



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

**Séminaire marquant l'ouverture officielle
de l'année judiciaire**

Subsidiarité : une médaille à deux faces ?

1. Le rôle du mécanisme de la Convention.
2. Le rôle des autorités nationales.

Document de référence¹

30 janvier 2015

1. Préparé par le Comité organisateur, présidé par la juge Laffranque et composé des juges Raimondi, Bianku, Nußberger et Sicilianos, assistés de R. Liddell pour le greffe. Le présent document, qui ne reflète pas le point de vue de la Cour, a pour but de fournir un cadre aux rapporteurs et une base aux discussions du séminaire.

I. Introduction

1. Le profond enracinement de la notion de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention ») est un fait admis par la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») et, avant elle, par la Commission européenne des droits de l'homme (« la Commission ») depuis les premiers jours du mécanisme établi par la Convention. Ainsi, dans l'affaire « linguistique belge » en 1968, la Cour a évoqué pour la première fois « le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention ». ² C'est en réalité une caractéristique majeure de la structure de la Convention, telle qu'elle se reflète dans la jurisprudence des institutions de Strasbourg, en particulier en ce qui concerne la relation entre le système international de protection des droits de l'homme et les ordres juridiques nationaux.

2. Si la Convention, dans sa version actuelle, ne contient aucune référence expresse à la subsidiarité, elle n'en fournit pas moins un cadre juridique pour que celle-ci puisse déployer ses effets. Premièrement, l'article 1 exige des Hautes Parties contractantes qu'elles reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention. À cette exigence s'ajoute celle de l'article 13, qui dispose que les États doivent offrir un recours effectif permettant de redresser les violations des droits et libertés garantis par la Convention. Deuxièmement, en vertu de l'article 35 § 1, la Cour ne peut traiter une requête qu'après épuisement de l'ensemble des recours internes. Il convient également d'évoquer ici l'article 53, qui permet expressément aux États contractants d'aller plus loin que la Convention dans la protection des droits fondamentaux qu'ils offrent. La subsidiarité apparaît également en filigrane dans de nombreux articles substantiels de la Convention, en particulier ceux qui autorisent des restrictions aux droits et libertés protégés par celle-ci. En un mot, dans sa forme la plus simple, la subsidiarité, telle qu'elle apparaît dans la Convention, comprend deux éléments : une obligation – de résultat et non de moyens – pour les États de mettre en œuvre les garanties de la Convention et une obligation pour la Cour de permettre aux autorités nationales d'avoir la possibilité la plus large de traiter un grief tiré de la Convention, aussi grave soit-il, avant de l'examiner elle-même.

3. Cependant, la subsidiarité a évolué vers une théorie beaucoup plus élaborée, qui a trait non seulement à la possibilité de contrôle mais également à la portée de celui-ci, par le développement de notions telles que la marge d'appréciation et la règle de la « quatrième instance ». On touche ici non seulement à la manière dont la Cour doit effectuer son contrôle mais également aux modalités choisies par les États pour s'acquitter de leurs obligations.

II. La Conférence de Brighton de 2012 et le Protocole n° 15

4. La Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, tenue à Brighton, faisait suite à deux conférences antérieures sur le même

2. Arrêt *linguistique belge* (fond) du 23 juillet 1968, série A n° 6, p. 35 § 10 *in fine*.

thème qui avaient eu lieu à Interlaken et Izmir.³ Les trois conférences ont mis fortement l'accent sur le principe de subsidiarité et en ont réaffirmé le caractère dual. Cette dualité se traduit également par un partage de responsabilités entre les États et le mécanisme de la Convention.⁴ La Déclaration de Brighton indique en effet que « [L]es 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 ».⁵ Selon la Conférence, « 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 ». En conséquence de la recommandation de la Conférence, le Protocole n° 15, ouvert à la signature le 24 juin 2013, a ajouté un nouveau considérant dans le Préambule de la Convention, qui se lit comme suit : « *Affirmant* qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention, (...) ». ⁶ Il a été suggéré que cet ajout ouvrait l'« ère de la subsidiarité ».⁷

