



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

SUIVI D'INTERLAKEN

PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

Note du juriconsulte

1. Dans la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010, la Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré :

« (...) PP 6. Soulignant la nature subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la Convention et notamment le rôle fondamental que les autorités nationales, à savoir les gouvernements, les tribunaux et les parlements, doivent jouer dans la garantie et la protection des droits de l'homme au niveau national ;

(...)

La Conférence :

(...)

(2) Réitère l'obligation des États parties d'assurer la protection intégrale au niveau national des droits et libertés garantis par la Convention et appelle à un renforcement du principe de subsidiarité ;

(3) Souligne que ce principe implique une responsabilité partagée entre les États parties et la Cour ;

(...) »

Aux termes du Plan d'action attaché à ladite déclaration,

« 9. La Conférence, prenant acte du partage des responsabilités entre les États parties et la Cour, invite la Cour (...) à tenir pleinement compte de son rôle subsidiaire dans l'interprétation et l'application de la Convention ;

(...) »

I. DEFINITION ET PORTÉE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

A. Définition du principe de subsidiarité et son fondement normatif

2. Le principe de subsidiarité est l'un des principes fondamentaux sous-tendant tout le système de la Convention. Il a plusieurs significations plus ou moins amples selon le domaine dans lequel il est invoqué ; cependant, dans le contexte particulier de la Cour européenne des droits de l'homme, il signifie que **la tâche d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe en premier lieu aux autorités des États contractants, et non à la Cour. Ce n'est qu'en cas de défaillance des autorités nationales que cette dernière peut et doit intervenir.**

3. Sachant que le principe de subsidiarité est également l'un des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne, il n'est pas inutile de comparer sa signification dans l'un et l'autre système. En effet, la notion de subsidiarité dans l'Union européenne et dans la Convention n'est pas identique ; cette conclusion ne surprend pas si l'on songe à la nature différente des deux systèmes en cause. S'agissant de l'Union européenne, dotée d'une structure institutionnelle quasi étatique et d'un pouvoir normatif renforcé par l'effet direct et la primauté des normes juridiques, son ordre juridique correspond à un modèle **d'intégration**. Par conséquent, lorsque l'on parle de la subsidiarité dans les traités européens, on sous-entend avant tout une « **subsidiarité-concurrence** » s'appliquant à la concurrence des compétences respectives de l'Union et des États membres. En revanche, la Convention n'instituant aucun pouvoir décisionnel supranational, la compétence de la Cour se limite strictement au contrôle du comportement des États. Il s'agit donc d'une logique internationaliste fort éloignée du modèle quasi étatique, et l'ordre juridique instauré par la Convention est celui **d'harmonisation**. Par conséquent, la subsidiarité est ici une « **subsidiarité-complémentarité** » : le pouvoir d'intervention de la Cour est limité aux seuls cas où les institutions nationales sont incapables d'assurer une protection effective des droits garantis par la Convention.

4. A la différence des traités fondateurs de l'Union européenne, le principe de subsidiarité n'est expressément mentionné nulle part dans la

Convention (ni, par ailleurs, dans ses Protocoles¹). Il transparaît cependant dans le texte de l'article 1^{er} de la Convention, intitulé « *Obligation de respecter les droits de l'homme* », qui dispose :

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention. »

5. Quant au rôle de la Cour, il est défini dans l'article 19 de la Convention, intitulé « *Institution de la Cour* ». Dans la mesure où il est pertinent en l'espèce, cet article est ainsi libellé :

« 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 (...) »

6. Dans sa jurisprudence, la Cour a défini et expliqué la relation systémique existant entre ces deux dispositions, à savoir que **le mécanisme de plainte devant elle revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme**. Déjà en 1968, dans l'affaire « linguistique belge » (*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique (fond)*, 23 juillet 1968, « *En droit* », § 10, série A n° 6), la Cour a jugé :

« En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu [violation de la disposition invoquée], 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. »

7. Beaucoup plus récemment, dans l'affaire *Scordino c. Italie (n° 1)* ([GC], n° 36813/97, CEDH 2006-V, arrêt du 29 mars 2006), la Cour a dit :

« 140. En vertu de l'article 1 de la Convention, aux termes duquel « [l]es Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention », **la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés garantis par la Convention revient au premier chef aux autorités nationales. Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt donc un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme.** Cette subsidiarité s'exprime dans les articles 13 et 35 § 1 de la Convention. »

8. Dans l'affaire *Varnava et autres c. Turquie* ([GC], n°s 16064/90 et al., CEDH 2009-..., arrêt du 18 septembre 2009), la Cour a déclaré :

« 164. (...) [C]onformément au principe de subsidiarité, il est préférable que les investigations au sujet des faits de l'affaire et l'examen des questions qu'ils soulèvent soient menés dans la mesure du possible au niveau national. Il est dans l'intérêt du

¹ Ci-après, dans le texte, lorsqu'on parle de la « Convention », on entend également les Protocoles à celle-ci qui en font organiquement partie.

