa participation active. De la préservation des conditions de travail de ce dernier, et du maintien de la qualité du travail qui en découle, dépend en effet l'intégration européenne, dont il est l'architecte et le garant.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

La seconde partie de la recherche, consacrée à analyser l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle, a conduit à en mesurer le potentiel salvateur dans la gestion de la crise juridictionnelle. Elle en a également souligné l'ambivalence, en ce que ledit exercice bénéficie tantôt au juge national, tantôt au juge européen. Ainsi, l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle se présente *in fine* comme un outil, qui, s'il est habilement mobilisé, est à même de garantir une poursuite harmonieuse de l'intégration européenne, au moins en ce qui concerne la cohérence du fonctionnement des juridictions sur lesquelles elle repose en partie.

À cet égard, il a tout d'abord été observé que cette régulation du contentieux européen s'opère au bénéfice du juge national, élément essentiel de la décentralisation dudit contentieux. Tout d'abord, son autonomisation, si elle est pleinement reconnue dans les deux ordres juridiques européens, peut présenter un risque, particulièrement dans le système conventionnel. La jurisprudence de Strasbourg n'est en effet pas toujours lisible et place parfois le juge national dans une situation d'insécurité juridique inquiétante. Ensuite, la responsabilisation du juge national, clairement renouvelée en Europe, renforce la place de ce dernier au cœur de l'intégration européenne. Demandeur d'une telle reconsidération de son rôle, le juge national trouve dans les évolutions de la procédure préjudicielle et les évolutions portées par l'obligation de protection juridictionnelle effective une réponse à ses aspirations.

S'opérant également au bénéfice du juge européen, cette régulation du contentieux en temps de crise et les solutions qu'elle propose, doivent lui permettre de se recentrer sur son contrôle subsidiaire, limité au nécessaire, et donc à ce qui demeure capital pour la préservation de l'intégration européenne. Effectuée dans une logique de protection des Cours européennes, la régulation du contentieux européen se manifeste à travers une double dynamique, qui découle elle-même d'un double constat.

Tout d'abord, le constat de la crise juridictionnelle voit les prétoires des juges de Strasbourg et de Luxembourg encombrés de trop nombreuses requêtes et leur rôle sévèrement

remis en question par les acteurs politiques et juridictionnels nationaux. Le juge européen, conscient de la gravité des menaces qui pèsent sur la poursuite harmonieuse de son office et, par conséquent, sur le processus d'intégration européenne lui-même, a choisi de faire face à ses responsabilités en adoptant une attitude proactive pour résoudre ces problèmes. Ensuite, le double mouvement complémentaire de régulation du contentieux consiste alors en un jeu de vases communicants, le premier contenant la restriction de l'accès direct aux prétoires européens et le second portant la revalorisation de l'accès indirect *via* le mécanisme du renvoi préalable. À cet égard, il a ici été considéré qu'un tel renforcement de la décentralisation du contentieux européen se mue finalement en redistribution vers le niveau national.

Cet exercice ambivalent de la subsidiarité juridictionnelle, habilement mené, se pose donc en une garantie nécessaire de la poursuite de l'intégration européenne dans le contexte actuel. Il permet, d'une part, de renforcer la décentralisation du contentieux européen vers le juge national. Dans l'exercice de cette mission, celui-ci reste assisté par les juridictions européennes dans un esprit bienvenu de collaboration. Il s'agit en effet, d'autre part, de rendre aux Cours européennes la subsidiarité de leur rôle.

CONCLUSION GÉNÉRALE

À l'issue de son étude, la complexité de l'étude de la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne ne s'est pas démentie davantage que son intérêt, confirmant les impressions dessinées dès l'entame de la recherche.

À cet égard, composer avec les paradoxes identifiés initialement aura constitué une constante. Ces derniers ont en effet jalonné l'ensemble de la démonstration, conduisant parfois à remettre en cause les postulats de départ. Ils tenaient, d'une part, à l'insaisissabilité de la notion même de subsidiarité juridictionnelle et au vide doctrinal entourant son étude, incertitudes n'empêchant pas de pressentir que cette dimension de la subsidiarité était cependant essentielle à la réalisation de l'intégration européenne malgré son absence formelle du droit positif. Cette perception paradoxale concernait, d'autre part, l'identité des problématiques rencontrées par les deux ordres juridiques européens, en dépit des conceptions différentes du principe de subsidiarité qui prévaut incontestablement dans chacun d'entre eux. Enfin, les dysfonctionnements et la crise traversée par l'intégration européenne laissaient déjà entrevoir le caractère ambivalent de la relation entre le principe subsidiarité juridictionnelle et la construction européenne, ledit principe étant présenté dans ce contexte à la fois comme une source de conflits entre les différents niveaux de juridiction, et une clé de leur résolution.

Aussi, à l'issue de cette recherche doctorale, la richesse du sujet d'étude ne s'épuise pas. Les dissonances entre le juge national et le juge européen demeurent en effet particulièrement d'actualité, et il est aujourd'hui impossible de préjuger d'un éventuel dénouement des tensions relatives à l'articulation des différents contrôles juridictionnels.

Un certain nombre d'enseignements fondamentaux peuvent néanmoins, et heureusement, être tirés au terme de l'étude. Il convient, pour cela, de revenir à l'hypothèse de recherche initialement développée et de rappeler le cadre qui avait alors été assigné à son analyse. Observée concomitamment dans les ordres juridiques de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne, un argument avait été avancé, présupposant

que la subsidiarité juridictionnelle occupait une fonction originale, particulière, dans le processus d'intégration européenne : elle constituerait une condition de la réalisation de ce processus. Il apparaît bien que ce statut est, sinon confirmé, à tout le moins renouvelé par le contexte empreint de dissonances juridictionnelles que la construction européenne traverse durablement depuis la fin du siècle dernier. Pour parvenir à ce résultat, c'est-à-dire confirmer ou à infirmer cette hypothèse, il convenait de mener des investigations approfondies sur la notion de subsidiarité juridictionnelle, lesquelles devaient permettre son identification.

La démonstration a donc consisté à apprivoiser le paradoxe lié à l'identification de la subsidiarité juridictionnelle, pour dessiner les contours de la notion (1). Ce premier travail a favorisé l'éclosion de réflexions qui ont, elles-mêmes, permis de caractériser la fonction de la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne. Ce faisant, les matériaux mis à jour à cette occasion ont contribué à combler une dimension jusqu'alors peu mise en avant dans la doctrine juridique (2). Ces constats initiaux ont ensuite été réinterrogés à la lumière du contexte actuel, tant le malaise juridictionnel vécu tant à Strasbourg qu'à Luxembourg s'est noué autour de la question de la subsidiarité. Ce qui a permis d'appréhender une évolution nouvelle du rôle de la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne (3).

1. L'identification d'un principe de subsidiarité juridictionnelle

Partant d'un premier paradoxe, tenant à l'absence du droit positif de la subsidiarité juridictionnelle et à son caractère supposément essentiel pour le processus d'intégration européenne, il était indispensable d'en rechercher les manifestations concrètes. L'évidence de la notion ne suffisant en effet pas à la caractériser, des « *traces* »²¹⁸⁹ de cette subsidiarité juridictionnelle ont été recherchées dans les traités et la jurisprudence européens. Ainsi, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, le droit à un recours effectif, les procédures de renvoi préalable, le droit à une protection juridictionnelle effective ainsi que la subsidiarité du contrôle européen exprimée par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne ont été sollicités et ont permis de dessiner les premiers contours de la notion.

²¹⁸⁹ Vocabulaire emprunté à Françoise THOMA, qui l'utilise à propos du principe de subsidiarité. V. F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, op. cit., p. 72.

La question de la nature de la subsidiarité juridictionnelle devait également faire l'objet d'une attention particulière. L'étude de ses origines, puisées dans l'idée subsidiaire, a permis de confirmer qu'elle constitue bien une application particulière de cette dernière en matière juridictionnelle. La nécessité, ensuite, de déterminer si la subsidiarité juridictionnelle peut être ou non qualifiée de « principe » juridique a bouleversé certaines intuitions originelles. En effet, s'il s'est avéré que la notion à l'étude est bien un principe, son caractère juridique n'a pas pu être catégoriquement affirmée, en raison de la juridicité incertaine de ses manifestations matérielles.

Surtout, les réflexions relatives à la relation entre la subsidiarité juridictionnelle et le principe de subsidiarité, menées à cette occasion, ont conduit à réorienter quelque peu la perspective de cette étude.

L'étude du principe de subsidiarité dans l'intégration européenne conduit en effet à constater que, dans le système conventionnel, ce dernier n'est autre qu'un synonyme de l'idée générale de subsidiarité. Il englobe à cet égard à la fois la subsidiarité normative et la subsidiarité de l'intervention de la Cour par rapport aux autorités nationales, y compris juridictionnelles. Dans ce cadre, il est apparu évident que la subsidiarité juridictionnelle est une application du principe de subsidiarité en matière judiciaire.

L'analyse de l'ordre juridique de l'Union a révélé une situation différente. Si l'idée subsidiaire est effectivement la notion-mère qui irrigue le projet européen, le principe de subsidiarité n'y est cependant pas employé comme un synonyme de cette dernière. Au contraire, ledit principe reçoit une définition précise, qui le cantonne à un rôle de régulation des compétences partagées entre l'Union et les États. Il renvoie, dans ce cadre, à une subsidiarité essentiellement législative. Ce constat a ensuite permis de comprendre que le principe de subsidiarité tel que consacré par l'article 5 du TUE, et la subsidiarité juridictionnelle, sont tous deux des applications de l'idée subsidiaire, l'une en matière législative, l'autre juridictionnelle. Dès lors, la question des relations entre les deux principes a perdu de son intérêt. En effet, il s'est avéré qu'en définitive, la référence pertinente de la comparaison était l'idée subsidiaire, dont le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention, le principe de subsidiarité consacré par le traité sur l'Union et la subsidiarité juridictionnelle sont des applications particulières.

Les enseignements tirés de ce premier temps de réflexion, consacré à rechercher les sources et la nature de la subsidiarité juridictionnelle, sont donc nombreux. Ainsi que cela vient d'être rappelé, ils ont permis d'appréhender une notion dont les contours se caractérisaient jusque-là par leur imprécision, ce qui représentait déjà, en soi, un apport non-négligeable de la recherche. Surtout, eu égard à la réflexion d'ensemble qui y était menée, ils ont, en définitive, conforté l'intuition précoce sur laquelle elle se fondait et selon laquelle la subsidiarité juridictionnelle est une condition de la réalisation de l'intégration européenne.

2. La confirmation de la fonction particulière de la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne

Au cours de ce premier travail d'identification de la subsidiarité juridictionnelle, plusieurs indices éclairants quant au rôle de cette dernière dans l'intégration européenne sont apparus. Si sa présence dès les origines du projet européen révélait déjà qu'elle constitue l'une des conditions originelles de sa réalisation, la logique imposait de s'interroger sur la persistance de cette dimension particulière de la subsidiarité juridictionnelle au fur et à mesure de l'approfondissement du processus d'intégration. Cela supposait de procéder à l'identification de ses fonctions, notamment à la lumière des évolutions contemporaines des ordres juridiques de la Convention et de l'Union.

Tout d'abord, il a été nécessaire de s'affranchir de la conception restrictive du principe de subsidiarité dans l'Union européenne, tel qu'observé en amont, pour reconnecter la subsidiarité juridictionnelle à sa notion-mère, l'idée subsidiaire.

Ce dépassement de la conception strictement juridique de la subsidiarité a permis de constater que la subsidiarité juridictionnelle préside à la répartition des compétences juridictionnelles dans les deux ordres juridiques européens. Elle y guide en effet l'attribution des compétences juridictionnelles en amont de la rédaction des traités, et représente à ce titre un principe supra constitutionnel structurant les systèmes juridictionnels européens. La prépondérance de sa réversibilité, soulignée dès les prémisses de ces travaux, s'est confirmée au fil de la démonstration. Il a été constaté qu'elle permet à la subsidiarité juridictionnelle d'organiser un partage des compétences entre les différents niveaux de juridiction respectueux de la conciliation les objectifs contradictoires de l'intégration européenne.

Il a ensuite été possible de revenir à la conception plus classique de la subsidiarité, pour examiner la fonction de régulation des compétences juridictionnelles que le principe occupe dans l'intégration européenne. Cet examen a confirmé les potentialités offertes par la réversibilité de la subsidiarité juridictionnelle. Le dynamisme entre centralisation et décentralisation du contentieux européen, qu'elle incarne à cette occasion, permet en effet un ajustement des compétences juridictionnelles indispensable à l'intégration européenne dès lors qu'il permet au juge européen de faire varier l'objet et l'intensité de son contrôle selon les espèces et les contraintes en présence. Qualifiée à cette occasion de principe directeur du droit européen, la subsidiarité juridictionnelle s'incarne également dans la mise en œuvre des procédures de renvoi préalable que sont le mécanisme des avis consultatifs à la Cour européenne des droits de l'homme et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne.

La combinaison des deux temps de réflexion qui viennent d'être brièvement évoqués a confirmé que la subsidiarité juridictionnelle constitue bien une condition de l'intégration et que son étude contribue bien à une meilleure compréhension de cette dernière.

Une condition originelle tout d'abord, car il était aisé de constater qu'elle imprègne l'architecture juridictionnelle et contentieuse européenne depuis sa création. Une condition fonctionnelle ensuite, en ce qu'elle y organise la répartition et la régulation des compétences juridictionnelles en assurant le respect des dynamiques contradictoires qui animent l'intégration européenne. C'est en effet la réversibilité qui la caractérise qui permet de trouver le point d'équilibre entre le respect des diversités nationales et la préservation du droit commun. D'où les potentialités qu'elle offre à la réforme et à la prise en considération des aspirations des uns comme des autres.

En définitive, il a été admis que subsidiarité juridictionnelle et intégration européenne entretiennent une relation de coordination, la première constituant l'une des conditions nécessaires à l'existence et au fonctionnement de la seconde.

3. L'affirmation d'une garantie de l'intégration européenne

L'actualité européenne, marquée principalement par les tensions juridictionnelles, a cependant imposé une relecture de ladite relation, telle que précédemment décrite. En effet,

l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle, lu dans ce contexte particulier, soulève des paradoxes, auxquels il a fallu se confronter.

La régulation du contentieux européen, animée par la dynamique centralisation/décentralisation portée par la subsidiarité juridictionnelle, doit répondre à de nouvelles préoccupations. L'exercice de la subsidiarité juridictionnelle, y compris dans ce contexte particulier, s'effectue tantôt au bénéfice du juge national, tantôt au bénéfice du juge européen. Il exprime ainsi, à nouveau, toute son ambivalence. À cet égard, l'appréhension de l'autonomie réservée au juge national, autant que la responsabilité qu'il porte dans la construction européenne, laissaient déjà apparaître les symptômes de la crise juridictionnelle.

L'autonomie du juge national tout d'abord, pleinement reconnue mais différemment régulée dans les deux ordres juridiques, peut faire courir un risque à l'intégration européenne. En particulier, ont été soulignées l'imprévisibilité de la déférence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard du juge national, autant que la variabilité de sa doctrine de la marge d'appréciation, qui a d'ailleurs valu à cette dernière de nombreuses critiques.

La responsabilisation dont le juge national fait l'objet, ensuite, a mis en exergue le potentiel de la subsidiarité juridictionnelle à apaiser les situations de tension. Renforcée par les évolutions relatives à la procédure de renvoi préalable, qu'il s'agisse du mécanisme d'avis consultatifs ou du renvoi préjudiciel, la place essentielle occupée par le juge national dans le processus d'intégration est également positivement réévaluée par le juge européen *via* l'obligation de protection juridictionnelle effective mise à sa charge.

Plus concrètement appréhendées à travers l'étude de l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle au bénéfice du juge européen, les manifestations de la crise juridictionnelle sont doubles. D'une part, les prétoires européens sont encombrés par de trop nombreuses requêtes. D'autre part, le juge européen est la cible de contestations en provenance du niveau national. Ces données nouvelles ont imposé une réévaluation de la régulation du contentieux européen dans le but de protéger le juge européen, et partant l'intégration européenne dont il est le garant, des menaces qui pèsent alors sur elle. Les solutions ont été recherchées dans la subsidiarité juridictionnelle et tiennent principalement à limiter l'accès au prétoire européen, afin de soulager les Cours d'un trop grand nombre de requêtes, et leur permettre de retrouver la subsidiarité de leur rôle.

Cette limitation de l'accès direct au juge européen s'accompagne alors d'un mouvement complémentaire de valorisation de l'accès indirect à son prétoire par l'intermédiaire du juge national. L'accent mis sur le mécanisme du renvoi préalable permet alors tout à la fois de conforter le rôle du juge national en tant que juge principal du droit européen, et de rendre aux juges européens la subsidiarité de leur rôle, essentiel à la préservation des ordres juridiques qui les ont établis.

La réversibilité de la subsidiarité juridictionnelle démontre alors, une nouvelle fois, les potentialités dont elle est porteuse. Elle caractérise aussi son ambivalence, puisqu'elle s'exerce, d'une part, au bénéfice du juge national, dont l'office de juge de droit commun du droit européen est consolidé. D'autre part, elle profite également au juge européen, dont le prétoire est épargné de l'encombrement et la mission de garant des ordres juridiques européens préservée. Il a été déduit de ces différentes observations que la subsidiarité juridictionnelle se présente, dans ce contexte particulier, comme une condition indispensable à la poursuite de l'intégration européenne.

Cette démonstration soulève alors, au regard des dissonances observées entre les juges nationaux et européens et des moyens puisés dans la subsidiarité juridictionnelle pour tenter de les résorber, une nouvelle interrogation. La relation entre subsidiarité juridictionnelle et intégration européenne serait devenue une relation de dépendance, dans la mesure où la poursuite de cette dernière se trouve conditionnée par le rééquilibrage du contentieux européen promis par la première.

Ces travaux ont ainsi permis de confirmer que la subsidiarité juridictionnelle a toute sa place dans les débats relatifs à l'articulation des rapports entre les ordres juridiques. Elle constitue, en effet, un outil de régulation et de restructuration apte à apaiser les tensions survenant entre les différents niveaux d'intervention. La logique de réseau qui préside à l'organisation des rapports de systèmes offre en effet à la subsidiarité juridictionnelle un terrain propice à l'expression de son potentiel conciliateur. Marquée par la malléabilité qui la caractérise, la subsidiarité juridictionnelle doit alors permettre de respecter le pluralisme tout en préservant le projet commun. En définitive, la souplesse dont elle est porteuse s'impose comme un formidable outil d'ajustement des relations entre les ordres juridiques, qui ne se conjuguent plus sur un mode hiérarchique, mais réticulaire.

À l'heure d'apposer un point final à cette recherche, les réflexions de Guy CANIVET, telles que rappelées dans les premières lignes de cette étude et consistant à se demander si le « magistrat étatique » ne relèverait pas d'un « statut européen » qui serait régi à la fois par le droit de l'Union et par le droit de la Convention²¹⁹⁰, prennent donc un sens nouveau. Le pari de confier au « magistrat étatique » la responsabilité de l'application d'un « *droit venu d'ailleurs* »²¹⁹¹ était ambitieux, et si les risques d'un tel choix pour l'intégration européenne demeuraient jusqu'alors théoriques, force est de constater qu'ils se sont dorénavant concrétisés. Il reste, dès lors, à espérer que les solutions puisées dans la subsidiarité juridictionnelle suffiront à en assurer la pérennité. En tout état de cause, les enseignements tirés de la présente étude tendent à démontrer que l'avenir de l'intégration européenne sera celui de la subsidiarité juridictionnelle ou ne sera pas.

Les précautions prises dans le cadre du processus d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁹², récemment relancé²¹⁹³, non seulement confirment ces conclusions, mais leur ouvrent de nouvelles perspectives. Le mécanisme d'implication préalable de la Cour de justice de l'Union européenne, prévu par les négociateurs du projet²¹⁹⁴, doit permettre au juge de l'Union de se prononcer avant le contrôle externe effectué par le juge de la Convention.

C'est une manifestation éclatante du rôle central joué par la subsidiarité juridictionnelle dans l'articulation des différentes interventions juridictionnelles, et plus largement dans l'organisation harmonieuse des relations entre les différents ordres juridiques. Le projet d'adhésion, en lui-même, confirme la nécessité d'un rassemblement européen

²¹⁹⁰ G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, n° 20-21, 1992, pp. 133-141, p. 141.

²¹⁹¹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 1996, p. 44.

²¹⁹² Prévus par les art. 6, § 2, TUE et 59, § 2, ConvEDH.

²¹⁹³ Les négociations concernant le projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, restées à l'arrêt depuis l'avis 2/13, ont repris en 2019. Par un courrier du Président et du Premier Vice-Président de la Commission européenne, l'Union européenne a informé la Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe de sa volonté de reprendre les négociations.