5. Le caractère dual du principe de subsidiarité est un thème récurrent dans la Déclaration de Brighton. Ainsi, celle-ci, d'une part, reconnaît la responsabilité des États non seulement de mettre en œuvre de manière effective les garanties offertes par la Convention mais également d'offrir des recours appropriés. Elle indique en effet que « [t]outes les lois et politiques devraient être conçues et tous les agents publics devraient exercer leurs responsabilités d'une manière qui donne plein effet à la Convention. Les États parties doivent aussi prévoir des voies de recours pour les violations alléguées de la Convention. Les juridictions et instances nationales devraient prendre en compte la Convention et la jurisprudence de la Cour ». ⁸ D'autre part, la Déclaration rappelle l'importance de la marge d'appréciation⁹ et la nécessité d'appliquer strictement les critères de recevabilité.¹⁰ Elle invite en outre la Cour à considérer comme manifestement irrecevable tout grief qui a été dûment examiné par un tribunal interne appliquant les droits garantis par la Convention à la lumière de la jurisprudence bien établie de la Cour, y compris, le cas échéant, sur la marge d'appréciation, à moins que la requête ne soulève une question sérieuse relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention.¹¹

3. Tenues respectivement les 18 et 19 février 2010 et les 26 et 27 avril 2011.

4. Voir, par exemple, le point 3 de la Déclaration d'Interlaken et le point 6 de la Déclaration d'Izmir.

5. Point 3 de la Déclaration.

6. Article 1 du Protocole n° 15.

7. Robert Spano, "Universality or Diversity of Human Rights", *Human Rights Law Review* (2014) 14 (3): pp. 487-502.

8. Point 7 de la Déclaration. Voir également le point 9 pour des recommandations plus spécifiques.

9. Point 11 de la Déclaration.

10. Point 14 de la Déclaration.

11. Point 15 d) de la Déclaration.

6. En ce sens, la Déclaration de Brighton établit un cadre pour ce qu'elle estime être les rôles respectifs des États et du système de la Convention. Le présent document évoquera d'abord le rôle du mécanisme de la Convention puis celui des autorités nationales, même si, inévitablement, les deux sont étroitement mêlés. En revanche, la question de la subsidiarité dans le contexte de l'exécution des arrêts de la Cour ne sera pas abordée, cette question ayant été traitée lors du séminaire 2014.¹²

III. Le rôle du mécanisme institué par la Convention

7. La subsidiarité fait peser certaines contraintes sur le mécanisme de la Convention et donc nuance son rôle en limitant la portée du contrôle de la Cour. Les limites sont aussi bien procédurales que matérielles.

A. Subsidiarité procédurale

8. Le principal élément procédural de la subsidiarité est l'obligation d'épuiser les voies de recours internes en vertu de l'article 35 § 1 de la Convention. Dans l'arrêt récemment rendu par la Grande Chambre en l'affaire *Vučković et autres c. Serbie*¹³, la Cour a rappelé les principes généraux applicables en matière d'épuisement dans les termes suivants :

« Le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt, et c'est primordial, un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme. La Cour a la charge de surveiller le respect par les États contractants de leurs obligations découlant de la Convention. Elle ne doit pas se substituer aux États contractants, auxquels il incombe de veiller à ce que les droits et libertés fondamentaux consacrés par la Convention soient respectés et protégés au niveau interne. La règle de l'épuisement des recours internes se fonde sur l'hypothèse, reflétée dans l'article 13 de la Convention, avec lequel elle présente d'étroites affinités, que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée. Elle est donc une partie indispensable du fonctionnement de ce mécanisme de protection. »

9. Du point de vue du requérant, l'article 35 § 1 exige que les griefs devant être soumis ultérieurement à Strasbourg aient été présentés devant l'instance nationale appropriée (et dans les formes et les délais prescrits par le droit interne) et, en outre, que toute voie procédurale de nature à prévenir une violation de la Convention ait été exercée. Cependant, les requérants n'ont pas à évoquer expressément le droit protégé par la Convention dans le cadre de la procédure nationale ; il leur suffit de soulever la question en substance ou implicitement.¹⁴