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. »

9. Le principe de subsidiarité est également corroboré par un certain nombre de considérations.

En premier lieu, les États souverains demeurent les acteurs principaux du droit international public, dont les autres acteurs (telles les organisations internationales) reçoivent leurs pouvoirs et leur légitimité. C'est pour cette raison que la Cour, dont la compétence se limite en vertu de l'article 19 au contrôle du respect, par les États contractants, de leurs engagements au titre de la Convention, ne peut pas outrepasser les limites des pouvoirs généraux que les États, par leur volonté souveraine, lui ont délégués. Dans cette logique, il appartient aux États d'être les premiers à résoudre les problèmes de droits de l'homme survenant chez eux.

En deuxième lieu, faute de pouvoirs d'intervention *directe* dans les ordres juridiques des États contractants, la Cour doit respecter l'autonomie de ces ordres juridiques (plus encore que la Cour de justice de l'Union européenne qui interfère davantage avec eux, du fait du renvoi préjudiciel).

En troisième lieu, en raison de leur contact direct et permanent avec les forces vives de leurs pays, les autorités nationales sont mieux placées pour évaluer la multitude de facteurs entourant chaque affaire qu'une instance internationale ; c'est donc en premier lieu à elles qu'incombe la tâche d'identifier et de redresser d'éventuelles atteintes aux droits de l'homme dans chaque cas concret.

Enfin, en quatrième lieu, c'est le principe de subsidiarité qui permet à la Cour d'assumer pleinement sa fonction de juridiction régulatrice voulue par les auteurs de la Convention, ou, comme l'a formulé la Conférence d'Interlaken, « *se concentrer sur son rôle essentiel de garante des droits de l'homme et de traiter avec la célérité requise les affaires bien fondées et en particulier les allégations de violations graves des droits de l'homme* » (point 2 du Plan d'action).

B. Organes nationaux concernés

10. L'article 1^{er} de la Convention (paragraphe 4 ci-dessus) implique que les États contractants ont l'**obligation négative** de s'abstenir, dans toute la mesure du possible, de porter atteinte aux droits et libertés consacrés par la Convention. Ils ont également une **obligation positive** de créer, pour les personnes relevant de sa juridiction, des conditions conformes aux exigences de la Convention ; l'étendue de cette obligation varie selon le cas et selon la nature du droit concerné. Enfin, si l'État a tout de même manqué à ses obligations susvisées, il doit y remédier effectivement, efficacement et dans les meilleurs délais.

11. Parmi les autorités étatiques chargées de ces obligations, les **tribunaux** occupent la première place, qui correspond au rôle du pouvoir judiciaire dans un État de droit. En effet, investis des attributs classiques de la fonction juridictionnelle (*jurisdictio* ou le pouvoir de dire le droit, et *imperium* ou le pouvoir de commandement), et entourés en principe de garanties d'indépendance et d'impartialité, les juges sont les mieux équipés pour assurer le respect des droits individuels garantis par la Convention.

12. Malgré ce rôle particulier du pouvoir judiciaire, les tribunaux ne sont pas les seuls responsables pour le respect des droits de l'homme au niveau interne. L'obligation formulée dans l'article 1^{er} de la Convention s'adresse à toutes les autorités étatiques capables d'influencer la vie et les intérêts légitimes d'une « personne relevant de leur juridiction ». Elle concerne aussi bien le pouvoir **législatif** (qui doit adopter des lois conformes à la Convention) que le pouvoir **exécutif** (auquel incombe la tâche d'appliquer ces lois d'une manière conforme à la Convention et d'édicter des règlements dans le même esprit).

C. Limites du principe de subsidiarité et principes connexes

13. Malgré son importance, le principe de subsidiarité **n'est pas absolu**, et ce, pour trois raisons.

14. Premièrement, le principe de subsidiarité n'est pas le seul principe fondamental de la Convention. Il existe un deuxième « pilier » sur lequel repose également le système de Strasbourg, celui de l'**effectivité des droits** : la Convention vise à protéger des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoire (voir, parmi beaucoup d'autres, *Artico c. Italie*, arrêt du 13 mai 1980, § 33, série A n° 37). Le principe de l'effectivité des droits sert en effet de « contrepoids » à celui de subsidiarité : lorsque la passivité de la Cour aboutirait à un déni de justice de sa part, rendant inopérantes les garanties des droits fondamentaux consacrées par la Convention, la Cour peut et doit intervenir selon le rôle qui lui est dévolu par l'article 19 de la Convention.

15. Deuxièmement, il faut impérativement mentionner le principe de l'**interprétation évolutive** de la Convention, selon lequel celle-ci est « *un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* » (*Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII). En vertu de ce principe, l'attitude de la Cour quant à la portée de tel ou tel droit garanti par la Convention peut évoluer au fil des années ou des décennies, de sorte qu'une question précise jadis laissée à la pleine discrétion des États peut être mise en cause par la Cour.