²¹⁹⁴ Prévus par le *Projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, v. Rapport du CDDH au Comité des ministres sur l'élaboration d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'UE à la CEDH, CDDH(2011)009, 14 octobre 2011.

autour des valeurs communes. Les conditions de cette adhésion, ensuite, confirment la nécessité de préserver chaque niveau de décision juridictionnelle. Dans ce contexte, la subsidiarité juridictionnelle s'impose, encore une fois, comme une condition à la poursuite harmonieuse de l'intégration européenne.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

II. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

IV. TEXTES OFFICIELS, DOCUMENTS ET RAPPORTS

V. TRAITÉS

VI. WEBOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A. Dictionnaires

- A -

ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadriga/Lamy-PUF, 2003

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008

ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2ème édition, 1993

- B -

BARAV Ami et PHILIP Christian, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993

- C -

CABRILLAC Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2014

CHAGNOLLAUD Dominique et DRAGO Guillaume (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2004

- G -

GAFFIOT Félix, *Dictionnaire abrégé Latin-François illustré*, Paris, Hachette, 1963

- L -

LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2010

Dictionnaire Le petit Larousse illustré, éd. limitée, Larousse, 2011

- R -

REY-DEBOVE Josette et **REY Alain** (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaire Le Robert, Paris, 1993

B. Commentaires et répertoires

- B -

BLUMANN Claude et **PICOD Fabrice**, *Annuaire de droit de l'Union européenne*, Éditions Panthéon- Assas

- C -

CONSTANTINESCO Vlad, **GAUTIER Yves** et **MICHEL Valérie** (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Analyses et Commentaires*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2005

CONSTANTINESCO Vlad, **KOVAR Robert**, **JACQUÉ Jean-Paul** et **SIMON Denys** (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992

- D -

DONY Marianne et **BRIBOSIA Emmanuelle**, *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'ULB, Bruxelles, 2005

- G -

GAUDIN Hélène, **BLANQUET Marc**, **ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël**, **FINES Francette**, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Tome 1, Paris, Dalloz, 2014

- P -

PETTITI Louis-Edmond, **DECAUX Emmanuel** et **IMBERT Pierre-Henri** (ed.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995

PRIOLLAUD François-Xavier et **SIRITZKY David**, *Le Traité de Lisbonne, commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, Paris, La Documentation française, 2008

- S -

SUDRE Frédéric, **MARGUÉNAUD Jean-Pierre**, **ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël**, **GONZALEZ Gérard**, **GOUTTENOIRE Adeline**, **MILANO Laure**, **SURREL Hélène**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2015

C. Manuels et ouvrages généraux

- A -

ALEXY Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010

AUBY Jean-Bernard, **DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline** (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2014

- B -

BEAUD Olivier, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2009

BENOÎT-ROHMER Florence et **KLEBES Heinrich**, *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2005

BERGÉ Jean-Sylvestre, **ROBIN-OLIVIER Sophie**, *Droit européen. Union européenne. Conseil de l'Europe*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2011

BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012

BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 13^{ème} éd., 2014

BLUMANN Claude et **DUBOIS Louis**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 5^{ème} éd., 2013

BON Pierre et **MAUS Didier**, *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008

BURGORGUE-LARSEN Laurence, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012

- C -

CALLEWAERT Johan, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2013

CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, rééd. des Éd. du CNRS, 1962

COSTA Jean-Paul, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Dalloz, 2013

- D -

DE QUADROS Fausto, *Direito da União Europeia*, Almedina, 3.^a edição, 2015

DE SALVIA Michele, *Compendium de la CEDH: Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, Editions N.P. Engel, 2003

DELMAS-MARTY Mireille,

- *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des Droits de l'Homme*, PUF, Coll. « Les voies du droit », 1989

- *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994

- *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné*, Tome 2, Paris, Seuil, 2006

DONY Marianne, *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 2008,

DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995

- F -

FABRE Martine, GOURON-MAZEL Annie, *Convention européenne des droits de l'Homme : application par le juge français : 10 ans de jurisprudence*, Litec, 1998

- J -

JACQUÉ Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 8ème éd., 2015

- K -

KELSEN Hans,

- *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996

- *Théorie pure du droit*, Paris/ Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1999

- *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1997

- L -

LEVINET Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Némésis, 4^{ème} éd., 2012

LOUIS Jean-Victor et RONSE Thierry, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Dossiers de droit européen », 2005

- M -

MAHIEU Stéphanie (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014

MARGUENAUD Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2012

MONNET Jean, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976

- O -

OBERDORFF Henri, *L'Union européenne*, Presse universitaire de Grenoble, Grenoble, 2007

- P -

PHILIP Christian, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1983

PONTIER Jean- Marie, *Les principes et le droit*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2007

- Q -

QUADROS Fausto (de), *Droit de l'union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008

- R -

RENUCCI Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2013

RIDEAU Joël,

- *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 2010

- *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, *R.C.A.D.I.* 1997, vol. 265

ROUSSEL ÉRIC, *Jean Monnet*, Paris, Fayard, 1995

ROUX Jérôme, *Droit général de l'Union européenne*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2012

- S -

SAURON Jean-Luc, *Procédures devant les juridictions de l'Union européenne et devant la CEDH*, Gualino, 4^{ème} éd., 2016

SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2001

SIMON Denys, MARIATTE Flavien, MUNOZ Rodolphe (dir.), *Contentieux de l'Union européenne*, Paris, Lamy, Paris, 2011

SUDRE Frédéric,

- *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1990

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2015

- T -

TEITGEN Pierre-Henri, *Droit institutionnel communautaire. Structure et fonctionnement des Communautés européennes*, Les Cours de droit, Paris, 1977-1978

TROPER Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001

- V -

VELU Jacques et ERGEC Rusen, *La Convention européenne des droits de l'homme. Extrait du répertoire pratique du droit belge*, Complément, Tome VII, Bruylant, Bruxelles, 1990

VON BARDELEBEN Éléonore, DONNAT Francis, SIRITZKY David, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris, La documentation française, coll. « Réflexe Europe », 2012.

- W -

WATHELET Melchior, *Contentieux européen (2 volumes)*, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 2014

D. Ouvrages spécialisés

- A -

ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005

ARNAUD André-Jean, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991

- B -

BAGUENARD Jacques, *La décentralisation*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2002

BARAV Ami, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011

BATES Ed, *The evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010

BEAUD Olivier

- *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994

- *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007

BONNET Baptiste, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016

BRAULT Philippe, *Le principe de subsidiarité*, Paris, La Documentation française, 2005

- C -

CHARBONNIER Gilles, *Panorama des systèmes judiciaires dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008

CHRISTOFFERSEN Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic, 2009

CLERGERIE Jean-Louis,

- *Le principe de subsidiarité*, Paris, Ellipses, 1998

- *Le renvoi préjudiciel*, Paris, Ellipses, 2000

COUTRON Laurent, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007

CRABIT Emmanuel, *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Presses universitaires de Bordeaux, 1998

- D -

DE BECHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Éd. Odile Jacobs, 1997

DONNAT Francis, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, LGDJ, 2008

- E -

EISENMANN Charles, *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948

- F -

FENGER Niels, **BROBERG Morten**, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013

- G -

GREER Steven, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Les éditions du Conseil de l'Europe, dossier sur les droits de l'homme n°17, 2000

GREWE Constance et **RUIZ FABRI Hélène**, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995

GUILLEMAIN Benjamin, *La subsidiarité, un grand dessein pour la France et l'Europe*, Editions de Paris, Coll. « Les cahiers de l'as de trèfle », 2005

- H -

HECKLY Christophe, *La subsidiarité à l'américaine : Quels enseignements pour l'Europe ?*, L'Harmattan, 2000

- L -

LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Édition du Conseil de l'Europe, 2008

LECOURT Robert, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, rééd., 2008

LETSAS George, *A theory of interpretation of the European Convention on human rights*, Oxford University Press, 2007

LOURAU René, *Le principe de subsidiarité contre l'Europe*, Paris, PUF, 1997

- M -

MAGNETTE Paul, *La grande Europe*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 2004

MILLON- DELSOL Chantal,

- *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, PUF, Coll. « Léviathan », 1992

- *Le principe de subsidiarité*, Paris, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 1993

- N -

NAÔMÉ Caroline, *Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, 2^{ème} éd.

- O -

OST François et **VAN DE KERCHOVE Michel**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002

- P -

PERTEK Jacques, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013

PESCATORE Pierre, *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, (réimpression de l'ouvrage publié chez A. Sijthoff-Leiden en 1972), 2005

- R -

ROHFLING-DIJOUX Stéphanie, **PEGLOW Kerstin** (éds.), *La subsidiarité. Regards croisés franco-allemands sur un principe pluridisciplinaire*, Peter Lang, Coll. Travaux interdisciplinaires et plurilingues, vol. 20, 2014

- S -

SAINT-OUEN François, *Le fédéralisme*, Gollion, Infolio éd., 2005

- T -

TEITGEN Pierre-Henri, *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Confluences, coll. « Voix de la cité », 2000

- V -

VANDERSANDEN Georges, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011

VELU Jacques, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Editions juridiques Swinnen, 1981

E. Ouvrages collectifs

- A -

AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995

ANDERSEN Robert et **DEOM Diane** (dir.), *Droit administratif et subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000

- B -

BICHOT Jacques, **COULANGE Pierre** et **LARGILLIER Bernard** et al., *La subsidiarité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014

BRIBOSIA Emmanuelle, **SCHEECK Laurent** et **UBEDA DE TORRES Amaya** (dir.), *L'Europe des Cours : loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010

BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011

- C -

CARPANO Éric (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012

CAUDAL Sylvie (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et **LOCHAK Danièle** (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008

CLOOS Jim, **REINESCH Gaston**, **VIGNES Daniel** et **WEYLAND Josphe**, *Le traité de Maastricht : genèse, analyse, commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 1994

COHEN-JONATHAN Gérard, **FLAUSS Jean-François** (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole n°14 et les recommandations et résolutions du Comité des Ministre*, Actes du séminaire organisé à Strasbourg le 7 juillet 2004, Bruxelles, Bruylant, 2005

COHEN-JONATHAN Gérard, **FLAUSS Jean-François** et **LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth** (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006

CONSEIL D'ETAT, *Le droit européen des droits de l'homme : un cycle de conférences du Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 2011

COUTRON Laurent (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012

- D -

D'AMBRA Dominique, **BENOÎT-ROHMER Florence**, **GREWE Constance** (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruxelles, Bruylant, 2003

DE BÚRCA Gráinne, **WEILER J. H. H.** (ed.), *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001

DELPÉRÉE Francis (dir.),

- *Justice Constitutionnelle et subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000

- *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009

DUBOUT Edouard et **TOUZE Sébastien** (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010

- F -

FAURE Alain (dir.), *Territoires et Subsidiarité : L'action publique locale à la lumière d'un principe controversé*, L'Harmattan, 1998

FIALAIRE Jacques (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes : état des lieux et perspectives en droit interne et en droit comparé*, Presses universitaires de Rennes, 2005

FLAUSS Jean-François et **DE SALVIA Michele** (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, Actes de la journée d'études du 30 novembre 1996 organisée à l'Institut des hautes études européennes de Strasbourg à la mémoire de Marc-André Eissen, Bruxelles, Bruylant, 1997

- L -

LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth et **DOURNEAU-JOSETTE Pascal** (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2011

LEVINET Michel (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010

LICHERE François, **POTVIN-SOLIS Laurence** et **RAYNOUARD Arnaud** (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz, Bruxelles, Bruylant, 2004

- M -

MBONGO Pascal, VAUCHEZ Antoine (dir.), *Dans la fabrique du droit européen, Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009

MEHDI Rostane (dir.), *L'avenir de la justice communautaire. Enjeux et perspectives*, Paris, La Documentation française, 1999

MOLINIER Joël (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2005

- O -

ONORIO (d') Joël-Benoît (dir.), *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Téqui, 1995

- R -

RANCE Pierre, DE BAYNAST Olivier, *L'Europe judiciaire*, Paris, Dalloz, 2001

RIDEAU Joël (dir.),

- *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998

- *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000

- *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009

ROHLFING-DIJOUX Stéphanie et PAGLOW Kerstin (éds.), *La subsidiarité, Regards croisés franco-allemands sur un principe pluridisciplinaire*, Peter Lang, coll. Travaux Interdisciplinaires et plurilingues, vol. 20, 2014

- S -

SAURUGGER Sabine, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2009.

SUDRE Frédéric (dir.),

- *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant/Némésis, coll. « Droit et justice » n°21, 1998

- *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis/Anthemis, coll. « Droit et justice » n°108, 2014

SUDRE Frédéric, LABAYLE Henri (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000

- T -

TAVERNIER Paul (dir.) ,

- *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »*, Bruxelles, Bruylant, 1999

- *La France et la Cour européenne des droits de l'homme : la jurisprudence en 2008 : présentation, commentaires et débats*, Bruylant, 2010

- V -

VERDUSSEN Marc (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000

VON BARDELEBEN Éléonore, **DONNAT Francis** et **SIRITZKY David**, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris, La documentation française, coll. Réflexe Europe, 2012

- W -

WAELEBROECK Michel et **VELU Jacques** (dir.), *Les Recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen : Communautés européennes et Convention européenne des droits de l'homme*. Colloque organisé les 24 et 25 avril 1975 par l'Institut d'Etudes européennes, Université libre de Bruxelles, Larcier, 1978

F. Mélanges

- B -

Mélanges en l'honneur de **Claude BLUMANN**, *L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015

Mélanges en l'honneur de **Jacques BORE**, *La création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2007

Mélanges en hommage à **Jean BOULOUIS**, *L'Europe et le droit*, Paris, Dalloz, 1991

- C -

Mélanges **Gérard COHEN-JONATHAN**, *Libertés, justice, tolérance*, Vol. I-II, Bruxelles, Bruylant, 2004

Mélanges en l'honneur de **Jean-Paul COSTA**, *La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011

- G -

Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Paris, Pedone, 2014

Mélanges en l'honneur du Président **Bruno GENEVOIS**, *Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2009

- I -

Mélanges en hommage à **Guy ISAAC**, *50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004, 2 vol.

- J -

Mélanges en l'honneur de **Philippe JESTAZ**, *Libres propos sur les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2006

- L -

Le droit à la mesure de l'Homme. En l'honneur de **Philippe LÉGER**, Paris, Pedone, 2006

Mélanges en hommage à **Pierre LAMBERT**, *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000

- M -

Mélanges en l'honneur de **Philippe MANIN**, *L'Union européenne : Union de droit, union des droits*, Paris, Pedone, 2010

Mélanges en l'honneur de **Paolo MENGOZZI**, *De Rome à Lisbonne : les juridictions européennes à la croisée des chemins*, Bruxelles, Bruylant, 2013

- P -

Mélanges en l'honneur du Professeur **Petros J. PARARAS**, *Les droits de l'homme en évolution*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2009

Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum **Pierre PESCATORE**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987

Mélanges en hommage à **Louis-Edmond PETTITI**, *Droit de l'Etat de crise, crise de l'Etat de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999

- R -

Liber amicorum en l'honneur de **Jean RAUX**, *Le droit de l'Union européenne en principes*, Paris, LGDJ, 2006

Mélanges en l'honneur à **François RIGAUX**, Bruxelles, Bruylant, 1993

Mélanges **Jacques ROBERT**, *Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998

Mélanges en l'honneur de **Christos L. ROZAKIS**. *La CEDH : un instrument vivant*, Bruxelles, Bruylant, 2011

Mélanges à la mémoire de **Rolv RYSSDAL**, *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 2000

- S -

La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios SKOURIS (2003-2015). Liber amicorum **Vassilios SKOURIS**, Bruxelles, Bruylant, 2015

- T -

Études de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à **Pierre-Henri TEITGEN**, Pedone, Paris, 1984

Liber amicorum **Antonio TIZZANO**, *De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Giapichelli, 2018

Mélanges en l'honneur de **Michel TROPER**, *L'architecture du droit*, Paris, Économica, 2006

- V -

Mélanges en hommage à **Georges VANDERSANDEN**, *Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008

- W -

Mélanges en l'honneur de **Gérard J. WIARDA**, *Protection des droits de l'homme, la dimension européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 1988

G. Thèses

- A -

AGUILON Claire, *Justice constitutionnelle et subsidiarité. L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne*, Université d'Aix-Marseille, Université de Montréal, 2014

ALBERT Jean-Christophe, *Le Principe de subsidiarité : significations et implications*, L'auteur, 1996

ALEXY Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, rééd. 2010

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998

AUDOUY Laurèn, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Montpellier, 2015

- B -

BACHOUÉ-PEDROUZO Géraldine, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union*, Institut Universitaire Varenne, Paris, LGDJ, 2013

BARAV Ami, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse dactyl., Strasbourg-Robert Schuman, 1983

BARBOSA DELGADO Francisco R., *Les limites de la marge nationale d'appréciation et la liberté d'expression : étude comparée de la jurisprudence de la Cour européenne de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Nantes, 2010

BARROCHE Julien, *Etat, libéralisme et christianisme : critique de la subsidiarité européenne*, Paris, Dalloz, 2012

BAUDIN-CULLIERE Frédéric, *Principe de subsidiarité et administration locale*, LGDJ, 1995

BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010

BERROD Frédérique, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003

BERTRAND Brunessen, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012

BLANC-FILY Charlotte, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Université Montpellier I, 2013

BLANQUET Marc, *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994

BOUMGHAR Mouloud, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2010

- C -

CAGNINA Catherine, *L'Europe et la décentralisation sous l'éclairage des exemples français et italien*, Lyon, 2007

CANÇADO TRINDADE Antônio Augusto, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011

CARPANO Éric, *État de droit et droits européens. L'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'eupéanisation des systèmes juridiques*, Paris, L'Harmattan, 2005

CASSIA Paul, *L'accès des personnes physiques et morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2002

CASU Gatien, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, Paris, LGDJ, 2016

CAZET Safia, *Le recours en carence en droit communautaire*, Thèse dactyl., La Réunion, 2008

CHAPPEZ Jean, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972

CLÉMENT-WILZ Laure, *La fonction de l'Avocat général près de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2011

COURONNE Vincent, *La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2015

CRABIT Emmanuel, *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Bordeaux, PUB, 1988

- D -

DE SCHUTTER Olivier, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999

DÉAL Émilie, *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires. La Cour de justice face à la Communauté de droit*, Thèse dactyl., Aix-Marseille III, 2006

DELPierre Nicolas, *La nature juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Montpellier, 2006

DELZANGLES Béatrice, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2009

DERO-BUGNY (D.), *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2015

DUBOS Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001

- F -

FINES Francette, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la CEE*, Paris, LGDJ, 1990

- G -

GAUDIN Hélène, *Le Parlement européen devant la Cour de justice des Communautés européennes. Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de justice*, Thèse dactyl., Bordeaux IV, 1994,

GONZALEZ Gérard, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Paris, Economica, 1997

GOUËZEL Antoine, *La subsidiarité en droit privé*, Paris, Economica, 2013

GRABARCZYK Katarzyna, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006

GUILLARD Christine, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006

GUILLERMIN Guy, *La Cour européenne des droits de l'homme. L'interprétation et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, thèse dact. Paris II Panthéon-Assas, 1978

GUIOT François-Vivien, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Université de Bordeaux, 2014

- H -

HUMBERT Aline, *La mutation de l'office du juge interne. Réflexions sur l'influence du droit d'origine externe sur la fonction juridictionnelle*, Thèse dactyl., Strasbourg-Robert Schuman, 2005

- J -

JOYEUX Arthur, *Le principe de subsidiarité. Entre terminologie et discours : Pistes pour une nouvelle histoire de la formule*, Université de Franche-Comté, 2016

- K -

KASTANAS Elias, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996

KIEFFER Maeve, *Recherche sur l'identité de l'Union européenne*, Thèse, Strasbourg, 2015

- L -

LABAYLE Simon, *Les valeurs de l'Union européenne*, Aix-Marseille Université, 2016

LAMBERT Elisabeth, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999

LE BONNIEC Nina, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Montpellier, 2015

LERON Nicolas, *La gouvernance constitutionnelle des juges. L'institutionnalisation d'un nouveau mode de régulation du risque de conflit constitutionnel dans l'Union européenne*, Institut d'études politiques de Paris, 2014

LOBIER Vanessa, *La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe*, Grenoble, 2016

LUCAS-ALBERNI Katia, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°79, 2009

- M -

MANIRAKIZA Egide, *La subsidiarité procédurale dans le système africain de protection des droits de l'homme*, Thèse pour le Doctorat des Facultés universitaires de Namur, 2009

MARCIALI Sébastien, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007

MATHIS-CALVET Christine, *Décentralisation et subsidiarité : les germes d'une évolution*, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2004

MAYEUR-CARPENTIER Coralie, *Le contrôle juridictionnel des actes de l'Union européenne dans le cadre du deuxième et du troisième pilier*, Thèse dactyl., Paris- Descartes, 2007

MEHDI Rostane, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire. L'exemple français*, Université Rennes I, 1994

MEUNIER Jacques, *Le pouvoir du conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1994

MICHEL Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'harmattan, 2003

MILANO Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2006

MUZNY Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme: essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005

- P -

PAPADOPOULOU Rebecca-Emmanuela, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruxelles, Bruylant, 1996

PEPE Vincenzo, *Le principe de subsidiarité en droit public : étude comparée des cas italien et français*, Thèse de doctorat Droit public, Montpellier 1, 2002

PICHERAL Caroline, *L'ordre public européen : recherches sur une notion complexe en droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Thèse de doctorat Droit public, Montpellier 1, 1999

PLATON Sébastien, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Institut Universitaire Varenne, Paris, LGDJ, 2008

POTVIN-SOLIS Laurence, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, Paris, LGDJ, 1999

- R -

RITLENG Dominique, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de Première instance des Communautés européennes*, Thèse dactyl., Strasbourg-Robert Schuman, 1998

RIVIERE Florence, *Les opinions séparées des juges de la Cour EDH*, Bruxelles, Bruylant, 2004

ROCATTI Marjolaine, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013

RUSU Gabriela, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat Droit public, Montpellier 1, 2013

- S -

SALABERT Edouard, *La France et la construction européenne : de la souveraineté à la subsidiarité : vers un changement de paradigme ?*, Thèse de doctorat, Lille, 2014

SARMIENTO Daniel, *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Thomson/Civitas y Garrigues, Madrid, 2004

SCHAHMANECHE Aurélia, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2014

SIMON Denys, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981

SULLIGER Denis, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Imprimerie des arts et métiers, 1979

SZYMCZAK David, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2007

- T -

TETANG Franc de Paul, *La subsidiarité inversée en droit européen. Contribution à l'étude des rapports de systèmes entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'union européenne*, Université de Poitiers, 2012

THOMA Françoise, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Centre universitaire de Luxembourg, 1998

TINIERE Romain, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2007

- Z -

ZAMPINI Florence, *La responsabilité de l'État du fait du droit communautaire*, thèse dactyl., Université Jean Moulin-Lyon 3, 1992

II. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

A. Articles de revues et notes de jurisprudence

- A -

ABRAHAM Ronny, « L'applicabilité directe de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) devant la juridiction administrative », *RUDH*, 1991, n° 7-9, pp. 275-280

ACCETO Matej, ZLEPTNIG Stefan, « The Principle of Effectiveness : Rethinking Its Role in Community Law », *European Public Law*, Issue 3, 2005, pp. 375-403

AFROUKH Mustapha, « À la recherche d'un équilibre entre droits à la liberté d'expression et au respect de la vie privée », note sous les arrêts CEDH, 7 févr. 2012, n° 39954/08, Axel Springer et CEDH, gr. ch., 7 févr. 2012, n° 40660/08 et 60641/08, Von Hannover n° 2, *JCP G.*, 2012, n°22

AUDOUIN Raoul, « Entre Communauté... subsidiarité ou complémentarité ? », *La Nouvelle Lettre*, 27 novembre 1984, n°29, pp. 17-20

ALEXY Robert, « Constitutional Rights, Balancing, and Rationality », *Ratio Juris.*, 2003, Vol. 16, n°2, pp. 131-140

ALLARD Julie et VAN WAEYENBERGE Arnaud, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *RIEJ*, 2008, n°61, pp. 109- 129

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël,

- « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n°1-2, pp. 28-47

- « La fin d'une résistance du Conseil d'Etat de France à la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme : l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions disciplinaires », *RTD h.*, 1998, pp. 365-395

- « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, n°2, pp. 124-138
- « La Cour de Strasbourg, gardienne des droits de l'homme dans l'Union européenne ? », Remarques autour de l'arrêt de Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande* », *RFDA*, 2006, p. 560
- « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2009, p. 715 et s.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen, la conviction d'une piste à emprunter », *CCC*, 2010, n°27, pp.