10. Un autre aspect de la subsidiarité procédurale apparaît dans l'article 35 § 3 b), aux termes duquel une requête peut être déclarée irrecevable lorsque le requérant n'a subi aucun préjudice important. Il existe actuellement deux clauses de sauvegarde,

12. La procédure du séminaire peut être consultée sur le site web de la Cour : http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/events&c=#n13914275017812268744581_pointer

13. *Vučković et autres c. Serbie* [GC], n° 17153/11, §§ 69-77, 25 mars 2014.

14. Voir, par exemple, *Azinas c. Chypre* [GC], n° 56679/00, CEDH 2004-III, § 38.

l'une qui renvoie au respect des droits de l'homme exigeant un examen de la requête au fond et l'autre selon laquelle ne peut être rejetée pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne. La deuxième clause de sauvegarde doit cependant être abrogée par le Protocole n° 15.¹⁵

B. Subsidiarité matérielle

11. La subsidiarité matérielle apparaît le plus clairement dans deux théories développées par la Cour. La première est la règle dite de la quatrième instance et la seconde (et la plus importante) est la doctrine de la marge d'appréciation.

i. Règle de la quatrième instance

12. En vertu de cette règle, la Cour estime qu'elle dispose d'une compétence limitée s'agissant de vérifier si le droit national a été correctement interprété et appliqué, et qu'il ne lui appartient pas de se substituer aux tribunaux nationaux, son rôle consistant surtout à s'assurer que les décisions de ces derniers ne sont pas entachées d'arbitraire ou d'irrationalité manifeste.¹⁶ Ainsi que Cour l'a répété maintes fois, 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.¹⁷ La Cour a également estimé que l'interprétation du droit de l'Union européenne par les tribunaux nationaux ne relevait pas de sa juridiction.¹⁸

13. La règle de la quatrième instance est une notion qui s'applique principalement dans un contexte purement judiciaire et a trait à l'appréciation des faits et du droit national par les juridictions internes. L'exemple le plus évident est un grief tiré de la garantie du procès équitable au titre de l'article 6 qui est dirigé contre le résultat de la procédure et non contre une lacune procédurale qui aurait conduit à ce résultat et qui pourrait être de nature à rendre cette procédure inéquitable au regard de la Convention. Dans ce contexte, la Cour ne va normalement pas revenir sur les constatations de fait ou l'interprétation du droit national sauf si elles revêtent un caractère manifestement arbitraire.

14. En revanche, quant à des situations où l'appréciation des faits et du droit par les juridictions internes peut en elle-même être constitutive d'une violation de la Convention (par exemple au titre des articles 8 et 10), le contrôle de la Cour s'étendra à ces domaines. À cet égard, la Cour a décrit ses relations avec les juridictions nationales supérieures de la façon suivante :

« Lorsque (...) les juridictions nationales supérieures ont analysé de façon complète et convaincante la nature précise de la restriction litigieuse, en s'appuyant sur la jurisprudence pertinente issue de la Convention et sur les principes qui en découlent, la

15. Article 5 du Protocole.

16. *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, n° 73049/01, § 83, 11 octobre 2005.

17. *García Ruiz c. Espagne* [GC], n° 30544/96, CEDH 1999-I, § 28.

18. *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, n°s 3989/07 et 38353/07, § 66, 20 septembre 2011.