16. Troisièmement, le principe de subsidiarité lui-même n'est ni statique ni unilatéral. Sous l'influence d'une multitude de facteurs – parmi lesquels figure la volonté de mettre en œuvre le principe de l'effectivité des droits tel que l'envisagent les juges au moment de l'examen de l'affaire –, il oscille

entre la **retenue judiciaire** (*judicial self-restraint*) et l'**activisme judiciaire** (*judicial activism*).

17. S'agissant de la Cour, on peut identifier deux types de subsidiarité : d'abord la subsidiarité **procédurale**, régissant les rapports fonctionnels entre la Cour et les instances nationales et répartissant les compétences d'action et d'intervention ; ensuite la subsidiarité **matérielle**, régissant le rapport des compétences de décision et d'appréciation. Les deux chapitres suivants sont consacrés à chacun de ces deux types de subsidiarité.

II. SUBSIDIARITE PROCEDURALE

A. Règle de l'épuisement des voies de recours internes

18. Le volet procédural du principe de subsidiarité est reflété dans l'article 35 § 1 de la Convention, ainsi libellé :

« 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. »

19. En d'autres termes, tout requérant doit d'abord donner aux autorités de l'État mis en cause – et, en particulier, à ses juridictions – l'occasion de redresser la situation qu'il dénonce sous l'angle de la Convention. Ce n'est que lorsque ces autorités ont définitivement échoué dans cette tâche qu'il peut saisir la Cour. L'article 35 § 1 est étroitement lié à l'article 13 de la Convention, lequel dispose :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) 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. »

20. Les États ont donc l'obligation d'instaurer, dans leurs ordres juridiques respectifs, des voies de recours effectives afin de pouvoir remédier eux-mêmes à toutes sortes de violations de la Convention. Dès lors, l'article 35 § 1 se fonde sur la présomption qu'il existe, dans l'État mis en cause, une voie de recours en principe effective et efficace qu'un requérant doit impérativement emprunter. S'il obtient alors un redressement adéquat – par exemple, cela peut être une réparation pécuniaire proportionnée à la gravité de la violation alléguée –, sa requête devant la Cour perd sa raison d'être. Ce n'est que dans le cas contraire qu'il peut s'adresser à Strasbourg.

21. La Grande Chambre de la Cour a déclaré dans *Burden c. Royaume-Uni* ([GC], n° 13378/05, CEDH 2008-...) :

« 42. La Cour européenne des droits de l'homme entend jouer un rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme (...), et il est

PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

souhaitable que les tribunaux nationaux aient initialement la possibilité de trancher les questions de compatibilité du droit interne avec la Convention. Si une requête est néanmoins introduite par la suite à Strasbourg, la Cour européenne doit pouvoir tirer profit des avis de ces tribunaux, lesquels sont en contact direct et permanent avec les forces vives de leurs pays. »

22. Selon la logique générale du principe de subsidiarité décrite ci-dessus, l'obligation d'épuisement des recours internes n'est pas absolue. Dans l'affaire *Kornakovs c. Lettonie* (n° 61005/00, arrêt du 15 juin 2006), la Cour a ainsi résumé les principes régissant son application :

« 142. La Cour rappelle que la règle de l'épuisement des voies de recours internes énoncée à l'article 35 § 1 de la Convention impose à un requérant l'obligation d'utiliser auparavant les recours **normalement disponibles et suffisants** dans l'ordre juridique interne pour lui permettre d'obtenir réparation des violations qu'il allègue. Ces recours doivent **exister à un degré suffisant de certitude**, en pratique comme en théorie, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues. L'article 35 § 1 impose aussi de **soulever devant l'organe interne compétent, au moins en substance, et dans les formes prescrites par le droit interne, les griefs que l'on entend formuler par la suite devant la Cour**, mais non d'user de recours qui ne sont ni adéquats ni effectifs (voir, parmi beaucoup d'autres, *Tanrikulu c. Turquie* [GC], n° 23763/94, § 76, CEDH 1999-IV).

143. La Cour rappelle également qu'elle doit appliquer la règle de l'épuisement des voies de recours internes en tenant dûment compte du contexte : le mécanisme de sauvegarde des droits de l'homme que les parties contractantes sont convenues d'instaurer. Elle a ainsi reconnu que l'article 35 § 1 doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif. Elle a de plus admis que cette règle ne s'accommode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu ; pour en contrôler le respect, il faut avoir égard aux circonstances de la cause. Cela signifie notamment que la Cour doit tenir compte de manière réaliste non seulement des recours prévus en théorie dans le système juridique de la partie contractante concernée, mais également du contexte dans lequel la règle se situe ainsi que de la situation personnelle du requérant ; il faut rechercher ensuite si, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, **le requérant peut passer pour avoir fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour épuiser les recours internes** (*ibidem*, § 82).