ARGENT (d') Pierre, « Arrêt "Kadi" : le droit communautaire comme droit interne », *Journal des tribunaux*, 2008, n° 153, p. 265

ARNOLD Rainer, « La cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme », *RIDC*, 2005, n°3, pp. 805-815

- B -

BARROCHE Julien,

- « La subsidiarité chez Jacques Delors. Du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne*, n°3/2007, n° 23, pp. 153-177
- « La subsidiarité. Le principe et l'application », *Études*, 2008/6 (Tome408), pp. 777-788
- « Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours », *Droit et Société*, 2012/1, n° 80, pp. 13-29

BEAUD Olivier, « La notion d'Etat », *APD*, n°35, pp. 119-141

BEERNAERT Marie-Aude, « De l'épuisement des voies de recours internes en cas de dépassement du délai raisonnable », *RTD h.*, 2004, pp. 905-919

BEGNIER Bernard et BLERY Corinne, « Impartialité du juge, entre apparence et réalité », *Dalloz*, 2001, pp. 2427-2433

BELORGEY Jean-Marc, GERVASONI Stéphane, LAMBERT Christian, « Subsidiarité juridictionnelle ? », *AJDA*, 2004, p. 1082

BENOIT-ROHMER Florence,

- « Les perspectives de réformes à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : "certiorari" versus renvoi préjudiciel », *RUDH*, 2002, pp. 313-318
- « Il faut sauver le recours individuel... », *Dalloz*, 2003, p. 2584
- « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme », *JurisClasseur Libertés*, Fasc. 330, 2010
- « Un préjudice préjudiciable à la protection des droits de l'homme : premières applications du Protocole 14 sur la condition du "préjudice important" », *RTD h.*, 2011, n°85, pp. 23-42

BENVENISTI Eyal, « Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards », *International Law And Politics*, 1999, vol. 31, pp. 843-854

BERGER Vincent, « Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme », *NCCC*, 2011, n° 32, pp. 7-17

BERNARD Elsa, « La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », *Europe*, 2008, pp. 5-8

BERNARD Georges, « Le principe de subsidiarité », *LPA*, 1992, n°140, p. 14 et s.

BERRADA Saad, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *RAE*, 1998, n° 1&2, pp. 48-61

BERROD Frédérique, « L'Union européenne par le dialogue des juges : une affaire de jugements », *RDUE*, 2018, p. 18

BERTRAND Brunessen, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2012, pp. 329-354

BESSON Samantha et GRAF-BRUGERE Anna-Laure, Le droit de vote des expatriés, le consensus européen et la marge d'appréciation des États (Cour eur. dr. h., arrêt Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce, 15 mars 2012), *RTD h*, 2014, n°100, pp. 937-958

BIANCARELLI Jacques, « La création du Tribunal de première instance des Communautés européennes : un luxe ou une nécessité ? », *RTD eur.*, 1990, pp. 1-24

BLAY-GRABARCZYK Katarzyna, « Conciliation de la protection des droits d'autrui et de la liberté de la presse : la quête d'un équilibre introuvable », *RTD h*, 2014, n°97, pp. 231- 246.

BLUMANN Claude, « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *RAE*, 2006, p. 11

BOUVERESSE Aude, « Recevabilité et moyens d'annulation », *Europe*, 2016, n°6, pp. 16-19

BRATZA Nicolas, « The relationship between the UK courts and Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, n° 5, 2011, pp. 505 et s.

BRIBOSIA Hervé, « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans la Constitution européenne », *RDUE*, 1/2005, n° 25

BRISSON Jean-François, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 531 et s.

BRUN-WAUTHIER Anne-Sophie, VIAL Géraldine, « Gestation pour autrui : le cercle vertueux du dialogue des juges. À propos de l'avis consultatif de la CourEDH du 10 avril 2019 », *RDLF*, 2019, chron. n° 22.

BUCH Henri, « La nature des principes généraux du droit », *RIDC*, 1962, n°2, pp. 55-79

BUTLER (de) Frédéric, « Le principe de subsidiarité dans l'entreprise », *La lettre du centre d'études des entreprises*, 2005, n° 53, p. 1 et s.

BYK Christian, « Force normative et multiplicité des sources en droit international des sciences de la vie », *JDI (Clunet)*, 2009, n° 2, var. 3

- C -

CABRAL BARRETO Ireneu, « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, 2002, n° 15, pp. 1-23

CAMMILLERI Anne, « De la démystification juridique à l'ambiguïté politique de la subsidiarité », *Actualités communautaires*, 1993, p. 7 et s.

CALLEWAERT Johan, « Paris, Luxembourg, Strasbourg : trois juges, une discrimination. L'interaction entre les ordres juridiques national, communautaire et conventionnel à l'épreuve de la politique », *RTD h.*, n°61, 2005, p. 159

CANIVET Guy,

- « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, 1992, n°1, pp. 133-141

- « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *Arch. Phil. Droit*, n° 50, 2006, pp. 9-31

CARLIER Jean-Yves, « La garantie des droits fondamentaux en Europe : pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg », *Revue québécoise de droit international*, 2000, pp.37-61

CAROZZA Paolo, « Subsidiarity as a Structural principle of International Human Rights Law », *AJIL*, 2003, pp. 38-79

CARREAU Dominique, « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? », *RTD eur.*, 1978

CARTER William M., « Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication », *Hamline Journal of Public Law and Policy*, 2009, n°30, pp. 319-334

CASS Deborah, « The word that saves Maastricht ? The principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community », *Common Market Law Review*, 1992, 29 (6), pp. 1107-1136

CHALTIEL TERRAL Florence, « Le principe de subsidiarité après Lisbonne », *LPA*, 2013, n°89, pp. 4-11

CHARPENTIER Jean, « Quelle subsidiarité ? », *Pouvoirs*, 1994, n°69, pp. 49-62

CHAVRIER Géraldine, « L'expérimentation locale : vers un Etat subsidiaire ? », *Annuaire des collectivités locales*, 2004, Vol. 24, n°24, pp. 43-52

CHRISTOPHE TCHAKALOFF Marie-France, « La subsidiarité : du vice et de la vertu de l'ambiguïté », *Revue politique et parlementaire*, 1993, n°964, pp. 70-78

CLÉMENT-WILZ Laure, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ? », *Cah. dr. eur.*, 2012, Vol. 48, n° 1, p. 146

CLERGERIE Jean-Louis, « Les origines du principe de subsidiarité », *LPA*, 1993, n° 97, p. 34 et s.

COHEN-JONATHAN Gérard,

- « Universalité et Singularité des Droits de l'Homme », *RTD h.*, 2003, n° 53, p. 3 et s.

- « A propos des arrêts Assanidzé (8 avril 2004), Ilascu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de “ juridiction ” et d’“ injonction ” », *RTD h.*, 2005, n°64 pp. 767-785

COHEN- JONATHAN Gérard, FLAUSS Jean-François, « À propos de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* », *RTD eur.*, 1999, p. 646

COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale des Etats », *Pouvoirs*, 1993, n°67, pp. 47-58

COMBREXELLE Jean-Denis, « Sur l'actualité du "dialogue des juges" », *AJDA*, n° 34, 15 oct. 2018

CONSTANTINESCO Vlad,

- « La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne », *Swiss Review of International Economic Relations*, 1991, pp. 439- 459
- « La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne », *Aussen-Wirtschaft*, 1991, pp. 207 et s.
- « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? », *RMUE*, 1992, n° 4, pp. 227-230
- « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTD eur.*, 2005, p. 305

COSTA Jean-Paul

- « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTD h.*, 2004, pp. 101- 110
- « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2010, n° 22, pp. 1364-1367
- « Les réformes de la Cour européenne des droits de l'homme – Avant et après Brighton », *L'Observateur de Bruxelles*, n° 89, juil. 2012, pp. 30-34

COSTA Olivier, « La Cour de justice et le contrôle démocratique de l'Union européenne », *Revue française de science politique*, n° 6, 2001, pp. 881-902

COUTRON Laurent,

- « La définition de la notion d'actes réglementaires au sens de l'article 263 alinéa 4 TFUE : le Tribunal jurislature ? », *RTD eur.*, 2012, p.165
- « Réforme de la Cour de justice de l'Union européenne : d'abord l'accessoire, l'urgent peut attendre ! », *RTD eur.*, 2013, n° 2, p. 293

- D -

DE BECHILLON Denys, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 33 et s.

DE GOUTTES Régis, « La CEDH et le juge français », *RIDC*, 1999

DE SCHUTTER Olivier,

- « L'interprétation de la Convention européenne : essai en démolition », *RDISDP*, 1992, pp. 83-127
- « La coopération de la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », *RBDI*, 1997, n°1, pp. 21-68
- « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *RTD h.*, 2010, p. 535

DE WITTE Bruno, « Retour à "Costa", la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTD eur.*, 1984, pp. 425 et s.

DECAUX Emmanuel, « L'entrée en vigueur du Protocole n°14 de la Convention EDH. Too late and too little... », *JCP G.*, 2010, n°23

DEHOUSSE Renaud, « La subsidiarité et ses limites », *Annuaire européen*, 1992, n°40, pp. 27-46

DEHOUSSE Franklin, « The Reform of the EU Courts (II), Abandoning the Management Approach by Doubling the General Court », *Egmont paper*, n° 83, Bruxelles, mars 2016

DELCAMP Alain, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, n°23, 1995, pp. 609-624

DELMAS-MARTY Mireille,

- « Réinventer le droit commun », *Dalloz*, 1995, 1er cahier, Chron., p. 2 et suiv.

- « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, n°14, pp. 951-957

DELMAS-MARTY Mireille et IZORCHE Marie-Laure, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, pp. 753-780

DEROSIER Jean-Philippe, « La dialectique centralisation / décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, pp. 107-140

DEUMIER Pascale, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2007, pp. 536-544.

DEUMIER Pascale, FULCHIRON Hugues, « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence "augmentée" ? », *Dalloz*, 2019, p. 228

DORD Olivier, « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité », *Pouvoirs*, 2001, n°96, pp. 5-18

DOUBLET Yves-Marie, « L'interdiction de campagnes politiques publicitaires à la télévision et à la radio n'est pas contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme - À propos de CEDH, GC, 22 avr. 2013, n° 48876/08, Animal Defenders International c/ Royaume-Uni », *RTD h.*, 2014, n° 98, pp. 483- 493

DOURNEAU-JOSETTE Pascal, « De l'esprit de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la CEDH », *Justice et Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*, 2008, pp. 78-89

DRAGO Guillaume,

- « La supraconstitutionnalité. Présentation et problématiques générales », *RIDC*, 1993, vol. 15, pp. 313-321

- « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *RIDC*, 1994, pp. 583-592

DUBOIS Louis, « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA*, 1992, p. 9

DUBOUT Edouard,

- « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD h.*, 2007, n°70, pp. 397-425

- « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne », *RTD h.*, 2008, n° 74, pp. 383-418

- « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, n°83, pp. 451-482

- « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2015, chronique n° 9

DUCOULOMBIER Peggy,

- « Animal defenders International c. Royaume-Uni : victoire du dialogue institutionnel ou déférence injustifiée à l'égard des principes du droit britannique ? », *JEDH*, 2014 n°1, pp. 3 à 28

- « Tenue correcte exigée. Observations sous l'arrêt CEDH, GC, 1er juillet 2014, S.A.S. c. France », *RTD eur.*, 2015, pp. 95 et s.

DUPONT-LASSALLE Julie, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et Société*, 2012, n° 80, pp. 47-71

DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline,

- « L'ère des compétences partagées. À propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne », *RMCE*, n° 390, 1995, p. 470

- « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs*, 2001/1, n° 96, pp. 123-141

- E -

EECKHOUT Piet, « Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue - Autonomy or Autarky ? », *Fordham International Law Journal*, 2015, n° 4, p. 955

EDELMAN Bernard, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *Dalloz*, 2008, n°28 / 7345, pp. 1946-1953

- F -

FERCOT Céline, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français », *RFDC*, 2007/3, n°71, pp. 639-665

FEIX Marc, « Subsidiarité, proportionnalité et construction européenne. Essai de généalogie des principes », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2011/4, n° 267, pp. 59-70

FINES Francette,

- « Subsidiarité et responsabilité », *RAE*, n° 1&2, 1998, pp. 95 et s.

- « Le principe de subsidiarité », *Annuaire de droit européen*, 2008, Vol. XI, pp. 211-222

FLAUSS Jean-François,

- « Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 719 et s.

- « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle? », *Dalloz*, 2003, p. 1638 et s.

FODELLSDAL Andreas,

- « Subsidiarity », *Journal of Political Philosophy*, 1998, vol. 6, n°2, pp. 231-259

- « Subsidiarity, Democracy and Human rights in the Constitutional Treaty for Europe », *Journal of Social Philosophy*, 2006, pp. 61-80

- « The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law », *Global Constitutionalism*, Vol. 2, n° 1, 2013, pp. 37-62. 586

FRAISSE Régis, « Quelle est la portée du " principe de subsidiarité " », *Dr. adm.*, 2005, n°8-9, pp. 21-22

FROMONT Louise, VAN WAEYENBERGE Arnaud, « La protection juridictionnelle effective en Europe ou l’histoire d’une procession d’Echternach », *Cah. dr. eur.*, 2015/1, pp. 112-150

FRUMER Philippe, « Quand droits de l’homme et droit international humanitaire s’emmêlent – Un regard critique sur l’arrêt Hassan c. Royaume-Uni », *RTDH*, 2015, n°102, pp. 481-508.

FULCHIRON Hugues,

- « La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe – ECHR : no obligation to allow same sex couples to marry », Note sous l’arrêt CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, Schalk et Kopf c/ Autriche, *JCP G.*, 2010, n°41, 1013

- « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *Dalloz*, 2018, p. 446.

- G -

GANSHOF VAN DER MEERDCH Walter, « La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *RIDC*, 1980, pp. 319-333

GATTINARA Giacomo, « Le rôle de la Cour de justice et du Tribunal de l’Union après la dissolution du Tribunal de la fonction publique européenne », *RDUE*, 2017, n° 2, pp. 157-170

GAUDIN Hélène, « Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité », *RAE*, 1998, pp. 10-27

GAUTRON Jean-Claude, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité », *RAE*, 1998, pp. 3-8.

GAZZO Emanuele, « Lever le voile sur la "subsidiarité" pour ne pas tomber dans les pièges qu'elle peut cacher », *RMUE*, 1992, n° 4, pp. 221-226

GENEVOIS Bruno, « L’application du droit communautaire par le Conseil d’État », *RFDA*, 2009, p. 201

GERVASONI Stéphane, « CJUE et Cours suprêmes : repenser les termes du dialogue des juges ? », *AJDA*, 2019, p. 150

GILLIAUX Pascal,

- « L’arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *Cah. dr. eur.*, 2003, pp. 177-202

- « Constitutionnalité et conformité au droit de l’Union. Question de priorité », *Journal de droit européen*, nov. 2010, pp. 269-275

GIROLAMO Strozzi, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l’intégration européenne, une énigme et beaucoup d’attentes », *RTD eur.*, 1994, p. 373 et s.

GUILLOUD Laetitia,

- « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », *LPA*, 2007, n°79, pp. 53-62

- « Le droit au juge dans l'Union européenne : passe, impair et manque », *RDP*, 2012, n° 6, p. 1699

GONZALEZ Gérard, « Jouissance comptable d'une "conscience" (un peu) malmenée. À propos du Rapport 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, n° 8, 2015, p. 209

- H -

HAGUENAU-MOIZARD Catherine, « La Cour suprême britannique et la Cour européenne des droits de l'homme : une nouvelle voix dans le dialogue des juges », *RTD h.*, n° 91, 2012, pp. 491-505

HAILBRONNER Kay, THYM Daniel, « Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011 », *CMLR*, 2011, p. 1253

HELPER R. Laurence, « Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights », *Cornell International Law Journal*, 1993, pp. 133-165

HERVIEU Nicolas, « Droit de vote des détenus : Histoire sans fin pour un contentieux décisif », *RTD h.*, n° 94/2013, pp. 433-456

HOTTELLIER Michel, « La nécessaire complémentarité des droits matériels et des garanties de procédures », *RTD h.*, 2007, n°70, pp. 573-586

- J -

JACQUÉ Jean-Paul,

- Note sous C.E.D.H, 30 juin 2005, "Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) c/ Irlande", « L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'Homme ? », *RTD eur.* 2005, p. 749

- « Droit constitutionnel, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, janv. 2007, n° 69, p. 3

- « Les Cours européennes sur la voie de la réforme ? », *RTD eur.*, 2012, p. 289

- « Union européenne et Conseil de l'Europe. À propos des droits de l'homme en Europe », *RTD eur.*, 2013

- « Crise des valeurs dans l'Union européenne ? », *RTD eur.*, 2016 p. 213

- « État de droit et confiance mutuelle », *RTD. eur.*, 2018, p. 239

JEAMMAUD Antoine, « Les principes dans le droit français du travail », *Droit social*, 1982, p. 618 et suiv.

JESTAZ Philippe, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.*, 1993, n° 1, pp. 73-85

- K -

KAKOURIS Constantinos, « Do the Member States possess judicial procedural autonomy ? », *CMLR*, Issue 6, 1997, pp. 1389-1412

KOROTEEV Kirill, « La Russie et la Convention européenne des droits de l'homme. Bilan jurisprudentiel et institutionnel », *Droits fondamentaux*, n° 5, janv. - déc. 2005, pp. 21 et s

KOVAR Robert, « Droit communautaire et droit procédural national », *Cah. dr. eur.*, 1972, pp. 227-244

KOVLER Anatoly, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté de l'État », *L'Europe en formation*, 2013/2, n° 368, pp. 209-222

KRENC Frédéric,

- « Une application stricte de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, obs. sous Cour EDH, arrêt *Azinas c. Chypre* du 28 avril 2004 », *JT*, 2004, p. 627 et s.

- « Délai raisonnable, recours effectif et épuisement des voies de recours internes », *JT*, 2011, pp. 370-371.

- L -

LABAYLE Henri,

- « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne », *RFDA*, 1992, pp. 619-644

- « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTD eur.*, 1997, n° 04, pp. 813-881

- « Droits fondamentaux et droits européens », *AJDA*, 1998, pp. 75-91

- « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, 2010, p. 659

- « Never say never again : quand le mandat d'arrêt européen conduit le Conseil constitutionnel à poser sa première question préjudicielle à la Cour de justice », 7 avr. 2013, www.gdr-elsj.eu

- « Obligations positives des États parties à la CEDH et séjour irrégulier : pour un meilleur usage de la subsidiarité juridictionnelle par la CEDH », 19 oct. 2014, www.gdr-elsj.eu

- « La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux ? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH », 22 déc. 2014, www.gdr-elsj.eu

- « La Convention européenne des droits de l'homme à l'Assemblée nationale : quand le ridicule ne tue pas », 9 avr. 2015, www.gdr-elsj.eu

- « La politique d'asile de l'Union européenne, de la crise à la mutation ? », *JCP G.*, 2015, n° 44, doct. 1190, pp. 2007-2013

- « Winter is coming : la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'État de droit », 26 sept. 2018, www.gdr-elsj.eu

- « Winter is coming : l'État de droit devant les institutions de l'Union, remarques sur les crises polonaises et hongroises », *RAE*, 2018, n° 3, p. 485.

LABAYLE Henri et MEHDI Rostane,

- « Le Conseil d'Etat et la protection communautaire des droits fondamentaux, observations sous l'arrêt Conseil national des barreaux », *RFDA*, 2008, p. 711
- « Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice », *RFDA*, 2013, p. 461
- « Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen : lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2013, p. 691

LABAYLE Henri et SUDRE Frédéric, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, 2015, p. 3

LADENBURGER Clemens, « Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 2011, p. 20

LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth,

- « Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD h.*, 2001, pp. 715-742.
- « La mesure de la performance de la Cour européenne des droits de l'homme : une logique managériale à tout prix ? », *Revue française d'administration publique*, 2016/3, n° 159, pp. 819-834

LE BOT Olivier, « Contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en Europe », *NCCC*, n° 40, 2013, pp. 117 à 130

LE SOLLEU Marc, « Subsidiarité judiciaire et sanctions », *RAE*, n° 1&2, 1998, pp.

LEBRET Anne- Sophie, « Note sous CEDH, 2e sect, 8 avr. 2014, Dhahbi c/ Italie », *Journal du droit international (Chunet)*, n° 4, Oct. 2015, chron. 7

LEGROS Pierre et COENRAETS Philippe, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et l'accès effectif à une juridiction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD h.*, 1998, n°33, pp. 27-35

LENAERTS Konrad, « Les rapports entre juridictions suprêmes dans l'ordre juridique institué par la CEDH », *Cah. dr. eur.*, 1983, pp. 186-206

LENAERTS Konrad, VAN YPERSELE Patrick, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *Cah. dr. eur.*, 1994, n° 1 & 2, pp. 3-85

LEVADE Anne,

- « La QPC pourrait-elle être un recours interne à épuiser ? (CEDH, 30 avril 2013, Hazan Uzun c/ la Turquie, n° 10755/13) », *Constitutions*, 2013, pp. 192-194.
- « Anatomie d'une première : renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice ! », *JCP G.*, n° 23, 3 juin 2013, p. 1111
- « Ultime hypothèque levée : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public n'est pas contraire à la Convention EDH ! », Note sous l'arrêt CEDH, gr. ch., 1er juill. 2014, n° 43835/11, S.A.S. c/ France, *JCP G.*, 2014, n°39, 974.

LORD LESTER OF HERNE HILL, « Universality versus subsidiarity : a replay », *EHRLR*, 1998, pp. 71-81

LOUIS Jean-Victor, « La présidence britannique du Conseil de l'Europe et la Cour de Strasbourg », *Cah. dr. eur.*, vol. 48, n° 1, 2012, pp. 7-15

LOUVEL Bertrand, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 2015, n°43, p. 1122

- M -

MABAKA Placide « L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique », *RTD h.*, 2002, pp. 11-42

MAGNON Xavier, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC*, n° 96, 2013/4, pp. 917-940

MAHONEY Paul, « Universality versus subsidiarity in the Strasbourg Cases Law on Free Speech : Explaining some recent judgments », *EHRLR*, 1997, pp. 364-379

MALINVERNI Giorgio, « Le Protocole n°15 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD h.*, 2015, n° 101, pp. 51-63

MARCHAND-TONEL Xavier, « La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne. Présentation du dossier », *Droit et société*, 2012/1, n° 80, pp. 5-12

MARGUENAUD Jean-Pierre

- « La reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les juges du fond ou comment expurger le droit de la famille de ses archaïsmes sans attendre le législateur », *RTD civ.*, 2000, pp. 930-932.

- « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD civ.*, 2011, pp. 725-731

- « Variations européennes sur le thème de la gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2017, p. 335

MATTINA Enzo, « Subsidiarité, démocratie et transparence », *RMUE*, 1992, n° 4, pp. 203-213

MATHIEU Bertrand,

- « La supraconstitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA*, 8 mars 1995, n° 29, p. 12

- « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz*, 1995, pp. 211-212

MEHDI Rostane,

- « Ordre juridique de l'Union européenne - Primauté du droit de l'Union européenne », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. n° 190, 2013

- « Taricco, M.A.S ou l'art délicat de la retraite en bon ordre », 6 fév. 2018, www.gdr-elsj.eu

MERTENS DE WILMARS Josse,

- « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire », *Cah. dr. eur.*, 1976, pp. 135-148

- « Du bon usage de la subsidiarité », *RMUE*, 1992, n° 4, pp. 193-201

MEYER-HEINE Anne, « La participation des parlements au fonctionnement de l'Union européenne : quand la subsidiarité renforce la démocratisation de l'Union », *Droit et Société*, 2012/1, n° 80, pp. 31-46

MILLARD Éric, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *CCC*, n°21, janvier 2007, pp. 59-62.