*Cour doit avoir des motifs très sérieux pour prendre le contre-pied de ces juridictions en leur substituant ses propres vues sur une question d'interprétation du droit interne (...) ».*¹⁹

15. De plus, lorsque la conformité avec le droit national fait partie des garanties consacrées par la Convention, comme par exemple les situations relevant de l'article 5 § 1 qui exige que la détention soit effectuée selon les voies légales, la Cour peut et doit contrôler si le droit national a bien été respecté.²⁰

ii. Marge d'appréciation

16. Quant à la marge d'appréciation, la première énonciation claire de cette doctrine apparaît dans un passage bien connu de l'arrêt *Handyside*,²¹ qui fait l'objet depuis lors de longues études et discussions²² et auquel la Cour continue de se référer fréquemment. La marge d'appréciation peut être vue comme une sorte de « *lex specialis* » dans le cadre du principe général de subsidiarité.²³ En vertu de cette règle, comme en vertu du principe plus large de subsidiarité, la Cour reconnaît que, tant du point de vue des principes que du point de vue pratique, les autorités nationales sont mieux placées pour se livrer à une appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des mesures restreignant les droits et libertés garantis par la Convention. La Cour s'oblige en conséquence à une certaine retenue qui traduit le pouvoir discrétionnaire ou la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités nationales.

17. La doctrine de la marge d'appréciation permet de reconnaître qu'en appliquant certaines garanties consacrées par la Convention, il peut y avoir un éventail de solutions différentes mais légitimes selon le contexte, particulièrement en ce qui concerne l'appréciation de la proportionnalité d'une restriction autorisée à un droit ou à une liberté, ou le fait de ménager un équilibre entre différents droits en concurrence. La marge d'appréciation ne s'étend pas uniquement au contrôle judiciaire ; elle reconnaît également l'importance qu'il convient d'attacher au processus démocratique et la gamme d'options dont disposent les législateurs pour se conformer à la Convention.²⁴ Ainsi que la Cour l'a observé, « [l]es autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et (...) se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. Lorsque des

19. *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, CEDH 2005-X, § 120.

20. *Mooren c. Allemagne* [GC], n° 11364/03, §§ 72 et suiv.

21. *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24, §§ 49-50. Ce terme ou des variations ont été utilisés pour la première fois par la Commission européenne des droits de l'homme dans son rapport sur l'affaire Grèce c. Royaume-Uni (requête n° 176/56, 26 septembre 1958).

22. Dean Spielmann, "Allowing the right margin of appreciation. The European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: Waiver or subsidiarity of European review?" *Cambridge Yearbook of Legal Studies*, 2011-2012, vol. 14, pp. 381-419, et en particulier la note de bas de page n° 8.

23. J. Christoffersen, "Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, *International Studies in Human Rights*, vol. 99, Martinus Nijhoff, Leiden 2009.

24. *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [GC], n° 48876/08, § 115-116, CEDH 2013 (extraits).

questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national ».²⁵

18. Il existe cependant certains domaines clés dans lesquels la marge d'appréciation n'intervient pas. Par exemple, la question de savoir si les faits établis atteignent ou non le degré de gravité pour bénéficier de la protection de l'article 3, lequel interdit la torture et les traitements inhumains ou dégradants, ne saurait relever d'aucune marge d'appréciation. En outre, eu égard à la nature absolue de cette interdiction, il n'existe aucun espace permettant de mettre en balance des intérêts concurrents tels que la sécurité nationale contre le risque de mauvais traitements ou de torture.²⁶

19. Il est évident depuis longtemps que l'ampleur de la marge d'appréciation varie selon la nature des intérêts dont la protection est demandée. Ainsi, par exemple en ce qui concerne la liberté d'expression, la marge sera étroite s'agissant des restrictions apportées au discours politique et plus large concernant les discours portant atteinte aux convictions personnelles dans le domaine de la morale ou de la religion ou s'agissant de la réglementation du discours commercial.²⁷

20. Un autre facteur pouvant déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation est l'existence ou l'absence d'un « consensus » au niveau européen. En d'autres termes, lorsqu'une approche commune parmi d'autres États parties à la Convention peut être démontrée, la marge d'appréciation pour adopter une approche différente et plus restrictive par rapport aux droits et libertés garanties par la Convention sera en principe plus limitée.²⁸ À cet égard, la Cour a également reconnu l'existence d'une « tendance claire »²⁹ ou d'une « nette tendance ».³⁰