144. Enfin, la Cour rappelle que l'article 35 § 1 prévoit une répartition de **la charge de la preuve**. Il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible et susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs, et qu'il présentait des perspectives raisonnables de succès. Une fois cela démontré, il revient en revanche au requérant d'établir soit que le recours évoqué par le Gouvernement a de fait été employé, soit que, pour une raison quelconque, il n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause, soit encore que, en raison de circonstances particulières, il n'avait pas à être exercé (voir, par exemple, *Akdivar et autres c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1211, § 68). »

23. On voit bien comment le principe de l'effectivité des droits sert de contrepoids à celui de subsidiarité, limitant sa portée. Donc, rien n'oblige le requérant à épuiser des voies procédurales internes qui ne sont

objectivement pas capables de fournir un redressement adéquat du grief qu'il soulève. Par exemple, la Cour a jugé qu'un recours inapte à prospérer en temps utile n'était ni adéquat ni effectif (*Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, arrêt du 29 novembre 1991, § 47, série A n° 222). D'autre part, il ne suffit pas que le requérant saisisse le tribunal ou l'autre autorité compétente d'une plainte, d'une demande ou d'un recours. Il faut, premièrement, qu'il soulève, **au moins en substance**, les griefs qu'il entend formuler par la suite devant la Cour, et deuxièmement, qu'il observe les exigences procédurales raisonnables prévues dans le droit de l'État concerné. Dès lors, si le recours est rejeté pour non-respect, par le requérant, des formes ou des délais fixés en droit interne, et si aucune circonstance particulière n'empêchait le requérant de s'y conformer, les voies de recours internes sont réputées non épuisées.

B. Impact des arrêts de la Cour

24. Le principe de subsidiarité transparait également, quoique dans une moindre mesure, dans l'article 46 § 1 de la Convention, ainsi libellé :

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. »

25. Certes, la Cour peut, dans certains cas, indiquer à l'État défendeur des mesures à prendre pour se conformer à un arrêt. Elle peut également appliquer une procédure d'« **arrêt pilote** » indiquant à l'État des mesures générales en présence d'un problème structurel ou systémique de respect de l'un ou l'autre droit au titre de la Convention (voir, par exemple, *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, §§ 189-194, CEDH 2004-V, arrêt du 22 juin 2004). De même, c'est sous la surveillance du Comité des ministres du Conseil de l'Europe que l'État exécute les arrêts rendus par la Cour ; qui plus est, le Protocole n° 14 a doté la Cour elle-même de certains pouvoirs supplémentaires pour contrôler l'exécution de ses propres arrêts (article 46 §§ 3-5 de la Convention). Toujours est-il qu'en règle générale, l'État « condamné » reste libre de choisir les moyens de se conformer à l'arrêt.

26. Sur ce point, il est important de noter que toutes les branches du pouvoir étatique peuvent être impliquées dans cette tâche (et devraient normalement l'être). Ainsi, en premier lieu, il incombe au parlement et au gouvernement national d'apporter, le cas échéant, les modifications nécessaires aux lois et règlements en vigueur, afin d'éviter la répétition de pareilles violations de la Convention. Parfois – et il s'agit là d'une démarche fort louable –, le législateur intervient à titre préventif, pour éviter une condamnation à Strasbourg, lorsqu'une violation a été constatée par la Cour dans une affaire dirigée contre un autre État contractant. C'est ce que l'on pourrait appeler « **l'effet erga omnes de fait** » des arrêts de la Cour. Par

ailleurs, la Conférence d'Interlaken a expressément invité les États à « *tenir compte des développements de la jurisprudence de la Cour, notamment en vue de considérer les conséquences qui s'imposent suite à un arrêt concluant à une violation de la Convention par un autre État partie lorsque leur ordre juridique soulève le même problème de principe* » (point 4 d) du Plan d'action).

III. SUBSIDIARITE MATERIELLE

A. Affaires de quatrième instance

27. Dans le Plan d'action attaché à sa Déclaration, la Conférence d'Interlaken « *invite la Cour à (...) éviter de réexaminer les questions de fait ou de droit interne qui ont été examinées et décidées par les autorités nationales, en accord avec sa jurisprudence selon laquelle elle n'est pas un tribunal de quatrième instance* » (point 9).

28. A cet égard, il faut mentionner une catégorie particulière de requêtes individuelles portées devant la Cour qui sont communément appelées « affaires de quatrième instance ». Ce terme est quelque peu paradoxal, car il se réfère à ce que la Cour *n'est pas* : elle n'est pas une juridiction d'appel, de cassation ou de révision par rapport aux juridictions des États parties à la Convention. Les affaires de quatrième instance procèdent donc d'une **conception erronée, de la part des requérants**, du rôle de la Cour et de la nature du mécanisme judiciaire instauré par la Convention.