MODERNE Franck,

- « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, pp. 722-742

- « Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? », *RFDA*, 2001, p. 563 et s.

- N -

NAUDET Jean-Yves, « Le principe de subsidiarité : ambiguïtés d'un concept à la mode », *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, 1992, vol. 3, n°2-3, pp. 319-331.

- O -

OLINGA Alain-Didier et **PICHERAL Caroline**, « La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD h.*, 1995, pp. 567-604

- P -

PASTRE-BELDA Béatrice, « La Cour européenne des droits de l'homme – Entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTD h.*, 2013, n° 94, pp. 251-274

PEREZ LUNO Antonio-Enrique, « ¿ Los principios generales del derecho : un mito juridico ? », *Revista de Estudios Politicos*, Madrid, 1997, n° 98, pp. 9 et s.

PERLO Nicoletta,

- « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un 'barrage contre le Pacifique' ? », *RFDC*, n°95, 2013, pp. 717-734

- « L'affaire Taricco : la voie italienne pour préserver la collaboration des juges dans l'Union européenne », *RTD eur.*, 2017, p. 739

PERTEK Jacques, « Renvoi préjudiciel », *JCl. Europe*, fasc. 360,

PEYROU Sylvie, « Cour constitutionnelle allemande et pouvoirs de la Banque centrale européenne : le premier renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union européenne (décision du 14 janvier 2014). [BVerG, 2 BvR 2728/13, 14 janvier 2014] », *RFDC*, avril 2015, n° 101, pp. 145-163.

PICOD Fabrice, « La normativité du droit communautaire », *CCC*, n° 21, 2007, pp. 94-99

PINTO DE ALBUQUERQUE Paulo, « Plaidoyer for the European Court of Human Rights », *EHRLR*, 2018, 2., p. 119

POELEMANS Maiténa, « État de droit et mandat d'arrêt européen : quel rôle pour la Cour de justice ? », 16 oct. 2018, www.gdr-elsj.eu

PONTIER Jean-Marie, « La subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, pp. 1515 et s.

POPOV Athanase, « La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne », *Cah. dr. eur.*, 2012, p. 135

- R -

RIDEAU Joël,

- « Compétences et subsidiarité dans l'Union européenne et les Communautés européennes », *Annuaire Européen d'Administration Publique*, Vol. XV, 1992, pp. 615-661

- « À la recherche d'une efficacité accrue. À propos du rapport 2012 de la CJUE », *JCP G.*, n° 23, juin 2013, pp. 1094-1097

- « Union européenne – Nature, valeurs et caractères généraux », *Jurisclasseur Europe Traité*, fasc. n° 110, 2015

RIGAUDIERE Albert, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, 1993, n°67, pp. 6-20

RITLENG Dominique,

- « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTD eur.* 2005, p. 285

- « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTD eur.*, 2009, p. 677

- « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni », *RTD eur.* 2013, p. 267

ROIG Charles, « Théorie et réalité de la décentralisation », *Revue française de science politique*, 1966, n° 16-3, pp. 445-471

ROLLAND Patrice, « L'interprétation de la Convention. Le juge administratif français et la CEDH », *RUDH*, 1991, pp. 280 et s.

ROSOUX Géraldine, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation aux dialogues des juges », *RTD h.*, n°71, 2007, pp. 757-822

RUVANOT Marie-Clotilde, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, n°1, pp. 71-93

- S -

SADELEER (de) Nicolas, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », *Droit et société*, 2012, n°80, pp. 73-89

SAURON Jean-Luc, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité », *RMCUE*, 1998, n° 423, pp. 645-656

SAUVE Jean-Marc, « Principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2010, pp. 1368 et s.

SCHELTER Kurt, « La subsidiarité : principe directeur de la future Europe », *RMC*, 1991, n°344, pp. 138-140

SCHOCKWEILER Fernand, « La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions ? », *JTDE*, 1995, p. 73

SCHWARZE Jürgen, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *RMCUE*, 1993, pp. 615-619

SERMET Laurent, « L'obscur clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote », *RGDIP*, 2007, n°4, pp. 863-878.

SICILIANOS Linos-Alexandre, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD h.*, 2014, n°97, pp. 9-29

SIMON Denys,

- « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire », *RAE*, 1998, pp. 84-94

- « Les juges et la priorité de la QPC : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *Revue critique de droit international privé*, 2011, p.1

- « La Cour européenne des droits de l'homme confirme sa présence active dans le dialogue entre juge national et juge de l'Union », *Europe*, juillet 2014, n° 7

- « L'arrêt Dano ou comment se créent les mythes », *Europe*, Repère, déc. 2014, n° 12

- « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, fév. 2015, Etude n° 2

- « Une première historique : la France condamnée en manquement pour défaut de renvoi préjudiciel par le Conseil d'État », *Europe*, n° 11, 2018, Repère 10

SIMON Denys, BARAV Ami, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », *RMC*, 1987, p. 165

SIMON Denys, RIGAUX Anne, « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *NCCC*, n°29, oct. 2010

SPANO Robert, « Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, n° 3, pp. 487-502

SPIELMANN Dean,

- « En jouant sur les marges - La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2010, n°10, pp. 117-127

- « Allowing the Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine : Waiver or Subsidiarity of European review ? », *Centre for European Legal Studies, University of Cambridge, Faculty of Law, Working Paper Series*, fév. 2012

STROZZI Giralmo, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *RTD eur.*, 1994, pp. 373-390

SUDRE Frédéric,

- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH*, 1991, pp. 259-274

- « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2001, n°28, p. 335.

- « Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2006, pp. 286-298.

- « Convention Européenne des Droits de l'Homme - Caractères généraux », *JurisClasseur, Europe Traité*, Fasc. 6500, LexisNexis, 2007

- « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour EDH. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G.*, 2013, n°42, doct. 1086.

« De QPC en QPC... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *JCP G.*, 2014, n° 41, doct. 1027.

- « La mystification du "consensus" européen, *JCP G.*, n° 50, 2015, doct. 1369

SUDRE Frédéric, GOUTTENOIRE Adeline, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention. Note sous arrêt », *JCP. G.*, n° 20, mai 2019, p. 551.

SURREL Hélène, « Le contentieux français des associations communales de chasse agréées devant la Cour de Strasbourg : suite et fin », Note sous l'arrêt CEDH, GC, 4 oct. 2012, n° 57412/08, Chabauty c/ France, *JCP G.*, 2012, n°50, 1351.

- T -

TAVERNIER Paul,

- « La Convention européenne des droits de l'homme, interprétation et application », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 155-E.

TIMSIT Gérard, « Normativité et régulation », *CCC*, janvier 2007, n° 21, pp. 84-87

TINIERE Romain, « Le recours en manquement et la protection des droits fondamentaux », *RDLF*, 2011, Chron. 4

TOTH Akos, « Is subsidiarity Justiciable ? », *European Law Review*, 1994, n°19, pp. 268-285

TOUZE Sébastien, « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme », *RGDIP*, 2011, n°2, pp. 517-532.

TRAIN Frédéric, « Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité », *RAE*, n° 1&2, 1998, pp. 103 et s.

TROPER Michel,

- « Justice Constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, pp. 34-48

- « La notion de principes supraconstitutionnels », *RIDC*, 1993, vol. 15, pp. 337-355

TULKENS Françoise,

- « La Cour européenne des droits de l'homme et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *Cah. dr. eur.*, n° 2, 2012, pp. 305 et s.

- « Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : bilan, questions critiques et défis », *RTD h.*, 2014, n° 98, pp. 333 et s.

- « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *Cah. dr. eur.*, 2018, n° 3, p. 653.

TULKENS Françoise et DONNAY Luc, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, p. 3 et s.

- V -

VALDRINI Patrick, « A propos de la contribution de l'Église catholique au développement de la subsidiarité et du fédéralisme en Europe », *Revue d'éthique et de théologie morale*, Le Supplément, déc.1996, pp. 147-163

VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 79-96

VERHOEVEN Joe, « La notion d'"applicabilité directe" du droit international », *Revue belge de droit international*, 1980 – 2, pp. 243-264

VULBEAU Alain, « Contrepoint - Subsidiarité et décentralisation », *Informations sociales*, 2010, n° 162, pp. 85-85

- W -

WILDHABER Luzius, HJARTARSON Arnaldur et DONNELLY Stephen, «No Consensus on Consensus ? : The Practice of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, 2013, vol. 33, pp. 248-263

B. Contributions issues de mélanges

- A -

AMSELEK Paul, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 983-1014

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël,

- « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 11- 28

- « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne ?, Brèves réflexions théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël MOLINIER, Liber amicorum*, Paris, LGDJ, 2012

- **AUBY Jean-Bernard**, « Décentralisation et pluralisme juridique », in *Mélanges Paul AMSELEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 39-52

- B -

BARAV Ami,

- « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité du juge communautaire », in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean BOULOIS*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 1-20

- « Tâtonnement préjudiciel. La notion de juridiction en droit communautaire », in *Liber amicorum en l'honneur de Bo VESTERDORF*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 79-140

- « Déformations préjudicielles », in *Mélanges en hommage à Georges VANDERSANDEN. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 21-88

BENOÎT-RHOMER Florence, « Le Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme : du soliloque au dialogue », in J.-P. JACQUÉ (dir.), *Écrits sur la communauté*

internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques. Liber amicorum Stelios PERRAKIS, Athènes, I. Sideris, 2017, pp. 431-446

BLUMANN Claude,

- « La réforme du renvoi préjudiciel : un apport inattendu du traité de Nice », in *Mélanges en hommage à Guy ISAAC. 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004, Tome 2, pp. 821-841
- « Objectifs et principes en droit communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp. 39-67
- « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », in *L'homme et le droit. Mélanges en hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Paris, Pedone, 2014, pp. 77-100

BONICHOT Jean-Claude,

- « La Cour de justice des Communautés européennes et la lutte contre le terrorisme : entre le marteau et l'enclume ? », in *Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves JÉGOUZO*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 3-14
- « Union européenne et droit pénal : le vent du large ? », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 75-94
- « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du traité sur l'Union européenne », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 49-65
- « Le contrôle du juge de l'Union sur le respect du principe de subsidiarité : « sulla carta o anche per davvero ? », in *Liber Amicorum Antonio TIZZANO. De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Turin, Giappichelli, 2018, pp. 142-151

BOULOUIS Jean,

- « À propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges Marcel WALINE : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 149-162
- « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri TEITGEN*, Paris, Pedone, 1984

BRAIBANT Guy, « De la Convention européenne des droits de l'Homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 327-333

BURGORGUE-LARSEN Laurence,

- « De l'internationalisation du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 95-130
- « Nothing is perfect. Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne », *Mélanges en l'honneur de Jean-François FLAUSS*, Paris, Pedone, 2014, pp. 101-115

- C -

CAFLISCH Lucius, « La déclaration d'Interlaken : un tournant dans l'histoire de la Cour de Strasbourg ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 95-108

CALLEWAERT Johan

- « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL, Protection des droits de l'homme, la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 147-166

- « La Convention européenne des droits de l'homme, entre effectivité et prévisibilité », in *Mélanges en l'honneur de Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 94-108

CANIVET Guy, « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire. Contre-éloge de la tragédie », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MANIN. L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp. 611-624

CHÉROT Jean-Yves, « Le droit dans un ordre juridique faiblement ordonné. Le cas de l'Union européenne », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 175-184

COHEN-JONATHAN Gérard,

- « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 165-196

- « La convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des Etats contractants », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS. Droit et justice*, Paris, Pedone, 1999, pp. 385-404

- « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Benoît JEANNEAU, Les mutations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, pp. 3-31

- « Le droit au juge », in *Liber amicorum Jean WALINE, Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 471-504

- « La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1127-1154

CONSTANTINESCO Vlad,

- « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité », in *Mélanges Léontin-Jean CONSTANTINESCO*, Heymanns, 1983, pp. 109 et s.

- « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45

- « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MANIN. L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp. 79-94

COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Etudes en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruylant, 2004, pp. 67-88.

- D -

DA CRUZ VILAÇA José Louis, « De l'interprétation uniforme du droit de l'Union à la "sanctuarisation" du renvoi préjudiciel. Etude d'une limite matérielle à la révision des traités », in *Liber Amicorum Antonio TIZZANO. De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Turin, Giappichelli, 2018, pp. 247-256

DE BRUYN Donatienne, « Le droit à un recours effectif », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT: Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 185-206.

DE SALVIA Michele, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*. Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 373-385

DE SCHUTTER Olivier, TULKENS Françoise, « Confiance mutuelle et droits de l'Homme. La Convention européenne des droits de l'Homme et la transformation de l'intégration européenne », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'Homme., Liber amicorum Michel MELCHIOR*, Anthemis/Limal, 2010, pp. 947-968

DELMAS MARTY Mireille,

- « Le rôle du juge européen dans la reconnaissance du jus commune. Signification et limites », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*. Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 397-414

- « Du dialogue à la montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 305-316

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans parole », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 403-417

- E -

EVRIGENIS Dimitrios, « L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme : Notions autonomes et effet direct », in *Mélanges offerts à Hermann MOSLER*, Springer Verlag, 1983, pp. 193-202

- F -

FAVOREU Louis,

- « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Liber amicorum Jean WALINE. Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 513-521

- « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 35-45.

FINES Francette, « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de J.-C. GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 333-348

FINLAY Thomas A., « Judicial self-restraint », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*. Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 499-505

- G -

GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter Jean, « Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protecting human rights : the European dimension*, 2^{ème} éd., Berlin, Car Heymanns Verlag KG, 1990, pp. 201-220

GAUDEMET Yves, « Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe », in *Mélanges Paul AMSELEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 315-329

GARLICKI Lech, « Some Observations on Relations between the ECHR and the Domestic Jurisdictions », in J. ILIOPOULOS-STRANGAS (dir.), *Cours suprêmes nationales et Cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis FAVOREU*, Bruxelles, Bruylant, pp. 305-325

GAUTIER Marie, « Le dispositif Schengen, vecteur d'une nouvelle forme d'intégration juridictionnelle », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de J.- C. GAUTRON*, Paris, Pedone, 2004, pp. 69-82

GENEVOIS Bruno, « Cour européenne des droits de l'homme et juge national : dialogue et dernier mot », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 281-292

GRÉVISSE Fernand, BONICHOT Jean-Claude, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 297-310

GUILLAUME Marc, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 293-309.

GUYOMAR Mattias, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'Etat et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 311-320

- J -

JACOT GUILLARMOD Olivier, « Autonomie procédurale des Etats (article 6, 13, 35 et 46 CEDH) : de l'apport possible de la jurisprudence de Luxembourg à celle de Strasbourg », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*., Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 617- 633

JACQUÉ Jean-Paul,

- « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1007-1028

- « Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ? », in *La France, l'Europe et le Monde, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, p. 345

- K -

KOOPMANS Thijmen, « La procédure préjudicielle, victime de son succès ? », in *Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden-Nomos, 1987, p. 347

KOVAR Robert,

- « Observations sur l'intensité normative des directives », in *Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden-Nomos Verlag, 1987, p. 359

- « La notion de juridiction en droit européen », in *Liber amicorum Jean WALINE. Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 607-628

- L -

LABAYLE Henri,

- « L'Union européenne et les droits fondamentaux (Un espace véritable de liberté ?) », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 581-593

- « Le juge de l'Espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 591-615

LABETOULLE Daniel, « La question préjudicielle sous la lumière de Luxembourg », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. PUISSOCHET. L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Pedone, 2008, pp. 153-158

LAGRANGE Maurice, « La Cour de justice des Communautés européennes du plan Schuman à l'Union européenne », in *Mélanges Fernand DEHOUSSE*, Paris-Bruxelles, Nathan-Labor, 1979, pp. 127-137

LE BARBIER-LE BRIS Muriel, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean RAUX*, Rennes, Éd. Apogée, 2006, pp. 419-457

LECOURT Robert, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri TEITGEN*, Paris, Pedone, 1984, pp. 223-237

LENAERTS Koen,

- « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Michel WAELBROECK*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 423-457

- « La systématique des voies de droit dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *Promenades au sein du droit européen. Mélanges en hommage à G. VANDERSANDEN*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 257-282

LEROY Michel

- « Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 91-106.

- «Propos sur l'effectivité des recours», in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 509-516

LORD MACKAY OF CLASHFERN, « The margin of appreciation and the need for balance », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*. Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 837-843

LOTARSKI Jaroslaw, « L'architecture judiciaire de l'Union européenne de demain », in *Mélanges en hommage à Guy ISAAC. 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, - 2004, Tome 2, pp. 717-733

LOUIS Jean-Victor, « Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité », in *Mélanges en hommage à Georges VANDERSANDEN. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 283-306

- M -

MAUS Didier, «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle supranationale ? », in *Liber Amicorum Michel MELCHIOR*, Liège, Strasbourg, Bruxelles : *parcours des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 477- 488

MEHDI Rostane,

- « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », in *Mélanges en hommage à Guy ISAAC. 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004, Tome 2, pp. 615-637

- « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », in *Le droit à la mesure de l'Homme, En l'honneur de Philippe LÉGER*, Paris, Pedone, 2006, pp. 225-237

MELCHIOR Michel, « Notions “ vagues ” ou “ indéterminées ” et “ lacunes ” dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1998, pp. 411-419

- N -

NEFRAMI Eleftheria, « Quelques réflexions sur l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE et l'obligation de l'État membre d'assurer la protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », in C. BOUTAYEB (dir.), *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude MASCLET*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, pp. 805-816.

- O -

OLMI Giancarlo, « Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre PESCATORE*, Nomos, Baden-Baden, 1987, pp. 499-536

- P -

PELIKANOVA Irena, « La protection juridictionnelle des particuliers par la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le droit à la mesure de l'Homme. En l'honneur de Philippe LÉGER*, Paris, Pedone, 2006, pp. 239-255

PESCATORE Pierre,

- « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Mélanges Léontin CONSTANTINESCO*, Heymanns, 1983, pp. 559-580

- « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'Homme », in F. MATSCHER, H. PETZOLD (éd.), *Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, pp. 441-455

PICOD Fabrice,

- « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MANIN. L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp. 907-920

- « Les limites au droit à une protection juridictionnelle effective devant les juridictions nationales », in *Liber Amicorum Antonio TIZZANO. De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Turin, Giappichelli, 2018, pp. 726-736

PUÉCHAVY Michel, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1299-1315

PUISSOCHET Jean-Pierre, « La Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'Homme », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1139-1151

- R -

RESS Georg, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 519-526

RITLENG Dominique,

- « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », in *Mélanges en hommage à Guy ISAAC. 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004, Tome 2, pp. 735-772

- « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », in *Mélanges J. MOLINIER*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 585 et s.

RUIZ-JARABO COLOMER Damaso, « Opinión publica y valoración social del poder judicial », in *Mélanges en l'honneur de J.- P. PUISSOCHET, L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Pedone, 2008, pp. 267-290

- S -

SCHWARZE Jürgen, « Propos introductifs sur les points de vue des juridictions européennes », in J. ILIOPOULOS-STRANGAS (dir.), *Cours suprêmes nationales et Cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis FAVOREU*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 283-287

SILVA DE LA PUERTA Rosario, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 591-601

SIMON Denys,

- « L'usage de concepts élastiques dans la jurisprudence internationale: impressionnisme ou réalisme ? », in *Mélanges Léontin-Jean CONSTANTINESCO*, Heymanns, 1983, pp. 707-719

- « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ? », in *Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Paris, Dalloz, 1991, p. 481

- « Droit au juge et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe-partout », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1399-1419

SKOURIS Vassilios, « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels », in *Liber amicorum en l'honneur de Bo VESTERDORF*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 59-78

SPIELMANN Dean,

- « Un autre regard : la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN- JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1447-1466

- « La prise en compte et la promotion du droit communautaire par la Cour de Strasbourg », in *Les droits de l'Homme en évolution, Mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. PARRARAS*, Bruxelles, Bruylant, Sakkoulas, Athènes, 2009, pp. 455-471

SUDRE Frédéric,

- « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 821-840

- « Du "dialogue des juges" à l'euro-compatibilité... », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno GENEVOIS*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1015-1031

- « A propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Paris, Pedone, 2014, pp. 207-224

- T -

TAVERNIER Paul, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER*, Paris, Pedone, 2008, pp. 219-231

TIZZANO Antonio,

- « La Cour de justice et la réalisation de l'espace judiciaire européen », in *Le droit à la mesure de l'Homme. En l'honneur de Philippe LÉGER*, Paris, Pedone, 2006, pp. 507- 514

- « Unione Europea, sovranità statale e ruolo strutturale della Corte di Giustizia », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. PUISSOCHET. L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Pedone, 2008, pp. 303-310

- « Notes sur le rôle de la Cour de Justice de l'Union européenne », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo MENGOLZI*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 223

TIZZANO Antonio, IANNUCELLI Paolo, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions », in *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert WEITZEL*, Paris, Pedone, 2013, pp. 201-224

TRUCHET Didier, « La subsidiarité vue par un administrativiste français », in *Mélanges en l'honneur de Claude BLUMANN, L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 531-538

TULKENS Françoise,

- « Des passerelles pour l'avenir », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 927-933

- « Brèves réflexions sur le juge national », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 649-656

- V -

VAN DER MEERSCH Ganshof, « Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *La protection des droits de l'Homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 201-220.

VANDERSANDEN Georges,

- « Considérations sur le principe de subsidiarité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques VELU*, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 193-210

- « La procédure préjudicielle : à la recherche d'une identité perdue », in *Mélanges en hommage à Michel WAELBROECK*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. 1, pp. 619-648

- W -

WACHSMANN Patrick, « Une certaine marge d'appréciation- Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1017-1042

WEBER Albrecht, « Double ou triple protection des droits fondamentaux en Europe ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1747-1759

- Z -

ZILLER Jacques, « La dialectique du contentieux européen : le cas des recours contre les actes normatifs », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges offerts à M. FROMONT*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 443-464

C. Contributions issues de colloques et autres ouvrages collectifs

- A -

ANAGNOSTOU Dia, « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : une analyse politique de l'impact des normes juridiques sur le plan national », in BRIBOSIA Emmanuelle, SCHEECK Laurent et UBEDA DE TORRES Amaya (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 159-188

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël,

- « La Convention européenne des droits de l'homme, instrument de convergence des droits constitutionnels nationaux, et du droit communautaire », Communication au colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, in Gaudin (H.) (dir.), *Droit constitutionnel et droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, p. 169

- « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in LICHÈRE François, POTVIN SOLIS Laurence, RAYNOUARD Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°53, 2004, pp. 167- 192

ARNULL Anthony, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam », in J.-L. CLERGERIE, *Le pouvoir judiciaire communautaire*, Limoges, PULIM, 1999, pp. 55-65

- B -

BAQUERO CRUZ Julio,

- « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », in L. AZOULAI, L. BURGORGUE- LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 241- 266

- « La réception de l'arrêt Kadi de la Cour de justice de l'Union européenne » in DUBOUT Édouard et TOUZE Sébastien (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 117

BARAV Ami,

- « Exception d'illégalité », in A.BARAV, C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 516.