21. La portée de la marge d'appréciation peut être plus large lorsque les autorités nationales doivent concilier des droits concurrents reconnus par la Convention. La Cour a dit que lorsqu'un État défendeur doit mettre en balance deux intérêts concurrents qui sont tous deux protégés par la Convention, il bénéficie d'une ample marge d'appréciation.³¹ À cet égard, la Cour a précisé tant les limites de sa propre compétence que ce qui était attendu des juridictions nationales. C'est ainsi qu'elle a considéré que « si la mise en balance [des] deux droits par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes ».³²

25. *S.A.S. c. France* [GC], n° 43835/11, § 129, 1^{er} juillet 2014.

26. Voir, parmi d'autres, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, *Recueil* 1996-V.

27. Voir, par exemple, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* [GC], n° 16354/06, § 61, CEDH 2012 (extraits).

28. Pour une étude récente sur le consensus, voir Wildhaber, Hjartarson et Donnelly "No consensus on consensus? The practice of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, 31.12.2013, vol. 33, no. 7-12.

29. *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, § 156, CEDH 2003-XII.

30. *Mazurek c. France*, n° 34406/97, § 52, CEDH 2000-XI.

31. *Neij et Sundi Kolmisoppi c. Suède*, n° 40397/12, 19 février 2013 (affaire dite « de la baie des pirates »).

32. *MGN Limited c. Royaume-Uni*, n° 39401/04, §§ 150 et 155, 18 janvier 2011.

22. Quels que soient les désaccords qui peuvent se faire jour concernant la portée et l'impact précis de la doctrine de la marge d'appréciation, le rapport explicatif du Protocole n° 15 énonce clairement que le considérant où figure la référence au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation « est destiné à (...) rester cohérent avec la doctrine de la marge d'appréciation telle que développée par la Cour dans sa jurisprudence » (soulignement ajouté). Entre autres termes, le fait d'insérer une référence à la doctrine dans le préambule ne change pas fondamentalement sa nature de construction jurisprudentielle. Toutefois, il est indéniable que les États contractants, par cette référence, souhaitaient envoyer un message fort à la Cour.

23. Pour conclure sur le rôle du système de Strasbourg, il convient de souligner que la subsidiarité est un élément crucial du système de la Convention, qui joue le rôle d'interface entre les compétences internationales et nationales. La face de la médaille de la subsidiarité dévolue à la Cour implique clairement la responsabilité pour elle de tirer des conclusions appropriées de la mise en œuvre effective au niveau national. En réalité, c'est uniquement par ce biais qu'elle peut inciter les autorités nationales à s'acquitter correctement du rôle qui leur est dévolu au titre de la Convention, permettant ainsi un contrôle moins intrusif de la Cour.

IV. Le rôle des autorités nationales

24. *Handyside* confirme la division des tâches³³ découlant du caractère subsidiaire du système mis en place par la Convention. Ainsi, « [l]a 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 ». ³⁴

25. En vertu de cette division des tâches, les États contractants ont deux obligations principales. La première consiste à garantir que les droits et libertés énoncés dans la Convention soient protégés de manière adéquate. En d'autres termes, les États doivent mettre en place les structures et procédures nécessaires pour assurer en pratique les droits et libertés consacrées par la Convention (article 1 de celle-ci). La seconde obligation consiste à offrir un recours lorsque cette protection s'avère défailante. Garantir un droit en droit national ne suffit pas ; il doit être possible d'obtenir réparation au niveau national. Il s'agit là de l'exigence posée par l'article 13 d'offrir un recours effectif devant une autorité nationale.

33. L'expression est employée par Gertrude Lübke-Wolff, "How can the European Court of Human Rights reinforce the role of the national courts in the Convention system?", 32 *Human Rights Law Journal* 11, at 12 (2012)

34. *Handyside c. Royaume-Uni*, précité, § 48.