29. L'expression « affaire de quatrième instance » ne se trouve pas dans le texte de la Convention ; elle a été introduite par les organes de la Convention (c'est-à-dire la Cour et, avant le 1^{er} novembre 1998, la Commission européenne des droits de l'homme). La disposition pertinente de la Convention est son article 35 § 3, qui dispose :

« La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsqu'elle estime :

a) que la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, **manifestement mal fondée** ou abusive ; (...) »

30. Les affaires de quatrième instance font partie des requêtes manifestement mal fondées, bien que cette dernière catégorie soit beaucoup plus large.

31. Lors de la création d'un mécanisme supranational de protection des droits de l'homme ouvert aux particuliers, il était inévitable que des requérants se tromperaient quant au rôle de la Cour et à l'étendue de ses compétences. Dès lors, il n'est guère étonnant que le premier cas de quatrième instance ait figuré dans la première dizaine d'affaires portées

devant la Commission immédiatement après sa création, en 1955. Il s'agit de la neuvième requête (n° 9/55, *X. c. Allemagne*), où le requérant se plaignait de ne pas avoir obtenu satisfaction dans une affaire civile qu'il avait intenté devant les juridictions allemandes. Dans sa décision du 23 septembre 1955, la Commission a rejeté son grief par une formule générale, constatant simplement que « *les faits allégués ne constitu[ai]ent pas une violation d'un droit protégé par la Convention* ».

32. Par la suite, elle a élaboré et développé la « doctrine » de la quatrième instance, que la Cour a reprise à son compte. Une formule récapitule très bien les éléments constitutifs de la quatrième instance (*Perlala c. Grèce*, n° 17721/04, arrêt du 22 février 2007) :

« 25. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 19 de la Convention, elle a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Parties contractantes. En particulier, il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention (voir, notamment, *García Ruiz c. Espagne* [GC], n° 30544/96, § 28, CEDH 1999-I). La Cour ne peut 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 elle méconnaîtrait les limites de sa mission** (*Kemmache c. France* (n° 3), arrêt du 24 novembre 1994, série A n° 296-C, p. 88, § 44). »

33. La doctrine de la quatrième instance – qui peut en principe s'étendre à l'ensemble des dispositions matérielles de la Convention – a d'abord été formulée sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention relatif au droit à un « *procès équitable* ». L'« *équité* » voulue par l'article 6 § 1 n'est pas l'équité « substantielle » (notion qui se trouve à la limite du droit et de l'éthique et que seul le juge du fond peut appliquer), mais l'équité « procédurale », qui, sur le plan pratique, se traduit par une procédure contradictoire où les parties sont entendues et placées sur un pied d'égalité. La Grande Chambre a eu l'occasion de le préciser dans l'arrêt *García Ruiz*, précité :

« 28. Pour autant que le grief du requérant puisse être compris comme visant l'appréciation des preuves et le résultat de la procédure menée devant les juridictions internes, la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 19 de la Convention elle a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Parties contractantes. Spécialement, il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention. (...).

29. A la lumière de ce qui précède, la Cour relève que le requérant a **bénéficié d'une procédure contradictoire**. Il a pu, aux différents stades de celle-ci, **présenter les arguments qu'il jugeait pertinents** pour la défense de sa cause. La décision de rejet de sa prétention prononcée en première instance était **amplement motivée**, en fait comme en droit. Quant à l'arrêt rendu en appel, [la cour d'appel] y déclarait entériner l'exposé des faits et les motifs figurant dans la décision de première instance

pour autant qu'ils n'étaient pas incompatibles avec les siens propres. Le requérant n'est donc pas fondé à soutenir qu'il péchait par manque de motivation même si, en l'occurrence, une motivation plus étayée eût été souhaitable. »

34. L'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* (n° 69498/01, CEDH 2004-VIII, arrêt du 13 juillet 2004) précise :

« 46. A maintes reprises, et dans des domaines très variés, la Cour a déclaré qu'il **incombe au premier chef aux autorités nationales et, singulièrement, aux cours et tribunaux** d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, par exemple, les arrêts *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, série A n° 33, p. 20, § 46, *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, § 61, CEDH 2003-V, *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, § 105, CEDH 2003-X). (...) Dans un domaine comme celui de l'espèce, les juridictions internes se trouvent à l'évidence mieux placées que le juge international pour évaluer, à la lumière des traditions juridiques locales, le contexte particulier de la controverse juridique qui leur est soumise et les divers droits et intérêts concurrents (voir, par exemple, *De Diego Nafria c. Espagne*, n° 46833/99, § 39, 14 mars 2002). Appelées à se prononcer dans des litiges de cet ordre, les autorités nationales et, en particulier, les cours et tribunaux jouissent d'une grande latitude. (...) »

35. La doctrine de la quatrième instance s'applique quel que soit le domaine du droit où se situe le litige au niveau national. Elle s'applique, entre autres, dans les affaires :