- « Le droit au juge devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 191-216

BARROCHE Julien, « La subsidiarité française existe-t-elle ? », VII^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, *Association française de droit constitutionnel*, 2008

BEAUD Olivier, « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », in Esposito F. et Levrat N. (dir.), *Europe : de l'intégration à la Fédération*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, , 2010, p. 71

BERGER Vincent, « Commentaire de l'article 44 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 759-765

BERTRAND Brunessen, SIRINELLI Jean, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2014, pp. 565-593

BIANCARELLI Jacques, « Les mesures envisageables pour faire face à l'encombrement croissant du prétoire de la Cour de justice, en dehors de l'institution d'une juridiction de première instance », Colloque sur *Les perspectives de développement de la protection juridictionnelle dans la Communauté européenne*, European Policy Unit, European University Institute, Florence, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987

BIOY Xavier, « Notions et concepts en droit : interrogations » sur l'intérêt d'une distinction », in TUSSEAU Guillaume (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », n° 31, 2009, pp. 21-53

BLUMANN Claude,

- « Contribution du traité d'Amsterdam à la transformation de la Communauté de droit en Union de droit », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 355-374

- « L'organisation des juridictions de l'Union au lendemain du traité de Lisbonne », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 17-40

BONICHOT Jean-Claude, « La Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour européenne des Droits de l'homme et l'intégration européenne », in Tavernier Paul (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? – La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite" (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruxelles, Bruylant, 1996

BRIBOSIA Emmanuelle, « Un dialogue sous l'influence des terreaux juridiques nationaux », in BRIBOSIA Emmanuelle, SCHEECK Laurent et UBEDA DE TORRES Amaya (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 219-256

BRIBOSIA Hervé, « De la subsidiarité à la coopération renforcée », in Y. LEJEUNE (dir.), *Le traité d'Amsterdam : espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 24-92

BRUNET Pierre, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les concepts du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 196

BURGORGUE-LARSEN Laurence,

- « Les résistances des États de droit », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 423-458

- « Subsidiarité et juges suprêmes nationaux, du contrôle de constitutionnalité à la collaboration juridictionnelle. Approche de droit comparé », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, p. 307

- C -

CABRAL BARRETO Ireneu, « Commentaire de l'article 48 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 793-803

CALLEWAERT Johan, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in VERDUSSEN Marc (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 13-61

CANIVET Guy,

- « Table ronde », in COHEN-JONATHAN Gérard et PETTITI Christophe (dir.), *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant/Némésis, coll. « Droit et justice » n° 48, 2003, pp. 75 et s.

- « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 7-29

CASSESE Sabino, « Une administration indirecte : la subsidiarité judiciaire à la CEDH », Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015, p. 7

CASSIA Paul, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 415-434

CONSTANTINESCO Vlad, « La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses États membres. L'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité », in C. ENGEL et W. WESSELS (éds.), *From Luxembourg to Maastricht, Institutional Change in the European Community after the Single European Act*, 1992, pp. 126 et s.

CORSTENS Geert, Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges 2010*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 11-16

COSTA Jean-Paul,

- « Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ/Montchrestien, 1988, pp. 133-144

- « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in LICHÈRE François, POTVIN SOLIS Laurence, RAYNOUARD Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n° 53, 2004, pp. 153-166

- D -

DA CRUZ VILAÇA José Luis,

- « Le système juridictionnel communautaire », in A. MATTERA (dir.), *La Conférence intergouvernementale sur l'Union européenne : répondre aux défis du XXIème siècle*, Paris, Éd. Clément Juglar, 1996, pp. 219-237

- « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité : quelques réflexions », in L. S. ROSSI, *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 185-199

DECAUX Emmanuel, « Les États parties et leurs engagements », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 11-14

DE GOUTTES Régis,

- « La CEDH et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ? », in SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme : 1974-1992, Actes du colloque de Montpellier*, Editions Engel, 1994, pp. 49-60

- « Les ambivalences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2001 », in *La France et la Cour européenne des droits de l'homme*, Cahiers du CREDHO n° 8, 2002, pp. 19-38

DE KERCHOVE Gilles, « La subsidiarité et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in F. DELPÉRÉ (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2002, pp. 335-342

DE SCHUTTER Olivier

- « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in VERDUSSEN Marc (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 63-13

DECAUX Emmanuel, « L'ordre juridique de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe », in BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U., et CUJO E. (dir.), *Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012 p. 735

DELMAS MARTY Mireille, « Pluralisme et traditions nationales (revendications des droits individuels), in TAVERNIER Paul (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation « d'une union plus étroite »*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 81-92

DELPÉRÉE Francis, « À propos de la subsidiarité », in *Le principe de subsidiarité, Rapports généraux*, Acte des XVIIe journées juridiques Jean Dabin, pp. 3 et s.

DELSOL Chantal, « Les fondements anthropologiques du principe de subsidiarité », in B. GUILLEMAIN (dir.), *La subsidiarité, un grand dessein pour la France et l'Europe*, Éditions de Paris, Coll. « Les cahiers de l'as de trèfle », 2005

DELZANGLES Béatrice

- « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », in LOCHAK Danièle (dir.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, pp. 101-114

- « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de Paris, 2008, pp. 41-57

- « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », in *Journées juridiques franco-polonaises. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Ed. Mare & Martin, 2013, pp. 147-176

DONY Marianne, « Les valeurs, objectifs et principes de l'Union européenne », in M. DONY, E. BRIBOSIA (éd.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, Éd. de l'ULB, 2005, pp. 33-45

DRZEMCZEWSKI Andrew, « La question de l'effet direct de la Convention européenne des droits de l'homme. La situation au Royaume-Uni et en Pologne », in TAVERNIER Paul (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 125-147

DUBOS Olivier,

- « Le droit à un procès équitable dans la législation de l'Union : la protection juridictionnelle des particuliers au service de l'effectivité de la norme européenne », in C. PICHERAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis/Nemesis, 2012, pp. 137-157

- « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national. Preliminary ruling procedure and margin of appreciation of the national judge*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 159-182

- F -

FARTUNOVA Maria, « Le dialogue des juges. Les interactions entre le TPICE et la Cour », in P.MBONGO, A.VAUCHEZ(dir.), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 31-52

FICCHI Luisa, « L'État de droit et la jurisprudence communautaire », in M. DONY (dir.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruxelles, Éd. Université de Bruxelles, 2008, pp. 114 et s

FLAUSS Jean-François

- « Le droit à un recours effectif : l'article 13 de la CEDH dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour », in BEAUDOIN Gérard A. (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Québec, Blais, 1989, pp. 255-292

- « La souveraineté de l'Etat et la Convention européenne des droits de l'Homme », in DRAGO Roland (dir.), *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 59-74

- « Du droit international comparé des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2002, pp. 159-182

- G -

GAUTRON Jean-Claude, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 25-64

GENEVOIS Bruno, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 109-123

GEORGOPOULOS Théodore, « Doctrine de séparation des pouvoirs et intégration européenne », in M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 3-30

GERVASONI Stéphane, « La Cour de justice et le dialogue des juges », in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 143-152

GONZALEZ Gérard, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, 412 p., pp. 120-121.

- J -

JACOT-GUILLARMOD Olivier, « Règles, méthodes et principes d'interprétations dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, pp. 41 et s.

JACQUÉ Jean-Paul, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention. Dialogue entre juges 2012, Actes du séminaire*, Strasbourg, 27 janv. 2012, pp. 18-24

- K -

KRONENBERGER Vincent, « Actualité du renvoi préjudiciel, de la procédure préjudicielle d'urgence et de la procédure accélérée – quo vadis ? », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 397-428

- L -

LABAYLE Henri,

- « La Cour de justice et l'espace européen de liberté, sécurité et justice », in R. MEHDI (dir.), *L'avenir de la justice communautaire : enjeux et perspectives*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 59-81

- « Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de justice : l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in M. DONY, E. BRIBOSIA (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2002, pp. 73-105

LAFFRANQUE Julia, Intervention lors du séminaire « « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ? », *Dialogue entre juges 2014*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2014

LEMMENS Paul, Discours lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015, p. 34

LEMOYNE DE FORGES Jean-Michel,

- « La subsidiarité dans le fonctionnement de l'État », in *La Subsidiarité. De la théorie à la pratique*, D'ONORIO Joël-Benoît (dir.), Téqui, 1995, pp. 59-79

- « Subsidiarité et chef de file : une nouvelle répartition des compétences ? », GAUDEMET Yves et GOHIN Olivier (dir.), *La République décentralisée*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 47-55

LEURQUIN DE VISSCHER Françoise, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? » in Francis DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002, pp. 52 et s.

LEVADE Anne, « Le Conseil constitutionnel, régulateur des rapports de systèmes », in B. MATHIEU (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 729-752.

- M -

MACDONALD Ronald St J., « The margin of appreciation », in MACDONALD Ronald St J., MATSCHER Franz et PETZOLD Herbert, *The European System for the Protection of Human Rights*, Éd. Martinus Nijhoff, 1993, pp. 83-124

MAHONEY Paul, « Universality versus Subsidiarity », in *The Strasbourg Case Law on Free Speech : Explaining some recent Judgments*, European Human Rights Law Review, 1997, p. 364 et s.

MARCOU Gérard, « Principe de subsidiarité, constitution française et décentralisation », in NÉMERY Jean-Claude et WACHTER Serge (dir.), *Entre l'Europe et la décentralisation. Les institutions territoriales françaises*, Éd. de l'Aube/DATAR, 1993, pp. 85-92

MARTUCCI Francesco, « L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », in C. KESSEDIAN (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Éd. Panthéon Assas, 2013, pp. 21-40

MATSCHER Frantz, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°21, 1998, pp. 15-40.

MBONGO Pascal, « Introduction : le "contentieux communautaire", entre droit, science politique et sociologie du droit », in P.MBONGO, A.VAUCHEZ(dir.), *Dans la fabrique du droit européen, Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 1-8

MEHDI Rostane,

- « La justice communautaire : entre espoirs fondés et promesses déçues », in R. MEHDI (dir.), *L'avenir de la justice communautaire, enjeux et perspectives*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 3-25

- « Les retombées de la Communauté de droit dans les États de droit », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 377-422

- « Le juge communautaire et l'urgence », in H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, 2001, pp. 57-103

MICHEL Valérie, « L'exigence de préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne dans l'adhésion à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », in L. COUTRON, C. PICHERAL (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 113-132

MODERNE Franck, « Actualité des principes généraux du droit », in Avril Pierre et Verpeaux Michel (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2000, p. 51

- N -

NEFRAMI Eleftheria, « L'influence du droit européen sur le droit au juge », in J.-B. AUBY, *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 553-577

NUßBERGER Angelika, « Commentaires sur la contribution de Sabino CASSESE », Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015, p. 21

- O -

OST François, « Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH », in DELMAS-MARTY Mireille, *Raisonner la raison d'Etat*, Paris, PUF, 1989, pp. 444 et s.

- P -

PAMBOUKIS Charalambos, « État de droit et intégration européenne », in HEUZE Vincent, HUET Jérôme (dir.), *Construction européenne et Etat de droit*, Paris, LGDJ, 2012, p. 13

PECH Laurent, « Le remède au "gouvernement des juges" : le judicial self-restraint ? », in BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 63-113

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL Francisco, Intervention lors du Séminaire *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?*, Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015, p. 49

PESCATORE Pierre, « Commentaire de l'article 177 », in V. CONSTANTINESCO, J.P. JACQUE, R. KOVAR, D. SIMON (dir.) *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 1078

PETTITI Louis-Edmond, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention », in PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La*

Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris, Economica, 1995, pp. 27 et s.

PETZOLD Herbert, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », in *The European System for the Protection of Human Rights*, MACDONALD Ronald St. John, MATSCHER Franz et PETZOLD Herbert (eds), Éd. Martinus Nijhoff, 1993, pp. 40-62

PICHERAL Caroline,

- « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, p. 114

- « Le mode d'ajustement de la Cour européenne des droits de l'Homme au droit communautaire. Mérites et limites de la théorie de l'équivalence », in L. COUTRON, C. PICHERAL (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 69-92

PICARD Etienne, « Commentaire de l'article 26 », in PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995

PICOD Fabrice,

- « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice » n° 21, 1998, pp. 289-334

- « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141-170

- « La coopération juridictionnelle », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Europe, carrefour des coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 197-230.

- « Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels », in *50^{ème} anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, Actes du colloque*, Luxembourg, 13 mai 2013, pp. 81 et s.

PONTIER Jean-Marie, « Considérations générales sur les principes et le droit », in PONTIER Jean-Marie, *Les principes et le droit*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007

POTVIN-SOLIS Laurence, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 19-58

- R -

RACCAH Aurélien, « Les faux espoirs du principe de subsidiarité post-Lisbonne », IPSOLE, Colloque de lancement : *Belgique, Europe et mondialisation : quelles équations ?*, Louvain-la-Neuve, 13 et 14 oct. 2010

RIDEAU Joël,

- « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 3-7

- « Les limites de la protection juridictionnelle effective des droits de l'homme », in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 399-427

RODRIGUEZ-IGLESIAS Gil Carlos, « L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne », in *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe*, La Haye, T.M.C Asser Press, 2013, pp. 37-48

RONSE Thierry, WAELBROECK Denis, « La Cour de justice, juridiction suprême », in P. MAGNETTE, E. REMACLE, *Le nouveau modèle européen. Institutions et gouvernance*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 2000, pp. 89-103

ROSAS Allan, « L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne – quelques pistes de réflexion », in *O futuro da Justiça Europeia no espaço de liberdade, segurança e justiça*, Supremo Tribunal de Justiça, Lisbonne, 13 juil. 2007

ROSSETTO Jean, « La subsidiarité dans les Constitutions des États membres de l'Union européenne : l'exemple de l'Allemagne et de la France », in *Les collectivités territoriales et l'intégration européenne*, Tours, Presse universitaire François Rabelais, 2005, pp. 9 et s.

- S -

SAUVE Jean-Marc,

- « Réflexion autour de la procédure préjudicielle », Intervention au *Symposium des présidents des Cours constitutionnelles et suprêmes de l'Union européenne* à la Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 30 et 31 mars 2009

- Intervention à la Conférence « *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* », Les Conférences du Conseil d'État, Cycle 2010-2011 : Le droit européen des droits de l'homme, Paris, 19 avr. 2010

- Intervention lors du Séminaire « *La subsidiarité : une médaille à deux faces ?* », *Dialogue entre juges*, 30 janv. 2015, Strasbourg, pp. 23 et s.

- « Ouverture » in *L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté*, Colloque organisé par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, 10 avril 2015

SAVY Robert, « Sur un trompe l'œil constitutionnel », in *Études en l'honneur de Claude LOMBOIS*, Limoges, PULIM, 2004, p. 452

SCHEECK Laurent, « La diplomatie commune des cours européennes », in P. MBONGO, A. VAUCHEZ (dir.), *Dans la fabrique du droit européen, Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 105- 137.

SIMON Denys,

- « Article 237 », in CONSTANTINESCO Vlad, KOVAR Robert, JACQUÉ Jean-Paul et SIMON Denys (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 1551

- « Les principes en droit communautaire », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 287

STRUYS Michel, « Le rôle des juridictions nationales dans le contentieux communautaire des aides d'État », in *Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 287

STRUYS Michel, FLYNN Léo, « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : la dimension juridictionnelle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 201-250

SUDRE Frédéric,

- « Le renforcement de la protection des droits de l'Homme au sein de l'Union européenne », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 207-230

- « Le pluralisme saisi par le juge européen », in FONTAINE Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant/Némésis, coll. « Droit et justice » n° 76, 2007, pp. 261- 286

- « La cohérence issue de la jurisprudence européenne des droits de l'Homme. L' "équivalence" dans tous ses états », in L. COUTRON, C. PICHERAL (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 45-66

SURREL Hélène, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2010, p. 61

SZYMCZAK David, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, p. 18

- T -

TAVERNIER Paul,

- « La Cour européenne applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne ? », in TAVERNIER Paul (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 19-37.

- Compte rendu, Séminaire « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », Strasbourg, 30 janv. 2015

TIMMERMANS Christiaan, Intervention lors du colloque « Organisation et rendement de la Cour de justice de l'Union européenne. Comment faire face à la croissance du contentieux européen en temps de crise ? », sous la direction de Fabrice PICOD, Université Panthéon-Assas, Paris, 26 oct. 2012

TROPER Michel, « L'Europe politique et le concept de la souveraineté », in BEAUD Olivier, LECHEVALIER Arnaud, PERNICE Ingolf et al., *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 117-140

TROPER Michel, PFERSMANN Otto, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 21-62

TOUZÉ Sébastien, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles/Limal, Nemesis/Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, pp. 61 et s.

TULKENS Françoise,

- Intervention lors du séminaire « La Convention vous appartient », *Dialogue entre juges 2010*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, pp. 7-10

- « Conclusions générales », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2014, p. 397

TULKENS Françoise et CALLEWAERT Johan,

- « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'Homme et la protection des droits fondamentaux », in M. DONY, E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 2002, p. 177.

- « Un dialogue à trois voix entre pluralisme et cohérence », in BRIBOSIA Emmanuelle, SCHEECK Laurent et UBEDA DE TORRES Amaya (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 303 et s.

- V -

VAN DE KERCHOVE Michel, « Les rapports entre systèmes juridiques, entre clôture et ouverture », in Bergel J.L., *Le plurijuridisme*, Actes du VIII^{ème} Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003), Marseille, Presses d'Aix-Marseille, 2005, p. 37

VELU Jacques, « Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme », in A. BLECKMANN, Ph. DELANNAY, H. GOLSONG, R. KOVAR, J.-V. LOUIS, P. MERTENS et J. VELU (dir.), *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Colloque organisé par l'Institut des Études européennes, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 204-205.

VERDUSSEN Marc, « La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité », in F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 318 et s.

VERDUSSEN Marc, WILLEMART Elisabeth, « Observations de synthèse. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 251-277

VERHOEVEN Joe, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », in Francis DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 375-385

VIER Charles-Louis, « Les risques de dévalorisations de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Convention européenne des droits de l'Homme et droit communautaire : actes du colloque du 18 juin 1987*, la Documentation française, 1988, pp. 59 et s.

VIGNON Jérôme, « Le principe de subsidiarité, son rôle et sa définition dans la construction européenne », in J. MONAR, W. UNGERER et W. WESSELS (eds.), *The Maastricht Treaty on European Union : Legal Complexity and Political Dynamic*, Bruxelles, European interuniversity Press, 1993

VILLEY Michel, « Esquisse historique sur le mot responsable », in *La responsabilité à travers les Âges*, Paris, Economica, 1989, pp. 75-88

- W -

WATHELET Melchior,

- « La subsidiarité au sein de l'Union européenne : le processus décisionnel », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, pp. 131-200

- « Propos liminaires », in F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 18

WILDE D'ESTMAEL (de) Tanguy, « Subsidiarité : le poids d'un mot face à la signification d'un principe », in F. MASSART (dir.), *L'Europe prédite. La signification des mots*, Academia, 1994, pp. 46 et s.

WROBLEWSKI Jerzy,

- « L'interprétation juridique », in ARNAUD André-Jacques, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie*, Paris, LGDJ, 1^{ère} éd., 1993, pp. 314-317

- « Principes du droit », in ARNAUD André-Jacques, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie*, Paris, LGDJ, 1^{ère} éd., 1993, pp. 474-476

- Z -

ZILLER Jacques, « Le principe de subsidiarité », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, pp. 377 et s.

IV. TEXTES OFFICIELS, DOCUMENTS, RAPPORTS ET AUTRES PUBLICATIONS

A. Conseil de l'Europe (Classement par date de publication)

- 1949 -

Recueil des travaux préparatoires, Vol. I, Commission préparatoire du Conseil de l'Europe, Comité des ministres, assemblée consultative, 11 mai-8 septembre 1949

- 1962 -

Propositions présentées par la Cour européenne des droits de l'homme au Comité d'Experts lors de l'élaboration du Protocole attribuant à la Cour la compétence de donner des avis consultatifs, Cour européenne des droits de l'homme, CM(62)7

- 1963 -

Rapport du Comité d'Experts au Comité des ministres sur l'extension de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme, 7 janv. 1963, CM(63)2

- 1994 -

Définition et limites du principe de subsidiarité, Rapport pour le Comité directeur des autorités locales et régionales du Conseil de l'Europe, 1994

- 2004 -

Recommandation du Comité des ministres aux États membres sur l'amélioration des recours internes, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Rec (2004)6, 12 mai 2004

- 2005 -

Actes du séminaire « Dialogues entre juges 2005 », « *Questions les plus significatives ou les plus critiques sur la Cour européenne des droits de l'homme et sa jurisprudence* »

- 2006 -

Rapport du Groupe des Sages du 15 nov. 2006, CM(2006)203

- 2007 -

Actes du séminaire « Dialogues entre juges 2007 », « *La Convention européenne des droits de l'homme entre droit international et droit constitutionnel* »

Avis de la Cour sur le Rapport des Sages tel qu'adopté lors de la Session Plénière, Cour européenne des droits de l'homme, 2 avr. 2007

- 2008 -

Actes du séminaire « Dialogues entre juges 2008 », « *Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme* »

- 2010 -

Déclaration d'Interlaken du 19 fév. 2010

Actes du séminaire « Dialogues entre juges 2010 », « *La Convention vous appartient* »

Suivi d'Interlaken – Principe de subsidiarité, Note du jurisconsulte, Cour européenne des droits de l'homme, 8 juil. 2010

- 2011 -

Déclaration d'Izmir du 27 avr. 2011

Actes du séminaire « Dialogues entre juges 2011 », « *Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ?* »

- 2012 -

Avis préliminaire de la Cour établi en vue de la Conférence de Brighton, adopté par la Plénière, Cour européenne des droits de l'homme, 20 fév. 2012

Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, #3853040, Cour européenne des droits de l'homme, 16 mars 2012

Déclaration de Brighton du 20 avr. 2012

Actes du séminaire « Dialogues entre juges 2012 », « *Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ?* »

- 2013 -

Avis de la Cour sur le projet de Protocole n°16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention, adopté par la Cour plénière, Cour européenne des droits de l'homme, 6 mai 2013

Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes, Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Direction générale Droits de l'Homme et État de Droit, 18 sept. 2013

- 2014 -

Actes du séminaire « Dialogues entre juges 2014 », « *La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ?* »

- 2015 -

Contribution de la Cour à la conférence de Bruxelles, Cour européenne des droits de l'homme, 26 janv. 2015

Déclaration de Bruxelles du 27 mars 2015

Actes du séminaire « Dialogues entre juges 2015 », « *Subsidiarité : une médaille à deux faces* »

Rapport sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme, Comité directeur pour les droits de l'homme, CDDH(2015)R84, Addendum 1, Strasbourg, 11 déc. 2015

- 2016 -

Contribution de la Cour à la Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, notre responsabilité partagée, Cour européenne des droits de l'homme, 26 janv. 2016

Observations de la Cour sur le rapport du CDDH sur l'avenir à long terme du système de la Convention, Cour européenne des droits de l'homme, fév. 2016

Actes du séminaire « Dialogues entre juges 2016 », « *Les Cours internationales et nationales face aux violations massives des droits de l'homme* »

- 2018 -

Avis sur le projet de déclaration de Copenhague, Cour européenne des droits de l'homme, 19 fév. 2018

Déclaration de Copenhague du 13 avr. 2018

B. Union européenne (*Classement par date de publication*)

- 2000 -

Rapport du groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes, janv. 2000, en ligne : ec.europa.eu/dgs/legal_service

- 2007 -

Note du Conseil de l'Union européenne sur le traitement des questions préjudicielles relatives à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, Conseil de l'Union européenne, 29 nov. 2007, doc. 15886/07

- 2008 -

Résolution sur le rôle du juge national dans le système juridictionnel européen, Parlement européen, 9 juil. 2008, (2007/2027(INI))

- 2009 -

Actes du symposium réunissant les Présidents des Cours constitutionnelles et suprêmes des États membres - Réflexion autour de la procédure préjudicielle, Service presse et information de la CJCE, Luxembourg, 30 et 31 mars 2009

- 2012 -

L'impact de la jurisprudence de la CEJ et de la CEDH sur l'asile et l'immigration, LABAYLE Henri, DE BRUYCKER Philippe, « *Études du Parlement européen* », Bruxelles, 2012

- 2015 -

La réforme du système judiciaire de l'UE, Communiqué de presse n° 44/15, Luxembourg, 28 avr. 2015

- 2017 -

Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit, Conseil de l'Union européenne, 20 déc. 2017, (COM(2017) 835)

- 2018 -

Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles (2018/C 257/01), JOUE, 20 juil. 2018

Résolution du Parlement européen relative à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, Parlement européen, 12 sept. 2018, (2017/2131(INL)).