A. La garantie des droits (aspect matériel)

26. L'un des aspects de la première obligation est clairement législatif. Ainsi, la déclaration de Brighton appelle en particulier les gouvernements à mettre en œuvre des mesures concrètes pour faire en sorte que les politiques et législations respectent pleinement la Convention, y compris en fournissant aux parlements nationaux des informations sur la compatibilité avec la Convention des projets de loi proposés par le gouvernement.³⁵ La mise en place de commissions parlementaires chargées de vérifier si les projets de loi sont compatibles avec la Convention peuvent jouer un rôle important à cet égard. Pareilles commissions ont été créées par exemple au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et en Pologne. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) a invité « tous les États membres à prévoir une procédure parlementaire adéquate destinée à vérifier systématiquement la compatibilité des projets de loi avec les normes de la Convention et à éviter de futures violations de la Convention, y compris par le suivi régulier de l'ensemble des arrêts susceptibles d'avoir une incidence sur les ordres juridiques concernés ».³⁶

27. La Cour tient également compte de la qualité du processus parlementaire pour apprécier l'ampleur de la marge d'appréciation. Elle a ainsi exprimé cette idée dans l'affaire *Animal Defenders* :

« (...) pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, la Cour doit commencer par étudier les choix législatifs à l'origine de la mesure (...). La qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national revêt une importance particulière à cet égard, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente. »³⁷

Dans cette affaire, qui concernait l'interdiction de la publicité à caractère politique, la Cour a relevé que la loi énonçant l'interdiction avait été votée avec le soutien de tous les partis politiques et sans aucun vote dissident. Le maintien de l'interdiction avait donc été « l'aboutissement d'un examen exceptionnel, effectué par les organes parlementaires, de tous les aspects culturels, politiques et juridiques de cette mesure, qui s'inscrivait dans le cadre plus large de la réglementation de la liberté d'expression sur des sujets d'intérêt public à la radio et à la télévision au Royaume-Uni. Au cours de cet examen, tous les organes consultés [avaient] estimé que l'interdiction litigieuse constituait une restriction nécessaire des droits garantis par l'article 10 ».³⁸ Ainsi, lorsque le Parlement s'engage dans un contrôle extensif des questions en jeu au regard de la Convention et se livre à un exercice de mise en balance des intérêts concurrents en jeu à la lumière de la jurisprudence issue de la Convention, il effectue sa véritable mission au titre de la Convention et la Cour ajustera son contrôle en conséquence.

35. Déclaration de Brighton, point 9 c) ii.

36. Résolution APCE 1823 (2011).

37. *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [GC], précité, § 108.

38. *Ibidem*, § 115.

28. Outre l'obligation négative de ne pas introduire une législation portant atteinte aux droits protégés par la Convention, la Cour a développé la notion d'obligations positives voulant que, dans certaines circonstances, les autorités nationales prennent des mesures positives pour garantir la jouissance effective des droits garantis par la Convention. Ainsi, par exemple, « [l'article 8] ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale ».³⁹ Pareilles obligations peuvent également impliquer l'adoption de mesures dans le domaine des relations entre les individus eux-mêmes⁴⁰, y compris non seulement la non-ingérence par des tiers, mais également l'obligation d'exiger de tierces personnes qu'elles garantissent la jouissance effective d'un droit par d'autres personnes.

B. L'offre de recours effectifs (aspect procédural)

29. La mise en œuvre de la subsidiarité du point de vue des autorités nationales a une forte dimension procédurale. À cet égard, la place de la subsidiarité est claire. Premièrement, en ce qui concerne les recours, l'article 13 « énonce de manière explicite l'obligation pour les États de protéger les droits de l'homme en premier lieu au sein de leur propre ordre juridique (...) ».⁴¹ De plus, « l'article 13 requiert un mécanisme permettant d'établir, le cas échéant, la responsabilité d'agents ou d'organes de l'État pour des actes ou omissions emportant violation des droits consacrés par la Convention, et qu'une indemnisation du dommage moral découlant de la violation doit en principe faire partie du régime de réparation mis en place ».⁴²