- a) civiles (arrêts *García Ruiz* et *Pla et Puncernau*, précités) ;
- b) pénales (arrêt *Perlala*, précité, ainsi que *Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, § 34, CEDH 2000-V, arrêt du 12 mai 2000) ;
- c) fiscales (*Dukmedjian c. France*, n° 60495/00, § 71, arrêt du 31 janvier 2006) ;
- d) sociales (*Marion c. France*, n° 30408/02, § 22, arrêt du 20 décembre 2005) ;
- e) administratives (*Agathos et autres c. Grèce*, n° 19841/02, § 26, arrêt du 23 septembre 2004) ;
- f) électorales (*Ādamsons c. Lettonie*, n° 3669/03, § 118, arrêt du 24 juin 2008) ;
- g) concernant l'entrée, le séjour et l'éloignement d'étrangers (arrêt *Syssoyeva et autres c. Lettonie* ([GC], n° 60654/00, CEDH 2007-II, arrêt du 15 janvier 2007).

36. On voit bien que doctrine de la quatrième instance est l'une des manifestations concrètes du principe de subsidiarité. La démarche de la Cour correspondant à cette doctrine est celle de la « **retenue judiciaire** » (*judicial self-restraint* ; paragraphe 15 ci-dessus). Cette retenue est appliquée notamment à l'égard des points suivants :

- a) l'établissement des faits de l'affaire ;
- b) l'interprétation et l'application du droit interne ;

- c) l'admissibilité et l'appréciation des preuves au procès ;
- d) l'équité substantielle du résultat d'un litige civil (au sens large du terme) ;
- e) la culpabilité ou non d'un accusé dans une affaire pénale.

37. Toutes les formations de la Cour – même parfois la Grande Chambre – sont amenées à examiner des affaires de quatrième instance. Cependant, la plupart de telles affaires sont déclarées irrecevables *de plano* par un juge unique ou par un comité de trois juges (articles 27 et 28 de la Convention).

38. Comme on l'a vu pour le principe de subsidiarité en général, l'application de cette doctrine n'est pas illimitée ; elle est au contraire circonscrite par le principe de l'effectivité des droits garantis par la Convention. Par exemple, en règle générale, l'établissement des faits de l'affaire et l'interprétation du droit interne relèvent de la seule compétence des juridictions et des autres autorités nationales, dont les constats et les conclusions dans ces domaines lient la Cour. Toutefois, lorsqu'une décision interne est, sur ces points, entachée d'un arbitraire évident, la Cour peut et doit la remettre en cause. Dans l'affaire *Syssoyeva et autres c. Lettonie*, précitée, la Cour a dit :

« 89. (...) [La Cour] rappelle qu'elle a pour seule tâche, conformément à l'article 19 de la Convention, d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Parties contractantes. En particulier, elle n'est pas compétente pour examiner une requête relative à des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, ou pour substituer sa propre appréciation à celle des juridictions ou des autres autorités nationales, sauf si et dans la mesure où ces erreurs lui semblent susceptibles d'avoir entraîné une atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention (voir, par exemple, *García Ruiz c. Espagne* [GC], n° 30544/96, §§ 28-29, CEDH 1999-I). En d'autres termes, la Cour **ne peut mettre en cause l'appréciation des autorités internes que lorsque celle-ci est révélatrice d'un arbitraire évident**, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. »

39. Dans ce domaine, la Cour procède toujours au cas par cas, et il ne sera jamais possible de fixer une limite stable et immuable au-delà de laquelle commence ou finit un cas de quatrième instance.

B. Marge d'appréciation

40. Une autre manifestation pratique du principe de subsidiarité sous son volet matériel est la doctrine de « marge d'appréciation ». Afin de mieux comprendre sa nature et sa portée, il faut envisager une classification des droits subjectifs garantis par la Convention. Tous ces droits peuvent être repartis en deux catégories :

a) Les **droits absolus**, qui ne tolèrent aucune exception ni dérogation. Ces droits sont assez peu nombreux : il s'agit de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 3 de la Convention) ; de l'interdiction d'esclavage et de servitude (article 4 § 1) ; de la liberté de

pensée, de conscience et de religion, mais uniquement dans la mesure où elle se rapporte au *for interne* de la personne (article 9 § 1) ; de l'interdiction d'emprisonnement pour dette (article 1^{er} du Protocole n° 4) ; de l'interdiction de l'expulsion et du refoulement des nationaux (article 3 du Protocole n° 4), et de l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers (article 4 du Protocole n° 4). En outre, pour les États qui ont ratifié le Protocole n° 13, l'interdiction de la peine de mort revêt également un caractère absolu.

b) Les **droits non absolus**, qui en revanche peuvent subir des restrictions. C'est la grande majorité des droits garantis par la Convention. Par ailleurs, aussi paradoxalement que cela puisse paraître, le droit à la vie – droit le plus fondamental et condition préalable à l'exercice de tous les autres droits – n'est pas absolu car l'article 2 § 2 de la Convention énumère les hypothèses où l'infliction de la mort peut être justifiée.