C. Assemblée nationale et Sénat

Rapport n° 642 fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi autorisant la ratification du Protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, B. POLETTI, Assemblée nationale, 7 fév. 2018,

Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la Cour européenne des droits de l'Homme, Sénat, 25 juil. 2012

V. TRAITÉS

A. Conseil de l'Europe

Statut du Conseil de l'Europe, Londres, 5 mai 1949, *S.T.C.E.*, n° 001

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 nov. 1950, *S.T.C.E.*, n° 005

B. Union européenne

Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), signé à Paris le 18 avril 1951

Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM), signé à Rome le 25 mars 1957, JOUE C 327 du 26 oct. 2012, p. 5 (version consolidée)

Traité instituant la Communauté européenne signé à Rome le 25 mars 1957, JOCE C 325 du 24 décembre 2002, p. 33 (version consolidée)

Acte Unique européen, JOCE L 169 du 29 juin 1987, p. 1

Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, JOCE C 325 du 24 décembre 2002 p. 5 (version consolidée)

Traité modifiant le traité sur l'Union européenne et les traités instituant les Communautés européennes signé à Amsterdam le 2 octobre 1997, JOCE C 340 du 10 novembre 1997 p. 145 (version consolidée)

Traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, JOCE n° 80 du 10 mars 2001, p. 1

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, *JOUE* C 310 du 16 décembre 2004, p. 1

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE* C 83 du 30 mars 2010 p. 389

Traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JOUE* C 83 du 30 mars 2010 pp. 13 et 47 (versions consolidées)

VI. WEBOGRAPHIE

A. Conseil de l'Europe

Cour européenne des droits de l'homme : www.echr.coe.int

Base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :
www.hudoc.echr.coe.int

Conseil de l'Europe : www.coe.int

B. Union européenne

Cour de justice de l'Union européenne : www.curia.europa.eu

EurLex : www.eur-lex.europa.eu

Europa : www.europa.eu

C. Références nationales

Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr

Conseil d'État : www.conseil-etat.fr

Cour de cassation : www.courdecassation.fr

Assemblée nationale : www.assemblee-nationale.fr

Sénat : www.senat.fr

Légifrance : www.legifrance.gouv.fr

D. Autres (doctrine, ...)

Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe : <https://www.cvce.eu>

Institut Jacques Delors : www.institutdelors.eu

Fondation Robert Schuman : www.robert-schuman.eu

Blog du réseau universitaire européen "Droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice" (GDR CNRS n°3452), www.gdr-elsj.eu

European papers – Carnets européens : www.europeanpapers.eu

Blog du droit de l'Union européenne : www.droit-union-europeenne.be

L'Europe des libertés : www.leuropedeslibertes.u-strasbg.fr

Verfassungs blog : www.verfassungsblog.de

TABLE DE JURISPRUDENCE

I. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

II. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

III. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

IV. JURIDICTIONS FRANÇAISES

V. AUTRES JURIDICTIONS NATIONALES

I. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- ComEDH, 2 sept. 1959, *Nielsen c. Danemark* (déc.), Ann. Conv., II, 413
- CourEDH, 1^{er} juil. 1961, *Loweless c. Irlande* (n°3), req. n° 332/57
- ComEDH, déc., 8 déc. 1963, *De Buck et Koolen c. Belgique*, req. n°1420/62 et al., *Rec. 13*, pp. 71-91
- CourEDH, 23 juil. 1968, « Affaire linguistique belge », GACEDH, n° 9
- CourEDH, 24 oct. 1969, *H. c. France*, n° 10073/82
- CourEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, req. n° 2832/66
- CourEDH, 16 juil. 1971, *Ringeisen c. Autriche*, req. n° 2614/65
- CourEDH, 21 fév. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70
- CourEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, GACEDH, n° 7
- CourEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, A. 25
- CourEDH, 6 sept. 1978, *Klass c. Allemagne*, req. n° 5029/71, série A., n° 82
- CourEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74
- CourEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74
- CourEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, Série A
- CourEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/73
- CourEDH, Plén., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76
- CourEDH, 15 juil. 1982, *Eckle c. Allemagne*, série A, n° 51
- CourEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 et 7136/75
- CourEDH, Plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79
- CourEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c. Belgique*, req. n° 9186/80
- CourEDH, 28 nov. 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n° 8777/79

- CourEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, req. n° 8225/78
- CourEDH, 21 fév. 1986, *James et a. c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79
- CourEDH, 18 déc. 1986, *Bozano c. France*, req. n° 9990/82
- CourEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, A n° 113, p. 22
- CourEDH, *Powell et Rayner*, 21 fév. 1990, Série A, n° 172, p. 18
- CourEDH, 25 oct. 1990, *Keus c. Pays-Bas*, req. n° 12228/86
- CourEDH, 26 nov. 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, req. n° 13585/88
- CourEDH, 27 nov. 1991, *Oerlemans c. Pays Bas*, req. n° 12565/86
- CourEDH, 29 oct. 1992, *Open Door c. Irlande*, GACEDH, n° 72
- CourEDH, 22 septembre 1993, *Klaas c. Allemagne*, req. n° 15473/89
- CourEDH, 27 oct. 1994, *Katte Klitsche de la Grande c. Italie*, n° 12539/86
- CourEDH, 24 nov. 1994, *Kemmache c. France (N°3)*, req. n° 17621/91, série A n° 296-C
- CourEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c. France*, req. n° 23805/94
- CourEDH, GC, 16 sept. 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, req. n° 21893/93
- CourEDH, 22 oct. 1996, *Stubbings et a. c. Royaume-Uni*, req. n° 22083/93 et 22095/93
- CourEDH, 20 mars 1997, *Loukanov c. Bulgarie*, req. n° 21915/93
- CourEDH, 1^{er} juil. 1997, *Gitonas et autres c. Grèce*, Rec. 1997-IV
- CourEDH, 19 déc. 1997, *Brualla Gomez de la Torre c. Espagne*, req. n° 26737/95
- CourEDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, GACEDH, n° 6
- CourEDH, 19 fév. 1998, *Dalia c. France*, req. n° 26102/95
- CourEDH, 23 sept. 1998, *Steel et autres c. Royaume-Uni*, Rec. 1998 –VII
- CourEDH, GC, 21 janv. 1999, *Fressoz c. France*, req. n° 2918395
- CourEDH, 18 fév. 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94
- CourEDH, GC, 29 avr. 1999, *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95
- CourEDH, GC, 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, req. n° 21980/93
- CourEDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et 33986/96
- CourEDH, GC, 8 juil. 1999, *Tanrikulu c. Turquie*, req. n° 23763/94
- CourEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c. France*, GACEDH, n° 29
- CourEDH, GC, 16 déc. 1999, *T. c. Royaume-Uni*, req. n° 24724/94
- CourEDH, 20 janv. 2000, *Yahiaoui c. France*, req. n° 30962/96
- CourEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, req. n° 34553/97
- CourEDH, GC, 6 avr. 2000, *Comingersoll S.A. c. Portugal*, req. n° 35382/97

- CourEDH, GC, 27 juin 2000, *Frydlender c. France*, req. n° 30979/96
- CourEDH, GC, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96
- CourEDH, GC, 10 mai 2001, *Z. et autres c. Royaume Uni*, Rec. 2001-V
- CourEDH, 2 août 2001, *Boultif c. Suisse*, req. n° 54273/00
- CourEDH, GC, 21 nov. 2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97
- CourEDH, 12 nov. 2002, *Bělěš et a. c. République tchèque*, req. n° 47273/99
- CourEDH, 10 avr. 2003, *Nunes Dias c. Portugal* (déc.), req. n° 69829/01 et 2672/03
- CourEDH, 17 juil. 2003, *Luordo c. Italie*, req. n° 32190/96
- CourEDH, GC, 9 oct. 2003, *Slivenko c. Lettonie*, req. n° 48321/99
- CourEDH, 1^{er} avr. 2004, *Rivas c. France*, req. n° 59584/00
- CourEDH, GC, 8 juil. 2004, *Ilascu et a. c. Moldava et Russie*, req. n° 48787/99
- CourEDH, 13 juil. 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, req. n° 69498/01
- CourEDH, 11 janv. 2005, *Blücher c. République Tchèque*, req. n° 58580/00
- CourEDH, GC, 4 fév. 2005, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et al.
- CourEDH, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99
- CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98
- CourEDH, GC, 28 sept. 2005, *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96
- CourEDH, GC, 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, req. n° 74025/01
- CourEDH, 10 nov. 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 44774/98
- CourEDH, GC, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, req. n° 36813/97
- CourEDH, GC, 8 juin 2006, *Sürmeli c. Allemagne*, n° 75529
- CourEDH, GC, 18 oct. 2006, *Uner c. Pays-Bas*, req. n° 46410/99
- CourEDH, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05
- CourEDH, 22 juin 2008, *Maslov c. Autriche*, req. n° 1638/03
- CourEDH, 8 juil. 2008, *Vajnai c. Hongrie*, req. n° 33629/06
- CourEDH, GC, 19 fév. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 3455/05
- CourEDH, 2 avr. 2009, *Vassiliadis c. Grèce*, req. n° 32086/06
- CourEDH, 18 sept. 2009, *Varnava et a. c. Turquie*, req. n° 18888/02
- CourEDH, 15 oct. 2009, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ukraine*, req. n° 40450/04
- CourEDH, GC, 1^{er} mars 2010, *Demopoulos e.a. c. Turquie*, req. n° 46113/99
- CourEDH, GC, 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, req. n° 15869/02
- CourEDH, 6 avr. 2010, *C.G.I.L et Coffferati c. Italie (n° 2)*, req. n° 2/08
- CourEDH, 2 sept. 2010, *Rumpf c. Allemagne*, req. n° 46344/06
- CourEDH, GC, 10 sept. 2010, *McFarlane c. Irlande*, req. n° 31333/06

- CourEDH, 23 nov. 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08
- CourEDH, 18 janv. 2011, *MGN Limited c. Royaume-Uni*, req. n° 39401/01
- CourEDH, 21 janv. 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09
- CourEDH, 8 février 2011, *Bratri Zatkové A.S. c. République tchèque*, req. n° 20862/06
- CourEDH, 12 avr. 2011, *Adrian Constantin c. Roumanie*, req. n° 21175/03
- CourEDH, GC, 29 juin 2011, *Sabeh El Leil c. France*, req. n° 34869/05
- CourEDH, GC, 7 juil. 2011, *Al-Sekini et al. c. Royaume-Uni*, Req. n° 55721/07
- CourEDH, 12 sept. 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, req. n° 28955/06, 28957/06 et 28959/06 et 28964/06
- CourEDH, 20 sept. 2011, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, req. n° 14902/04
- CourEDH, 17 janv. 2012, *Othman c. Royaume-Uni*, req. n° 8139/09
- CourEDH, 30 janv. 2012, *Assunção Chaves c. Portugal*, req. n° 61226/08
- CourEDH, GC, 7 fév. 2012, *Axel Springer c. Allemagne*, req. n° 39954/08
- CourEDH, GC, 7 fév. 2012, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, req. n° 40660/08 et 60641/08
- CourEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et a. c. Royaume-Uni*, req. n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09
- CourEDH, GC, 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n° 26828/06
- CourEDH, GC, 13 juil. 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, req. n° 16354/06
- CourEDH, GC, 4 oct. 2012, *Harroudj c. France*, req. n° 43631
- CourEDH, 9 oct. 2012, *R.-P. et a. c. Royaume-Uni*, req. n° 38245/08
- CourEDH, 15 nov. 2012, *Kissiwa Koffi c. Suisse*, req. n° 38005/07
- CourEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, req. n° 12323/11
- CourEDH, 13 déc. 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07
- CourEDH, GC, 13 déc. 2012, *El-Masri c. L'ex-République Yougoslave de Macédoine*, req. n° 3963/09
- CourEDH, GC, 22 avr. 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, req. n° 48876/08
- CourEDH, 11 juin 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica et a. c. Pays-Bas (déc.)*, req. n° 65542/12
- CourEDH, 11 juin 2013, *Mc Lean et Cole c. Royaume-Uni*, req. n° 12626/13 et 2522/12
- CourEDH, GC, 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09
- CourEDH, 12 nov. 2013, *Yabansu et a. c. Turquie*, req. n° 43903/09
- CourEDH, 17 déc. 2013, *Perinçek c. Suisse*, req. n° 27510/08
- CourEDH, 17 déc. 2013, *Nășui c. Roumanie*, req. n° 42529/08
- CourEDH, 31 oct. 2013, *Janyr c. République Tchèque*, req. n° 42937/08

- CourEDH, GC, 28 janv. 2014, *O’Keeffe c. Irlande*, req. n° 35810/09
- CourEDH, GC, 25 mars 2014, *Vučković et autres c. Serbie*, req. n° 17153/11
- CourEDH, 8 avr. 2014, *Dhahbi c. Italie*, req. n° 17120/09
- CourEDH, 13 mai 2014, *Dunn et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 566/10
- CourEDH, GC, 12 juin 2014, *Fernández Matínez c. Espagne*, req. n° 56030/07
- CourEDH, 1^{er} juil. 2014, *S.A.S c. France*, req. n° 43835/11
- CourEDH, 31 juil. 2014, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, req. n° 14902/04
- CourEDH, 12 août 2014, *Firth et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 47784/09
- CourEDH, GC, 3 oct. 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n° 12738/10
- CourEDH, 10 fév. 2015, *Mc Hugh et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 51987/08
- CourEDH, 7 juil. 2015, *V. M et al. C. Belgique*, req. n° 60125/11
- CourEDH, 13 oct. 2015, *Riza et autres c. Bulgarie*, req. n° 48555/10
- CourEDH, GC, 10 nov. 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n° 40454/07
- CourEDH, 30 juin 2016, *Millbank et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 44473/14
- CourEDH, 6 sept. 2016, *W.D. c. Belgique*, req. n° 73548/13
- CourEDH, 25 oct. 2016, *Radunović et a. c. Monténégro*, req. n° 45197/13
- CourEDH, GC, 29 nov. 2016, *Paroisse gréco-catholique Lupeni et a. c. Roumanie*, req. n° 76943/11
- CourEDH, 25 avr. 2017, *Rezmives et autres c. Roumanie*, req. n° 61467/12, 39516/13, 48231/13 et 68191/13
- CourEDH, GC, 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, req. n° 21980/04
- CourEDH, 13 juin 2017, *Moohan et Gillon c. Royaume-Uni*, req. n° 222962/15 et 23345/15
- CourEDH, 14 sept. 2017, *Ndidi c. Royaume-Uni*, req. n° 41215/14
- CourEDH, 12 oct. 2017, *Burmych et a. c. Ukraine*, req. n° 46852/13 et al.
- CourEDH, 14 déc. 2017, *Orlandi et a. c. Italie*, req. n° 26431/12
- CourEDH, 1^{er} fév. 2018, *M.A c. France*, req. n° 9373/15
- CourEDH, 18 sept. 2018, *L. G. c. Belgique*, req. n° 38759/14
- CourEDH, GC, 22 oct. 2018, *S., V. et A. c. Danemark*, req. n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12
- CourEDH, 11 déc. 2018, *Lekic c. Slovénie*, req. n° 36480/07
- CourEDH, 5 fév. 2019, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, req. n° 16874/12
- CourEDH, 5 mars 2019, *Yavaş et a. c. Turquie*, req. n° 36366/06
- CourEDH, 29 janv. 2019, *Ebru Dinçer c. Turquie*, req. n° 43347/09

- CourEDH, GC, avis consultatif, 10 avr. 2019, n°16-2018-001

II. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

A. Cour de justice

- CJCE, 11 déc. 1962, *Schwarze*, aff. 16/65, *Rec.*, p. 1081
- CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 23
- CJCE, 15 juil. 1963, *Plaumann c. Commission*, aff. 25/62, *Rec.* p. 199, p. 223
- CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141
- CJCE, 1^{er} déc. 1965, *Schwarze*, aff. 16/65, *Rec.* 1965, p. 1081
- CJCE, 14 juil. 1967, *Kampffmeyer*, aff. 5, 7, 13-24/66, *Rec.*, p. 317
- CJCE, 4 avr. 1968, *Lück*, aff. 34/67, *Rec.*, p. 370
- CJCE, 11 juil. 1968, *Zuckerfabrik Watenstedt GmbH c. Conseil*, aff. 6/68, *Rec.* p. 595
- CJCE, 19 déc. 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec.*, p. 675
- CJCE, 10 déc. 1969, *Eridania e.a. c. Commission*, aff. 10-18/68, *Rec.* p. 459
- CJCE, 6 oct. 1970, *Franz Grad*, aff. 9/70, *Rec.*, p. 825
- CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, *Rec.*, p. I-1125
- CJCE, 11 fév. 1971, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor*, aff. 39/70, *Rec.*, p. 49
- CJCE, 14 déc. 1971, *Politi*, aff. 43/71, *Rec.*, p. 1039
- CJCE, 6 juin 1972, *Schlüter et Maack*, aff. 94/71, *Rec.* 1972 p. 307
- CJCE, 13 juil. 1972, *Commission c. Italie*, aff. C-48/71, *Rec.*, p. 529
- CJCE, 16 juin 1974, *Rheinmülen-Düsseldorf*, aff. 166/73, *Rec.*, p. 38
- CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.* p. 651
- CJCE, 11 juil. 1974, *Procureur du droit contre Gustave Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 837
- CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec.*, p. 1337
- CJCE, 1^{er} déc. 1975, *Firma Schwarze*, aff. 16/65, *Rec.*, p. 1083
- CJCE, 8 avr. 1976, *Defrenne*, aff. C-43/75, *Rec.*, p. I-455
- CJCE, 20 mai 1976, *Mazzalai*, aff. 111/75, *Rec.*, p. 657
- CJCE, 6 oct. 1976, *Tessili*, aff. 12/76, *Rec.*, p. 1473
- CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et 45/76, *Rec.*, pp. 1989
- CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann Laroche*, aff. 107/76, *Rec.*, p. 557
- CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, *Rec.*, p. 629
- CJCE, 29 nov. 1978, *Pigs Marketing Board*, aff. 83/78, *Rec.*, p. 2347

- CJCE, 5 avr. 1979, *Ratti*, aff. C-148/78, *Rec.*, p. 1629
- CJCE, 5 déc. 1979, *Amylum c. Conseil et Commission*, aff. jtes 116 et 124/77, *Rec.*, p. 3497
- CJCE, 5 déc. 1979, *Koninklijke Scholten-Honig NV c. Conseil et Commission*, aff. 143/77, *Rec.*, p. 3583
- CJCE, 16 déc. 1981, *Foglia c. Novello*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045
- CJCE, 7 juil. 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord mbH*, aff. 158/80, *Rec.* p. 1805
- CJCE, 1^{er} avr. 1982, *Holdijk e.a.*, aff. 141/81 à 143/81, *Rec.*, p. 1299
- CJCE, 10 avr. 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, *Rec.*, p. 1891
- CJCE, 20 juin 1984, *Hans Moser*, aff. 180/83, *Rec.*, p. 2539
- CJCE, 17 janv. 1985, *Piraiki-Patraiki c. Commission*, aff. 11/82, *Rec.* p. 207
- CJCE, 26 fév. 1986, *Marshall*, aff. C-152/84, *Rec.*, p. I-723
- CJCE, 26 fév. 1986, *Krohn*, aff. 175/84, *Rec.*, p. 763
- CJCE, 23 avr. 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlement européen*, aff. C-294/83, *Rec.*, p. 1339
- CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, *Rec.*, p. 1651
- CJCE, 12 juin 1986, *Bertini e.a.*, aff. 98/85, 162/85 et 258/85, *Rec.*, p. 1885
- CJCE, 15 oct. 1987, *Heylens*, aff. 22/86, *Rec.*, p. 4099
- CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85
- CJCE, 21 avr. 1988, *Pardini*, aff. C-338/83, *Rec.* p. 2041
- CJCE, 23 nov. 1989, *Torfaen Borough Council*, aff. C-145/88, *Rec.* p. 3851
- CJCE, Ord., 26 janv. 1990, *Falciola*, aff. C-286/88, *Rec.*, p. I-191
- CJCE, 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, aff. C-213/89, *Rec.*, p. I-2433
- CJCE, 18 oct. 1990, *Dzodzi*, aff. C-297/88 et C-197/89, *Rec.*, p. I-3763
- CJCE, 8 nov. 1990, *Gmurzynska-Bscher*, aff. C-231/89, *Rec.*, p. I-4003
- CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, aff. 106/89, *Rec.*, p. I-4135
- CJCE, 12 déc. 1990, *P. Kaefer et A. Procacci*, aff. jtes. C-100/89 et 101/89, *Rec.*, p. I-4647
- CJCE, 11 juil. 1991, *Verholen*, aff. C-87/90 à C-89/90, *Rec.*, p. I-3757
- CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes. C-6/90, *Rec.*, p. I-5357
- CJCE, 28 fév. 1992, *Conforama*, aff. C-312/89, *Rec.*, p. I-997
- CJCE, 28 fév. 1992, *Marchandise*, aff. C-332/89, *Rec.*, p. I-1037
- CJCE, 16 déc. 1992, *Council of the City of Stoke on Trent et Norwich City Council c. B & Q plc*, aff. C-169/91, *Rec.*, p. I-6635
- CJCE, 19 janv. 1994, *SAT Fluggesellschaft*, aff. C-364/92

- CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries*, aff. C-18/93, *Rec.*, p. I-1783
- CJCE, 15 juin 1995, *Zabala Erasun e.a*, aff. jtes. C-422/93 à 424/93, *Rec.*, p. I-1667
- CJCE, 17 oct. 1995, *Leifer*, aff. C-83/94, *Rec.*, I-3231
- CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroek*, aff. C-312/93, *Rec.*, p. I-4599
- CJCE, 14 déc. 1995, *Van Schijndel*, aff. C-430 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705
- CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-492
- CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Rec.* I-1029
- CJCE, 17 sept. 1996, *Cooperativa Agricola Zootechnica S Antonio e.a.*, aff. jtes. C-246/94 à C-249/94, *Rec.*, p. I-4400
- CJCE, 17 oct. 1996, *Denkavit International*, aff. C-283/94, C-291/91 et C-292/94
- CJCE, 12 nov. 1996, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.* I p. 5755
- CJCE, 26 nov. 1996, *T-Port GmbH & Co. KG*, aff. C-68/85, *Rec.* p. I-6065
- CJCE, 27 fév. 1997, *Ebony Maritime*, aff. C-177/95
- CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, aff. C-233/94, *Rec.* p. I-2405
- CJCE, 17 juil. 1997, *Leur-Bloem*, aff. C-28/95, *Rec.*, p. 4190
- CJCE, 18 déc. 1997, *Inter-environnement Wallonie*, aff. C-129/96, *Rec.*, p. I-7411
- CJCE, 16 juil. 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, aff. C-93/97
- CJCE, 7 sept. 1999, *Beck et Bergdorf*, aff. C-355/97, *Rec.* 1999, p. I-4977
- CJCE, 13 avr. 2000, *Lehtonen et Castors Braine*, aff. C-176/96, *Rec.*, p. I-2681
- CJCE, 14 déc. 2000, *Fazenda Publica*, aff. C-446/98
- CJCE, 8 nov. 2001, *Adrien-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, aff. 143/09, *Rec.* p. 8365
- CJCE, 19 fév. 2002, *Besix SA*, aff. 256/00, *Rec.*, p. I-1737
- CJCE, 5 mars 2002, *Reisch e.a.*, aff. jtes. C-515/99, C-519/99, C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, *Rec.*, p. I-2157
- CJCE, 21 mars 2002, *Cura Anlagen*, aff. C-451/99, *Rec.*, p. I-3193
- CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677
- CJCE, 10 déc. 2002, *British American Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453
- CJCE, ord., 21 janv. 2003, *Bacardi-Martini et Cellier les Dauphins*, aff. C-318/00, *Rec.*, p. I-905
- CJCE, 15 mai 2003, *Salzmann*, aff. C-300/01, *Rec.*, p. I-4899
- CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* I-10239
- CJCE, 6 nov. 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01
- CJCE, 1^{er} avr. 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, aff. C-263/02P, *Rec.* p. I-3425

- CJCE, 5 oct. 2004, *Pfeiffer e.a.*, aff. jtes. C-397/01 à C-403/01, *Rec.*, p. I-8835
- CJCE, 20 janv. 2005, *Garcia Blanco*, aff. C-225/02, *Rec.* p. I-523
- CJCE, 14 avr. 2005, *Belgique c. Commission*, aff. C-110/03 ; CJCE, GC, 12 juil. 2005, *Alliance for Naturel Health e.a.*, aff. C-154/04
- CJCE, 12 juil. 2005, *Natural Health et Nutri-Link*, aff. C-154/04 et C-155/04, *Rec.*, p. I-6451
- CJCE, 22 nov. 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, *Rec.* p. I-0998
- CJCE, 6 déc. 2005, *ABNA e.a.*, aff. C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *Rec.*, p. I-10423
- CJCE, GC, 21 fév. 2006, *Ritter-Coulais*, aff. C-152/03, *Rec.* p. I-01711
- CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA*, aff. C-173/03, *Rec.*, p. I-5177
- CJCE, 4 juil. 2006, *Adelener e.a.*, aff. C-212/04
- CJCE, 19 sept. 2006, *i-21 Germany et Arcor AG*, aff. jtes. C-392/04 et C-422/04, *Rec.* p. I-8559
- CJCE, 18 janv. 2007, *PKK et KNK c. Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.* p. I-439
- CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. C-338/04
- CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.*, p. I-2271
- CJCE, 7 juin 2007, *Van der Weerd*, aff. jtes. C-222/05 à C-225/05, *Rec.* p. I-4233
- CJCE, 18 déc. 2007, *ZF Zefeser*, aff. C-62/06, *Rec.*, p. I-1995
- CJCE, ord., 11 mars 2008, *Consel Gi. Emme*, aff. C-467/06, non publiée au *Rec.*
- CJCE, 11 juil. 2008, *Rinau*, aff. C-195/08 PPU
- CJCE, 12 août 2008, *Santesteban Goicoechea*, aff. C-296/08 PPU
- CJCE, 9 oct. 2008, *Sabatauskas e.a.*, aff. C-239/87, *Rec.* p. 7523
- CJCE, 25 nov. 2008, *Heemskerk*, aff. C-455/06, *Rec.* p. I-8763
- CJCE, 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, *Rec.*, p. I-9641
- CJCE, 22 déc. 2008, *Régie Networks*, aff. C-333/07, *Rec.*, p. 10807
- CJCE, 10 mars 2009, *Heinrich*, aff. C-345/06, *Rec.*, p. I-1659
- CJCE, 8 sept. 2009, *Santa Casa*, aff. C-42/07
- CJCE, 27 oct. 2009, *CEZ*, aff. C-115/08
- CJCE, 17 nov. 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, aff. C-169/08, *Rec.* p. 10821
- CJCE, 30 nov. 2009, *Kadzoev*, aff. C-357/09 PPU
- CJUE, 23 déc. 2009, *Jasna Deticek*, aff. C-403/09 PPU
- CJUE, 18 mars 2010, *Alassini et al.*, aff. jtes. C-317/08 à C-320/08, *Rec.*, p. I-02213
- CJUE, 20 mai 2010, *Zanotti*, aff. C-56/09, *Rec.*, p. I-04517
- CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, aff. C-203/08

- CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes. C-188/10 et 189/10, *Rec.*, p. I-5667
- CJUE, 8 sept. 2010, *Winner Witten*, aff. C-409/06
- CJUE, 9 sept. 2010, *Engelmann*, aff. C-64/08
- CJUE, 22 déc. 2010, *Mercredi*, aff. C-497/10 PPU
- CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09
- CJUE, 8 mars 2011, *avis I/09*, *Rec.*, p. I-01137
- CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11 PPU
- CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-176/09, *Rec.*, p. I-3727
- CJUE, 30 juin 2011, *Zeturf*, aff. C-212/08
- CJUE, 15 sept. 2011, *Ömer*, aff. C-347/09
- CJUE, 15 sept. 2011, *Accor*, aff. C-310/09, *Rec.*, p. I-08115
- CJCE, 15 sept. 2011, *Union de Pagesos de Catalunya c. Administracion del Estado*, aff. C-197/10
- CJUE, 16 fév. 2012, *Costa et Cifone*, aff. C-72/10 et 77/10
- CJUE, 1 mars 2012, *Football Dataco e.a.*, aff. C-604/10
- CJUE, 26 avr. 2012, *Health Service Executive*, C-92/12 PPU
- CJUE, 28 juin 2012, *Melvin West*, aff. C-192/12 PPU
- CJUE, 12 juil. 2012, *Association Kokopelli*, aff. C-59/11, non publié au *Rec.*,
- CJUE, 19 juil. 2012, *SIA Garkains*, C-470/11
- CJUE, 19 déc. 2012, *Mitteldeutsche Flughafen et Flughafen Leipzig-Halle c. Commission*, aff. C-288/11
- CJUE, 24 janv. 2013, *Stanleybet International e.a.*, aff. C-186/11 et 209/11
- CJUE, 29 janv. 2013, *Radu*, aff. C-396/11, non publié au *Rec*
- CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Melloni*, aff. C-399/11
- CJUE, ord., 18 avr. 2013, *Adiamix*, aff. C-368/12, non publiée au *Rec*
- CJUE, 30 mai 2013, *Jérémy F. c. Premier ministre*, aff. C-168/13PPU
- CJUE, 10 sept. 2013, *M. G.*, aff. C-383/13 PPU
- CJUE, 12 sept. 2013, *Biasci*, aff. C-660/11 et 8/12
- CJUE, 24 oct. 2013, *Stoiloviko*, aff. C-180/12
- CJUE, ord., C., 30 janv. 2014, aff. C-122/13
- CJUE, 13 fév. 2014, *Airport Shuttle Express e.a.*, aff. jtes. C-162/12 et 163/12
- CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger e. a.*, aff. C-390/12
- CJUE, 12 juin 2014, *Digibet*, aff. C-156/13
- CJUE, ord., 3 juil. 2014, *Tudoran*, aff. C-92/14, pts. 34 à 42

- CJUE, ord., 4 sept. 2014, *Szabo*, aff. C-204/14
- CJUE, ord., 15 oct. 2014, *De Bellis e.a.*, aff. C-246/14
- CJUE, 22 oct. 2014, *Blanco et Fabretti*, aff. C-344/13 et C-367/13
- CJUE, GC, 11 nov. 2014, *Elisabeta Dano et Florin Dano*, aff. C-333/13
- CJUE, Ass. plén., 18 décembre 2014, *avis 2/13*
- CJUE, GC, 16 juin 2015, *Gauweiler*, aff. C-62/14
- CJUE, GC, 8 sept. 2015, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14
- CJUE, 14 janv. 2016, *Vodafone GmbH c. Bundersrepublik Deutschland*, C-395/14
- CJUE, 17 mars 2016, *Ruijsenaars et Jansen*, C-145/15, non publié au *Rec.*
- CJUE, 5 avr. 2016, *Aranyosi*, aff. C-404/15
- CJUE, 5 avr. 2016, *Căldăraru*, aff. C-659/15 PPU
- CJUE, 4 mai 2016, *République de Pologne c. Parlement et Conseil*, C-358/14
- CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox38 Ltd. c. Secretary of State for Health*, C-477/14
- CJUE, 4 mai 2016, *British American Tobacco c. Secretary of State for Health*, C- 547/14
- CJUE, 5 juil. 2016, *Ognyanov*, aff. C-614/14
- CJUE, 2 mars 2017, *Retamero c. TNT Express Worldwide Spain S.L.*, aff. C-97/16, *Rec.*, p. 999
- CJUE, GC, 14 mars 2017, *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre G4S Secure Solutions NV*, aff. C-157/15
- CJUE, GC, 14 mars 2017, *Boungaoui et Association de défense des droits de l'homme c. Micropole univers*, aff. C-188/15
- CJUE, 7 sept. 2017, *Alandzak*, aff. C-187/17
- CJUE, 26 oct. 2017, *Balgarska energiyana borsa*, aff. C-347/16
- CJUE, GC, 5 déc. 2017, *M.A.S et M.B.*, aff. C-42/17
- CJUE, GC, 27 fév. 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contre Tribunal de Contas*, aff. C-64/16
- CJUE, 25 juil. 2018, *L.M.*, aff. C-216/18 PPU
- CJUE, 25 juil. 2018, *M.L.*, aff. C-220/18 PPU
- CJUE, ord., 6 sept. 2018, *HBOR*, aff. C-90/18
- CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c. France*, aff. C-416/17
- CJUE, 28 nov. 2018, *Amt Azienda Trasporti e mobilita e.a.*, aff. C-328/17
- CJUE, GC, 11 déc. 2018, *Weiss e.a.*, aff. C-493/17
- CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18
- CJUE, 19 nov. 2019, *A. K e. a. c. Sqd Najwyższy*, aff. C-585/18, C-624/18 et C-625/18

B. Tribunal

- TPI, 10 juil. 1990, *Tetra Pak*, aff. T-51/89, *Rec.*, p. II-309
- TPI, 24 mars 1994, *Société anonyme à participation ouvrière Air France c. Commission*, aff. T-3/93, *Rec.* p.II-121
- TPI, 24 janv. 1995, *Tremblay, Lucazeau, Kerstenberg et S.E.L.L c. Commission*, aff. T-5/93, *Rec.* p. II-185
- TPI, 21 fév. 1995, *V.S.P.O.B c. Commission*, aff. T-29/92, *Rec.* p. II-289
- TPI, Ord., 22 déc. 1995, *Danielsson e.a*, aff. T-219/95 R, *Rec.*, p. II-3051
- TPI, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré*, aff. T-177/01, *Rec.* p. II- 2365
- Trib. UE, 24 mars 2009, *Moreira da Fonseca c. OHMI General Optica*, aff. T-318/06 à T-321/06, *Rec.* p. II-649
- Trib.UE, *Kadi c. Commission*, aff. T-85/09, *Rec.*, p. II-05177
- Trib.UE, 6 sept. 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Parlement et Conseil*, aff. T-18/10
- Trib.UE, 25 oct. 2011, *Microban International e.a. c. Commission*, aff. T-262/10
- Trib. UE, 26 sept. 2014, *Molda c. Commission*, aff. T-629/13, *Rec.* p.
- Trib.UE, 26 sept. 2014, *Dansk Automat* , aff. T-601/11

III. JURIDICTIONS INTERNATIONALES

- CIJ, 22 juil. 1952, *Anglo-Iranian Oil Company*, *Rec.* 1952, p. 93
- CIJ, 19 mai 1953, *Ambatielos*, *Rec.* 1953, p. 10
- CIJ, 21 mars 1959, *Interhandel*, *Rec.* 1959, p .27

IV. JURIDICTIONS FRANÇAISES

A. Conseil Constitutionnel

- CC, 7 juil. 2005, n° 2005-516 DC
- CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC
- CC, 4 avr. 2013, *M. Jérémy F.*, n° 2013-314 QPC

B. Conseil d'État

- CE, Ass., 22 déc. 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn Bendit*, Rec. p. 524
- CE, Ass. plén., 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec., p. 190
- CE, 3 juil. 1998, *Bitouzet*, RFDA, 1998, 1243
- CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher e.a.*, Rec., p. 368
- CE, Ass., 11 déc. 2006, *Société De Groot En Slot Allium B.V. et Société Bejo Zaden B.V.*, n° 234560, A
- CE, 8 fév. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, Rec., p. 55
- CE, 14 mai 2010, *M. R.*, n° 312305
- CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, n° 316734, A
- CE, 28 mai 2014, *Association Vent de colère ! Fédération nationale e.a.*, n° 324852, A
- CE, 10 déc. 2012, *Rhodia*, n° 317074
- CE, 10 déc. 2012, *Accor*, n° 317075
- CE, Ass, 12 oct. 2018, *SARL Super Coiffeur*, n° 408567

C. Cour de Cassation

- Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, D, 1975, 496
- Cass. crim., 3 juin 1975, *Respino*, Bull. crim., n° 141, p. 382
- Cass. crim., 30 juin 1976, *Eisner, Glaser, Muñoz-Rojo*, JCP, 1976, II, 18435
- Cass. plén., 11 déc. 1992, *Marc X... et René X...*, JCP, 1993, II, 21991
- Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, *Handte*, n° 89-14.179, Bull. 1993, I, n° 34
- Cass. com., 21 fév. 1995, n° 93-15.387
- Cass. plén., 2 juin 2000, *Fraisie e.a.*, 99-60.274
- Cass. crim., 4 sept. 2001, *Amaury*, n° 00-85.239
- Cass., QPC, 16 avril 2010, n°10-40.001
- Cass., civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, n° 09-14.743, Bull. 2011, I, n°49
- Cass. crim., 18 février 2013, n°13-80.491
- Cass, ass. plén., 5 avr. 2013, pourvoi n° 11-17.520, Bull. ass. plén. n° 2
- Cass, ass. plén., 5 oct. 2018, n° 638 (10-19.053)

V. AUTRES JURIDICTIONS NATIONALES

A. Conseil d'État grec

- Conseil d'État grec, 25 sept. 1998, *Katsarou*, 3458/1998, *Rec.* 1998, p. 300

C. Cour constitutionnelle fédérale de Russie

- Cour constitutionnelle de la fédération du Russie, 11 juil. 2015, arrêt n° 21-II /2015

B. Cour constitutionnelle allemande

- BVerfG, 29 mai 1974 – 2BvL 52/71 et BVerfG, 1986
- BVerfG, 12 oct. 1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92
- BVerfG, 30 juin 2009, 2 BvE 2/08 ; 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 189/99
- BVerfG, 2 mars 2010, BvR 256/08, BvR 263/08, BvR 568/08
- BVerfG, 14 janv. 2014, 2 BvR 2728/13
- BVerfG, 21 juin 2016, 2BvR 2328/13
- BVerfG, 30 juin 2019 – 2BvE 2/08
- BverG, 5 mai 2020, 2 BvR 859/15-, Rn. 1-237

C. Cour constitutionnelle fédérale de Russie

- Cour constitutionnelle de la fédération du Russie, 11 juil. 2015, arrêt n° 21-II /2015

D. Cour d'arbitrage de Belgique

- Cour d'arbitrage belge, 3 fév. 1994, *École européenne c. Hermans Jacobs*, n°12/94, *Rec.* 1994, p. 155

E. Tribunal constitutionnel espagnol

- Tribunal constitutionnel espagnol, 13 fév. 2014, STC 26/2014, *Boletín oficial del estado* n° 60, 11 mars 2014, p. 85

F. Tribunal constitutionnel polonais

- Tribunal constitutionnel polonais, 27 avril 2005, P 1/05

G. Tribunal constitutionnel portugais

- Décision n° 163/90, 23 mai 1990, *Diario da Republica*, 1^{ère} série, 240, 18 oct. 1990

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages de la thèse)

- A -

Accès direct au juge européen : 445 et s.

Accès indirect au juge européen : 463 et s.

Ajustement des compétences : 241 et s., 261, 314, 448

Applicabilité directe : 56 et s.

Article 19 TUE : 91 et s., 131, 184 et s., 203, 206, 364, 381, 457

Articulation des compétences : 197, 200, 219 et s., 238 et s.

Autonomie procédurale nationale : 221 et s., 293 et s.

Avis 2/13 : 71, 184, 476

Avis consultatifs à la CEDH : 99, 203, 258 et s., 336 et s., 358, 464 et s.

- C -

Centralisation du contentieux : 187, 210, 226 et s., 269

Conférence de Brighton : 116 et s., 311, 417 et s., 451

Contestation

- À l'égard de la Cour de justice de l'Union européenne : 424 et s.

- À l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme : 414 et s.

Coopération juridictionnelle : 87 et s., 202 et s., 252 et s., 341 et s., 386 et s., 468 et s.

Collaboration juridictionnelle : 249 et s., 253 et s.

Cour européenne des droits de l'homme

- Création : 53 et s.

- Compétences : 59 et s., 180 et s.

- Réforme : 400 et s.

Cour de justice de l'Union européenne

- Création : 57 et s.

- Compétences : 62 et s., 182 et s.

- Réforme : 409 et s.

- D -

Déférence à l'égard du juge national : 280 et s., 304 et s.

Décentralisation du contentieux : 64, 187 et s., 210, 220 et s., 273 et s., 300, 361 et s., 373, 393

Délai de saisine (CourEDH) : 453

Dialogue des juges : 38, 203, 254 et s., 333 et s., 425, 431, 464, 483

Diversité : 209 et s., 223 et s., 295, 315 et s.

Droit à un recours effectif : 82 et s., 92 et s., 128 et s.

Droit à une protection juridictionnelle effective : 91 et s., 360 et s., 457 et s.

Droit de recours individuel : 258, 399, 445 et s.

Droit de vote des détenus : 415 et s.

- E -

Efficacité : 81, 97, 112, 207 et s., 245 et s., 325

Encombrement

- Cour de justice de l'Union européenne : 405 et s.

- Cour européenne des droits de l'homme : 396 et s.

Épuisement préalable des voies de recours internes : 81 et s., 128 et s., 177, 196 et s., 336 et s.

Espace de liberté, de sécurité et de justice : 117, 473, 477 et s.

État de droit : 375, 382 et s.

- F -

Fédéralisme : 24, 115, 118

Fédéral : 64, 187-188, 297, 361

- H -

Harmonisation : 22, 138, 208 et s., 226 et s.

- I -

Idée subsidiaire : 16, 107 et s., 124 et s., 164, 178, 245, 252, 299.

Intégration européenne

- Théories de l'intégration européenne : 21

- Crise de l'intégration européenne : 29, 407 et s., 429 et s.

Invocabilité des directives : 71 et s.

- J -

Juridicité : 153 et s., 168, 265

Justiciabilité : 155 et s., 235 et s.

- M -

Marge nationale d'appréciation : 157, 160, 221, 235, 247 et s., 285 et s., 312 et s.

- O -

Objectifs : 205 et s., 230, 483

- P -

Pluralisme : 205 et s., 223, 251 et s.

Préjudice important (critère de) : 401 et s., 450 et s.

Principe d'attribution : 63, 132, 173 et s., 230, 242, 281, 437

Principe d'effet direct : 66 et s., 101, 321 et s., 425

Principe de primauté : 73 et s., 101, 225, 298, 321 et s., 425

Principe de subsidiarité

- Dans le droit international : 119

- Dans le droit national : 118

- Dans le droit européen : 120 et s.

Procédure préjudicielle d'urgence : 356 et s., 479 et s.

Processus d'Interlaken : 201, 401 et s.

Protection équivalente : 315 et s., 378 et s., 390

Proximité : 73, 81 et s., 96 et s., 112, 206 et s., 244 et s., 285 et s.

- R -

Recevabilité : 81, 185, 351 et s., 375 et s., 383, 401 et s., 450 et s., 476

Recours en annulation : 64, 198, 377 et s., 406, 457 et s.

Recours en carence : 198

Recours en constatation de manquement d'État : 183, 327, 372 et s.

Recours en responsabilité extracontractuelle : 64, 134, 200 et s., 326, 380, 459

Renvoi préjudiciel : 64, 87 et s., 133, 187, 191, 235, 246 et s., 329, 349 et s., 427 et s., 433, 458 et s.

Régulation : 171, 219 et s., 307 et s., 325, 397, 405, 465, 489, 494

Répartition : 87, 171 et s., 217, 244 et s., 265, 275, 284, 438 et s., 456

Réserve constitutionnelle : 436

Responsabilité partagée : 202 et s., 337 et s.

Responsabilisation du juge national : 333 et s., 49

- S -

Statistiques judiciaires : 411, 414, 427, 484

Souveraineté : 31, 60, 198, 229, 325, 424 et s.