41. Les droits non absolus peuvent, à leur tour, être subdivisés en deux groupes :

a) Ceux pour lesquels les restrictions possibles sont explicitement prévues par les articles correspondants de la Convention (par exemple, l'article 2 § 2 pour le droit à la vie ; l'article 4 § 3 pour l'interdiction du travail forcé ou obligatoire ; l'article 5 § 1 pour le droit à la liberté, etc.)

b) Ceux dont le caractère non absolu découle de leur nature, bien que cela ne soit pas expressément inscrit dans la Convention. Dans un tel cas, on parle de **limitations implicites**. Un exemple typique est la plupart des garanties de l'article 6 de la Convention, relatif au droit à un procès équitable.

42. Parmi les dispositions énonçant explicitement les restrictions autorisées, il faut distinguer un sous-groupe particulier de quatre articles : l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), l'article 9 (liberté de pensée, conscience et religion), l'article 10 (liberté d'expression), l'article 11 (liberté de réunion et d'association). Tous ces articles ont la même structure : le paragraphe 1 énonce le droit fondamental en question, alors que le paragraphe 2 prévoit les conditions sous lesquelles l'État peut restreindre l'exercice de ce droit. Les textes de ces deuxièmes paragraphes ne sont pas totalement identiques, mais ils possèdent la même structure. Par exemple, s'agissant du droit au respect de la vie privée et familiale, l'article 8 § 2 dispose :

« Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est **prévues par la loi** et qu'elle constitue une mesure qui, **dans une société démocratique, est nécessaire** à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

L'article 2 du Protocole n° 4 (liberté de circulation) appartient lui aussi à cette catégorie de dispositions, car son paragraphe 3 est modelé de la même façon.

43. Lorsque la Cour est amenée à examiner l'ingérence des pouvoirs publics dans l'exercice de l'un des droits susmentionnés, elle procède toujours à une analyse en trois temps. S'il y a vraiment eu une « ingérence » de la part de l'État (et c'est une question préliminaire séparée à trancher, car la réponse n'est pas toujours évidente), la Cour cherche à répondre à trois questions consécutives :

a) L'ingérence est-elle prévue par une « loi » suffisamment accessible et prévisible ?

b) Dans l'affirmative, l'ingérence poursuit-elle au moins un des « buts légitimes » exhaustivement énumérés (et dont le répertoire varie légèrement selon l'article) ?

c) Dans l'affirmative, l'ingérence est elle « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre le but légitime qu'elle poursuit ? En d'autres termes, y a-t-il un rapport de proportionnalité entre ce but et les restrictions en cause ?

44. Ce n'est qu'en cas d'une réponse affirmative à chacune de ces trois questions que l'ingérence est considérée comme étant conforme à la Convention, alors qu'une réponse négative entraîne un constat de violation.

45. Le contrôle du respect du troisième critère – proportionnalité ou « nécessité dans une société démocratique » – s'avère en pratique le plus difficile, le plus délicat et le plus dépendant des circonstances particulières de l'espèce. C'est ici que le principe de subsidiarité, sous la forme de la doctrine de la **marge d'appréciation**, entre directement en jeu. Le concept de marge d'appréciation se fonde sur le principe, déjà énoncé ci-dessus, selon lequel, étant en contact direct et permanent avec les forces vives de leurs pays, les autorités nationales sont mieux placées pour évaluer la multitude de facteurs entourant chaque situation en cause. La Cour a décrit la marge d'appréciation comme « un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour » (*A. et autres c. Royaume-Uni* ([GC], n° 3455/05, § 184, CEDH 2009 - ...).

46. L'étendue de la marge d'appréciation consentie aux États varie sensiblement selon les circonstances, la nature du droit protégé et celle de l'ingérence (voir l'arrêt *Marper et S. c. Royaume-Uni* [GC], n°^{os} 30562/04 et 30566/04, § 102, 4 décembre 2008). A cet égard, la Cour tient compte, premièrement, des particularités nationales et locales, et, deuxièmement, de la question de savoir s'il existe, sur le point donné, un consensus entre les États contractants ou du moins des similitudes entre leurs systèmes juridiques. Par exemple, dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni* (arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24), où il s'agissait de la confiscation d'un ouvrage jugé obscène, la Cour a dit :

PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

« 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 (...)

Ces constatations valent, entre autres, pour l'article 10 § 2. En particulier, **on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la « morale »**. L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. 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. (...)

Dès lors, l'article 10 § 2 réserve aux États contractants une **marge d'appréciation**. Il l'accorde à la fois au législateur national (...) et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur (...)

47. Dans l'affaire *Mentzen c. Lettonie* ((déc.), n° 71074/01, CEDH 2004-XII, décision du 7 décembre 2004), portant sur la translittération des noms d'origine étrangère dans la langue officielle de l'État défendeur, la Cour a relevé :

« (...) Lors de la détermination de [l'équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société], il échet (...) de tenir compte de la marge d'appréciation laissée à l'État dans le domaine en question. Or, l'attribution, la reconnaissance et l'usage des noms et des prénoms constituent un secteur où les **particularités nationales sont les plus fortes et où il n'y a pratiquement pas de points de convergence entre les systèmes internes des États contractants**. En effet, ce domaine reflète la grande diversité des pays membres du Conseil de l'Europe ; dans chacun de ces pays, l'usage des noms propres est influencé par une multitude de facteurs d'ordre historique, linguistique, religieux et culturel, de sorte qu'il est extrêmement difficile, voire impossible, de trouver un dénominateur commun. Par conséquent, **la marge d'appréciation dont jouissent en la matière les autorités étatiques est particulièrement large** (...) »

48. Dans d'autres situations, l'étendue de la marge d'appréciation peut être beaucoup plus étroite. Dans l'arrêt *Demir et Baykara*, précité, concernant la liberté syndicale des fonctionnaires, la Cour a jugé :

« 119. Quant à la nécessité d'une telle ingérence dans une société démocratique, la Cour rappelle que des restrictions légitimes peuvent être imposées à l'exercice des droits syndicaux par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État. Cependant, il faut aussi tenir compte de ce que les exceptions visées à l'article 11 appellent une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à la liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une « nécessité », et donc d'un « besoin social impérieux », au sens de l'article 11 § 2, **les États ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux** portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris

celles de juridictions indépendantes (voir, par exemple, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10 juillet 1998, § 40, *Recueil* 1998-IV). La Cour doit aussi considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants ». Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés dans la disposition concernée de la Convention et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (voir, par exemple, *Yazar et autres c. Turquie*, n^{os} 22723/93, 22724/93 et 22725/93, § 51, CEDH 2002-II). »

49. De même, dans l'affaire *Stoll c. Suisse* ([GC], n^o 69698/01, CEDH 2007-XIV, arrêt du 10 décembre 2007), concernant la liberté d'expression d'un journaliste, la Cour a déclaré :

« 105. Là où la liberté de la « presse » est en jeu, les autorités ne disposent que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un « besoin social impérieux » (voir, à titre d'exemple, *Éditions Plon c. France*, n^o 58148/00, § 44, troisième alinéa, CEDH 2004-IV). »

50. La doctrine de la marge d'appréciation s'applique non seulement aux articles susmentionnés, mais également aux autres dispositions de la Convention – y compris lorsqu'il s'agit de limitations implicites, non inscrites dans le texte de l'article en question. Ainsi, s'agissant par exemple de l'article 6 § 1 de la Convention relatif au droit à un procès équitable (dont l'une ses composantes est le droit d'accès à un tribunal), la Cour a dit dans *Cudak c. Lituanie* ([GC], n^o 15869/02, arrêt du 23 mars 2010) :

« 55. (...) le droit d'accès à un tribunal, reconnu par l'article 6 § 1 de la Convention, **n'est pas absolu : il se prête à des limitations implicitement admises, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État.** Les États contractants jouissent en la matière d'une certaine **marge d'appréciation**. Il appartient en revanche à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle se doit de vérifier que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation au droit d'accès à un tribunal ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n^o 26083/94, § 59, CEDH 1999-I ; *T.P. et K.M. c. Royaume-Uni* [GC], n^o 28945/95, § 98, CEDH 2001-V ; *Fogarty c. Royaume-Uni* [GC], n^o 37112/97, CEDH 2001-XI, § 33). »

51. On voit bien que, malgré son importance, la marge d'appréciation n'est jamais illimitée, et que la tâche de décider définitivement s'il y a eu ou non violation de la Convention incombe toujours à la Cour.

52. Par ailleurs, la Cour, gardienne suprême de la Convention, est assez souvent amenée à apporter un correctif à l'interprétation de ce texte par les autorités nationales. C'est ici qu'apparaît la tâche de **l'harmonisation** de la Cour, assurant une interprétation conforme de la Convention à travers tout le continent européen. Ainsi, par exemple, en matière de liberté d'expression, les juridictions nationales ont souvent interprété les

PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

restrictions autorisées par le paragraphe 2 de l'article 10 d'une manière trop étendue ; la Cour a donc dû, à plusieurs reprises, leur rappeler que la liberté consacrée au paragraphe 1 dudit article doit toujours demeurer la règle générale, et les limitations, l'exception (voir, parmi beaucoup d'autres, *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I, arrêt du 21 janvier 1999).

53. Pour terminer, il faut renvoyer à l'article 53 de la Convention, aux termes duquel

« Aucune des dispositions de la (...) Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie. »

En effet, cet article, qui n'est pas le plus connu, encourage les États à aller plus loin que les standards minimaux résultant de la Convention et de la jurisprudence de Strasbourg.