Surcharge de travail : 31, 398 et s., 465, 477

Systématique des voies de droit : 94, 103, 384

- U -

Union de droit : 366, 383

Unité : 89, 210 et s., 228, 276, 350, 412, 465

- V-

Valeurs : 23, 29, 146, 229, 385 et s., 391

Variations du contrôle juridictionnel : 243 et s., 314 et s.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	7
Liste des principales abréviations.....	9
Sommaire.....	11
Introduction générale.....	13
SECTION 1. LES TERMES DE LA RECHERCHE.....	16
§ 1. L'objet de l'étude : la subsidiarité juridictionnelle	16
A. La subsidiarité juridictionnelle, un héritage de l'idée subsidiaire	16
B. La subsidiarité juridictionnelle, une notion réversible.....	19
§ 2. Le champ de l'étude : l'intégration européenne.....	21
A. L'intégration européenne au sens de la recherche.....	21
B. La richesse des relations entre la subsidiarité juridictionnelle et l'intégration européenne	24
SECTION 2. L'INTÉRÊT DE LA RECHERCHE.....	26
§ 1. Une composante négligée de l'intégration européenne.....	26
A. Le paradoxe de l'ancienneté de la subsidiarité juridictionnelle.....	27
B. La nécessité de combler une lacune doctrinale.....	28
§ 2. Une dimension révélée par les crises de l'intégration européenne	29
A. Le contexte de la « polycrise » de l'intégration européenne	29
B. Le contexte de la crise juridictionnelle	30
SECTION 3. L'HYPOTHÈSE DE LA FONCTION PARTICULIÈRE DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE DANS LE PROCESSUS D'INTÉGRATION EUROPÉENNE.....	33
§ 1. L'option d'une approche spécifique.....	34
A. Une analyse croisée des ordres juridiques de la Convention et de l'Union.....	34
B. Le recours parfois nécessaire à d'autres ordres juridiques	36
C. La méthode de traitement de la jurisprudence	36
§ 2. La problématisation de la recherche.....	38
A. Les enjeux essentiels de la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne	38
B. La relation ambivalente entre la subsidiarité juridictionnelle et l'intégration européenne.....	40
§ 3. La conduite de la démonstration	43
A. La thèse de la subsidiarité juridictionnelle en tant que condition de l'intégration européenne.....	43
B. Le plan de l'étude	43

PREMIÈRE PARTIE. L'identification nécessaire de la subsidiarité juridictionnelle 45

TITRE I. UNE CONDITION ORIGINELLE DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE 49

Chapitre 1. L'identification des sources de la subsidiarité juridictionnelle 51

SECTION 1. L'ÉVIDENCE DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE 52

§ 1. La subsidiarité juridictionnelle imprégnant la genèse des juridictions européennes 53

A. Les raisons de la création des juridictions européennes 53

1. La création de la Cour européenne des droits de l'homme 53

2. La création de la Cour de justice des Communautés européennes 57

B. La définition du rôle des juridictions européennes 59

1. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme 59

2. Le rôle de la Cour de justice 62

§ 2. La subsidiarité juridictionnelle exprimée par l'effet direct du droit européen 66

A. La reconnaissance de l'effet direct du droit européen 66

1. La définition de l'effet direct 66

2. L'affirmation de l'effet direct 70

B. Les conséquences de l'effet direct du droit européen 72

1. La reconnaissance du juge national en tant que juge européen de droit commun 72

2. La mise en œuvre de la compétence européenne du juge national 73

SECTION 2. L'EXISTENCE DE LA SUBSIDIARITÉ JURIDICTIONNELLE 78

§ 1. L'existence textuelle de la subsidiarité juridictionnelle 78

A. Les révélateurs de la subsidiarité juridictionnelle dans la Convention européenne des droits de l'homme .. 78

1. L'épuisement préalable des voies de recours internes 79

2. Le droit à un recours effectif 82

B. Les révélateurs de la subsidiarité juridictionnelle dans les traités de l'Union européenne 86

1. Le renvoi préjudiciel 87

2. Le droit à une protection juridictionnelle effective 91

§ 2. L'existence jurisprudentielle de la subsidiarité juridictionnelle 95

A. L'affirmation par la Cour européenne des droits de l'homme 95

1. La consécration de la subsidiarité du contrôle européen 95

2. La consécration de la subsidiarité juridictionnelle 97

B. L'affirmation par la Cour de justice de l'Union européenne 100

1. La reconnaissance du rôle principal du juge national 100

2. La reconnaissance expresse de la subsidiarité juridictionnelle 103

Chapitre 2. L'identification de la nature de la subsidiarité juridictionnelle 109

SECTION 1. UNE APPLICATION DE L'IDÉE SUBSIDIAIRE 111

§ 1. Des caractéristiques communes 111

A. La dualité 112

1. Une idée ancienne 112

2. Une idée complexe	114
B. La réversibilité	116
1. Une contradiction intrinsèque	116
2. Une instrumentalisation possible	118
§ 2. Un cadre particulier	119
A. L'existence de la subsidiarité juridictionnelle hors de l'intégration européenne	119
1. Une existence au niveau national	120
2. Une existence au niveau international	121
B. La singularité de la subsidiarité juridictionnelle dans l'intégration européenne	122
1. L'émergence du vocabulaire	122
2. Le rayonnement européen	123
SECTION 2. UNE DÉCLINAISON DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ ?	129
§ 1. Des définitions timorées	129
A. Une définition lacunaire de la subsidiarité juridictionnelle	130
1. Une notion non définie par le droit positif	130
2. Une notion peu définie par la doctrine	134
B. Une définition équivoque du principe de subsidiarité	137
1. Un principe polysémique	137
2. Un principe polymorphe	142
§ 2. Des qualifications distinctes	144
A. Une qualification de principe partagée	146
1. Les critères d'identification d'un principe	147
2. La pertinence de la qualification de principe	149
B. Une juridicité incertaine	155
1. Les critères de la juridicité	156
2. L'incomplétude de la juridicité de la subsidiarité juridictionnelle	157
 TITRE II. UNE CONDITION FONCTIONNELLE DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE	 171
 Chapitre 1. L'identification d'un principe de répartition des compétences juridictionnelles	 173
SECTION 1. UN PRINCIPE PRÉSIDENT À L'ATTRIBUTION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES	175
§ 1. Un principe statique	175
A. La corrélation entre subsidiarité et attribution des compétences	176
1. Une acception large de la subsidiarité juridictionnelle	176
2. Une implication certaine de la subsidiarité juridictionnelle	178
B. L'attribution des compétences déterminée dans les traités européens	181
1. Les compétences attribuées à la Cour européenne des droits de l'homme	182
2. Les compétences attribuées à la Cour de justice de l'Union européenne	184
§ 2. Un principe relevant de la science politique	188
A. L'« <i>esprit de subsidiarité</i> » juridictionnelle dans la volonté des auteurs des traités	188
1. Le choix initial de la décentralisation du contentieux européen	189

2. Une inspiration insaisissable en termes juridiques	191
B. La supra-constitutionnalité du principe de subsidiarité juridictionnelle	193
1. Les doutes quant à la qualification du principe	193
2. La qualification retenue de principe supra-constitutionnel	194
SECTION 2. UN PRINCIPE PARTICIPANT À LA STRUCTURATION DES SYSTÈMES JURIDICTIONNELS	197
§ 1. L'organisation des systèmes juridictionnels européens	197
A. Un partage destiné à organiser la priorité d'intervention	198
1. L'organisation de la priorité d'intervention dans l'ordre juridique de la Convention	198
2. L'organisation de la priorité d'intervention dans l'ordre juridique de l'Union	200
B. Un partage fondé sur la complémentarité d'intervention	202
1. Une responsabilité partagée	202
2. Une fonction partagée	205
§ 2. La conciliation des objectifs divergents des ordres juridiques européens	207
A. Les diverses aspirations de la construction européenne	208
1. Les aspirations contradictoires des ordres juridiques européens	208
2. Les aspirations contradictoires des systèmes juridictionnels européens	210
B. Le potentiel conciliateur du principe de subsidiarité juridictionnelle	212
1. Un principe de proximité	213
2. Un principe d'efficacité	214
Chapitre 2. L'identification d'un principe de régulation des compétences juridictionnelles	219
SECTION 1. UN PRINCIPE PRÉSIDENT À L'ARTICULATION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES	221
§ 1. Un principe dynamique	221
A. La « lecture décentralisatrice » de la subsidiarité juridictionnelle	222
1. Le renvoi vers les juridictions nationales	222
2. Le respect des diversités nationales	225
B. La « lecture centralisatrice » de la subsidiarité juridictionnelle	228
1. La centralisation vers les juridictions européennes	228
2. La sauvegarde de l'unité européenne	230
§ 2. Un principe relevant de la science juridique	233
A. Une intervention dans la mise en œuvre des compétences juridictionnelles	233
1. Un principe au cœur de la jurisprudence européenne	233
2. Un principe matérialisé par des instruments juridiques	236
B. Un principe directeur du droit européen	238
1. L'éviction des autres qualifications	238
2. La qualification retenue de principe directeur	240
SECTION 2. UN PRINCIPE PERMETTANT L'AJUSTEMENT DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES	243
§ 1. Les variations du contrôle juridictionnel permises par la subsidiarité juridictionnelle	243
A. Les variations quant à l'objet du contrôle	244
1. Une répartition des compétences aménagée par le juge européen	244
2. Une mise en avant de la subsidiarité-efficacité	247

B. Les variations quant à l'intensité du contrôle	248
1. Les variations liées à la marge nationale d'appréciation	249
2. Les variations liées à la marge d'appréciation du juge national	250
§ 2. La collaboration juridictionnelle fondée sur la subsidiarité juridictionnelle.....	251
A. Des relations non hiérarchisées	251
1. L'absence de hiérarchie entre le juge national et le juge européen	251
2. Le pluralisme impliquant la subsidiarité.....	253
B. Des collaborations organisées.....	255
1. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne	256
2. L'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme	258
Conclusion de la Première Partie.....	267

SECONDE PARTIE. L'exercice ambivalent de la subsidiarité juridictionnelle 269

Titre I. LA RÉGULATION DU CONTENTIEUX EUROPÉEN AU BÉNÉFICE DU JUGE NATIONAL 275

Chapitre 1. L'autonomisation contrastée des juridictions nationales 279

SECTION 1. UNE RECONNAISSANCE DE L'AUTONOMIE DU JUGE NATIONAL INDISPENSABLE À L'INTÉGRATION EUROPÉENNE..... 281

§ 1. La reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme	281
A. La déférence à l'égard du juge national.....	282
1. Un principe lié à la subsidiarité juridictionnelle.....	282
2. Un principe empêchant la substitution de la Cour aux juridictions nationales.....	285
B. La doctrine de la marge nationale d'appréciation.....	287
1. Un instrument jurisprudentiel	287
2. Un instrument bientôt textuel	291
§ 2. La reconnaissance par la Cour de justice de l'Union européenne.....	295
A. La consécration de l'autonomie procédurale.....	296
1. Une consécration nécessaire	296
2. Une consécration jurisprudentielle	297
B. L'expression de la subsidiarité juridictionnelle	300
1. Une expression de son versant descendant.....	300
2. Une expression de son versant ascendant.....	302

SECTION 2. UNE RÉGULATION DE L'AUTONOMIE DU JUGE NATIONAL RISQUÉE POUR L'INTÉGRATION EUROPÉENNE..... 305

§ 1. L'instabilité dans l'ordre juridique de la Convention : un risque de la subsidiarité juridictionnelle	305
A. L'imprévisibilité de la déférence à l'égard du juge national	306
1. La substitution de la Cour au juge national	306
2. Le recul du contrôle de la Cour au profit du juge national.....	312
B. La variabilité de la marge d'appréciation du juge national.....	314
1. Une variabilité intrinsèque à la notion.....	316

2. Une variabilité potentiellement nuisible	318
§ 2. La stabilité dans l'ordre juridique de l'Union : une vertu de la subsidiarité juridictionnelle.....	322
A. Un encadrement de l'autonomie du juge national nécessaire.....	322
1. La préservation des caractéristiques du droit de l'Union	322
2. L'indispensabilité à l'intégration européenne	325
B. Un encadrement de l'autonomie du juge national limité	326
1. Des critères d'encadrement identifiés.....	327
2. Des interventions de la Cour mesurées.....	328
 Chapitre 2. La responsabilisation renouvelée des juridictions nationales	333
SECTION 1. LES SOLUTIONS RECHERCHÉES DANS LA PROCÉDURE DE RENVOI PRÉALABLE	335
§ 1. Une responsabilisation du juge national renouvelée dans l'ordre juridique de la Convention	335
A. Une responsabilité ravivée par la subsidiarité juridictionnelle.....	336
1. La responsabilité originelle du juge national.....	336
2. La revalorisation nouvelle du juge national.....	338
B. Une évolution favorablement accueillie	342
1. La réception positive par les juridictions françaises.....	342
2. L'utilisation première par la Cour de cassation	344
§ 2. Une responsabilisation du juge national éprouvée dans l'ordre juridique de l'Union	348
A. Une responsabilité originelle fondée sur la subsidiarité juridictionnelle.....	349
1. L'octroi d'une compétence européenne au juge national.....	349
2. La valorisation de la compétence européenne du juge national	351
B. Une responsabilité renforcée par la subsidiarité juridictionnelle.....	352
1. Les évolutions jurisprudentielles relatives au renvoi préjudiciel	353
2. Les évolutions procédurales relatives à la procédure préjudicielle d'urgence	358
 SECTION 2. LES ÉVOLUTIONS PORTÉES PAR L'OBLIGATION DE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE	362
§ 1. Un principe de décentralisation du contentieux européen fondé sur la subsidiarité juridictionnelle.....	363
A. La consécration du principe.....	364
1. La consécration dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme.....	364
2. La consécration dans l'ordre juridique de l'Union européenne.....	366
B. La signification du principe	368
1. La charge du juge national d'assurer le respect du droit européen.....	368
2. Une charge du juge national encadrée	371
§ 2. Un principe de responsabilisation des juridictions nationales renforçant la subsidiarité juridictionnelle	376
A. Un principe constant dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme.....	376
1. Une appréhension constante du principe par la Cour européenne.....	376
2. Un appui essentiel sur le juge national	378
B. Un principe en mutation dans l'ordre juridique de l'Union européenne	382
1. L'élévation du principe par la Cour de justice.....	382
2. Le positionnement du juge national au cœur de l'espace européen	385

TITRE II. LA RÉGULATION DU CONTENTIEUX EUROPÉEN AU BÉNÉFICE DU JUGE EUROPÉEN	395
Chapitre I. La limitation consentie de l'intervention du juge européen	397
SECTION 1. LA RÉPONSE À L'ENCOMBREMENT DES COURS EUROPÉENNES	398
§ 1. La crise préoccupante de la Cour européenne des droits de l'homme	398
A. L'engorgement de la Cour européenne des droits de l'homme	399
1. Le constat de l'engorgement de la Cour européenne	399
2. Les causes de l'engorgement de la Cour européenne	401
B. Le développement d'un processus de réforme empreint de subsidiarité juridictionnelle	402
1. L'organisation de Conférences de haut niveau	403
2. L'adoption de mesures concrètes	404
§ 2. La crise relative de la Cour de justice de l'Union européenne	407
A. La surcharge de travail de la Cour de justice	407
1. Les évolutions du système juridictionnel de l'Union	407
2. Les causes de la surcharge de travail de la Cour de justice	409
B. La mise en œuvre d'une réforme empreinte de subsidiarité juridictionnelle	411
1. La réforme de la Cour de justice	411
2. La réforme du Tribunal	412
SECTION 2. LA RÉPONSE À LA CONTESTATION À L'ENCONTRE DES COURS EUROPÉENNES	416
§ 1. Une contestation récurrente et constante à l'encontre du juge de la Convention	416
A. Les critiques portées par le Royaume-Uni	417
1. Le contentieux du droit de vote des détenus	417
2. La conférence de Brighton	419
B. Les critiques des autres États parties	421
1. Des critiques britanniques partagées	421
2. L'exemple français	425
§ 2. Une contestation variable mais amplifiée à l'encontre du juge de l'Union	426
A. Des critiques à la portée longtemps limitée	427
1. Le cas des juridictions nationales	427
2. Le cas des autres autorités nationales	430
B. Une contestation récemment ravivée	432
1. La résistance constitutionnelle traditionnelle	433
2. La rébellion constitutionnelle nouvelle	436
Chapitre 2. La réévaluation souhaitée de l'accès aux Cours européennes	445
SECTION 1. LA RÉDUCTION DE L'ACCÈS DIRECT AU JUGE EUROPÉEN	447
§ 1. La restriction de l'accès direct à la Cour européenne des droits de l'homme	447
A. La préservation du droit de recours individuel	447
1. Un pilier du système conventionnel	448
2. Une préservation indispensable	449

B. Le durcissement de l'exercice du droit de recours individuel	452
1. L'ajout du critère du « préjudice important »	452
2. La réduction du délai de saisine	455
§ 2. Le maintien d'un accès direct réduit à la Cour de justice de l'Union européenne	456
A. Des restrictions originelles à l'égard des particuliers	456
1. Les recours fermés aux particuliers	457
2. Les recours ouverts aux particuliers	459
B. Des restrictions maintenues par le traité de Lisbonne	461
1. La modification de l'article 263, alinéa 4 du TFUE	461
2. La portée de l'évolution	462
SECTION 2. LA VALORISATION DE L'ACCÈS INDIRECT AU JUGE EUROPÉEN	465
§ 1. La création des avis consultatifs à la Cour européenne des droits de l'homme	466
A. Un mécanisme original	466
1. Un mécanisme destiné à désengorger la Cour européenne	466
2. Un mécanisme distinct du renvoi préjudiciel du droit de l'Union	470
B. Un mécanisme complexe	472
1. Les situations connues	472
2. Les difficultés potentielles	476
§ 2. La valorisation du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne	477
A. L'évolution de la compétence préjudicielle de la Cour de justice	478
1. L'élargissement de la compétence préjudicielle de la Cour	478
2. La création de la procédure préjudicielle d'urgence	481
B. Le succès de la procédure préjudicielle	483
1. Le succès du renvoi préjudiciel	483
2. Le succès relatif de la procédure préjudicielle d'urgence	486
Conclusion de la seconde Partie	493
Conclusion générale	495
Bibliographie	505
I. OUVRAGES	505
A. Dictionnaires	505
B. Commentaires et répertoires	506
C. Manuels et ouvrages généraux	507
D. Ouvrages spécialisés	510
E. Ouvrages collectifs	513
F. Mélanges	516
G. Thèses	518
II. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS	523
A. Articles de revues et notes de jurisprudence	523

B. Contributions issues de mélanges	539
C. Contributions issues de colloques et autres ouvrages collectifs	549
IV. TEXTES OFFICIELS, DOCUMENTS, RAPPORTS ET AUTRES PUBLICATIONS.....	561
A. Conseil de l'Europe	561
B. Union européenne	564
C. Assemblée nationale et Sénat	565
V. TRAITÉS.....	565
A. Conseil de l'Europe	565
B. Union européenne	565
VI. WEBOGRAPHIE	566
A. Conseil de l'Europe	566
B. Union européenne	566
C. Références nationales	566
D. Autres (doctrine, ...).....	566
Table de jurisprudence	569
I. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME	569
II. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE	574
A. Cour de justice	574
B. Tribunal.....	580
III. JURIDICTIONS INTERNATIONALES.....	580
IV. JURIDICTIONS FRANÇAISES.....	580
A. Conseil Constitutionnel	580
B. Conseil d'État	581
C. Cour de Cassation	581
V. AUTRES JURIDICTIONS NATIONALES.....	582
A. Conseil d'État grec	582
C. Cour constitutionnelle fédérale de Russie	582
B. Cour constitutionnelle allemande	582
C. Cour constitutionnelle fédérale de Russie	582
D. Cour d'arbitrage de Belgique	582
E. Tribunal constitutionnel espagnol.....	582
F. Tribunal constitutionnel polonais.....	583
G. Tribunal constitutionnel portugais.....	583
Index alphabétique.....	585
Table des matières	591

Résumé

La subsidiarité juridictionnelle Contribution à l'étude de l'intégration européenne

Paradoxalement peu étudiée, la subsidiarité juridictionnelle constitue une dimension essentielle de l'intégration européenne, tant il est acquis que les ordres juridiques de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne sont fondés sur la compétence de principe du juge national et la compétence subsidiaire du juge européen dans l'application et le respect de leurs droits respectifs. La subsidiarité juridictionnelle y joue en effet un rôle essentiel du fait des fonctions de répartition et de régulation des compétences juridictionnelles qu'elle occupe. Cette recherche se propose donc, dans un premier temps, d'identifier la *subsidiarité juridictionnelle* afin de prendre la mesure de son rôle dans l'intégration européenne.

La crise juridictionnelle qui bouleverse la construction européenne conduit ensuite à réinterroger les relations entretenues entre la subsidiarité juridictionnelle et l'intégration européenne. Si la première était jusqu'alors une condition de l'existence et du fonctionnement de la seconde, l'exercice de la subsidiarité juridictionnelle est au cœur des revendications nationales, qui en exigent le rééquilibrage à leur profit. Face à l'engorgement des prétoires des Cours européennes et à la contestation nationale à leur encontre, les solutions opérationnelles sont donc recherchées dans la subsidiarité juridictionnelle. La régulation du contentieux qu'elle permet doit ainsi s'effectuer au bénéfice des deux niveaux de juridiction. Cette recherche propose donc, dans un second temps, d'observer l'exercice ambivalent dont la subsidiarité juridictionnelle fait l'objet dans ce contexte de crise, et qui confirme, sur des fondements nouveaux, son caractère indispensable à la poursuite de l'intégration européenne.

Mots-clés : Subsidiarité juridictionnelle, Subsidiarité, Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne, Contentieux européen, Dialogue des juges, Décentralisation, Pluralisme, Répartition, Régulation, Renvoi préjudiciel, Responsabilité partagée.

Judicial subsidiarity Contribution to the study of European integration

Paradoxically little studied, judicial subsidiarity constitutes an essential dimension of European integration, as the legal orders of the European Convention of Human rights and of the European Union are based on the jurisdiction of principle of the national judge and the subsidiary jurisdiction of the European judge in the application and respect of the law issued from them. Indeed, judicial subsidiarity plays an essential role due to its functions of distribution and regulation of jurisdiction. This research therefore proposes, first of all, to identify *judicial subsidiarity* to assess its role in European integration.

The judicial crisis disrupting the European construction then leads to re-examine the relationship between judicial subsidiarity and European integration. While the former was until then a condition of the existence and functioning of the latter, the exercise of judicial subsidiarity is now at the core of national demands, who require a rebalancing to their advantage. In the face of bottlenecks observed in European courtrooms and the national contestation against them, operational solutions are sought in judicial subsidiarity. The regulation of litigation that it enables thus must be carried out for the benefit of both levels of jurisdiction. This research therefore proposes, as a second step, to examine the ambivalent exercise of judicial subsidiarity in this context of crisis, which confirms, on new grounds, its indispensable character for the pursuit of European integration.

Key words: Judicial subsidiarity, Subsidiarity, European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union, European litigation, Judicial dialogue, Decentralisation, Pluralism, Distribution, Regulation, Preliminary reference, Shared responsibility.