30. La Cour a en outre développé des obligations procédurales implicites quant aux dispositions matérielles de la Convention. Ainsi, dans le contexte de l'article 2, elle a déclaré que « [l']obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition, combinée avec le devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de « reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention », implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'État, a entraîné mort d'homme ».⁴³ Cette obligation d'enquête s'étend également aux violations alléguées de l'article 3, même lorsque celles-ci sont le fait de personnes privées.⁴⁴

31. Cette approche procédurale a été étendue à d'autres articles de la Convention. La Cour a par exemple reconnu qu'un volet procédural de l'article 10 exigeait que toute mesure de restriction soit justifiée par un raisonnement suffisant et soumise à un contrôle judiciaire approprié.⁴⁵ Quant à l'article 8, la Cour a estimé que si cette

39. *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, pp. 14-15, § 31.

40. *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, CEDH 2003-XII, § 150.

41. *Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI.

42. *O'Keeffe c. Irlande* [GC], n° 35810/09, § 177, CEDH 2014 (extraits).

43. *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, § 161, série A n° 324.

44. *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 131, CEDH 2000-IV. On a estimé que cette obligation trouvait également à s'appliquer relativement à l'article 4 (*Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, § 288, CEDH 2010) et à l'article 5 (*Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, § 124, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III).

45. *Lombardi Vallauri c. Italie*, n° 39128/05, § 46.

disposition ne contenait aucune exigence procédurale explicite, le processus décisionnel impliqué dans les mesures d'ingérence devrait être équitable et de nature à garantir le respect des intérêts sauvegardés par l'article 8.⁴⁶ Là aussi, l'accent mis sur la dimension procédurale renforce le principe de subsidiarité. Lorsque les exigences procédurales sont satisfaites, la Cour sera moins encline à contrôler le fond. Surtout, si les procédures appropriées ne sont pas en place, elle ne sera pas en mesure de remplir son rôle subsidiaire. Si la Convention a pour but de garantir aux requérants la possibilité de revendiquer leurs droits au niveau national, l'identification de lacunes procédurales pouvant être corrigées lors de la phase d'exécution est cruciale.

32. Dans des situations de violations structurelles ou systémiques, la Cour a de même souligné l'importance de l'introduction de recours nationaux. Ainsi qu'elle l'a observé dans le cadre des « arrêts pilotes », une fois un défaut structurel identifié, « il incombe aux autorités nationales, sous le contrôle du Comité des Ministres, de prendre, rétroactivement s'il le fallait, les mesures de redressement nécessaires conformément au principe de subsidiarité de la Convention ».⁴⁷ Mettre sur les autorités nationales la responsabilité de redresser la situation et d'offrir une réparation pour les violations qui en résultent non seulement est parfaitement cohérent avec l'objet et le but de la Convention tels qu'ils s'expriment dans la notion de subsidiarité, mais représente également un moyen beaucoup plus effectif de traiter ces types de violations lorsque le nombre des personnes affectées est tel qu'une solution individuelle au niveau international est tout simplement irréaliste. Cette innovation procédurale recentre les choses sur le rôle des autorités nationales dans la mise en œuvre pratique de la Convention.

C. Le rôle des juridictions nationales

33. L'obligation de garantir les droits et libertés consacrées par la Convention en pratique incombe bien entendu à l'ensemble des autorités publiques, y compris les administrations fédérales et régionales. Cependant, c'est avant tout les juridictions nationales qui doivent veiller aux garanties de la Convention et offrir des recours appropriés. Ce sont elles les partenaires naturels du système de Strasbourg. Dans le contexte de ce partenariat, une évolution nouvelle potentiellement importante est l'ouverture à la signature du Protocole n° 16 à la suite de la conférence de Brighton. Ce protocole optionnel permettra aux plus hautes juridictions des États contractants d'adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.⁴⁸

34. Comme noté ci-dessus, les juridictions nationales ont un rôle important à jouer dans le processus d'épuisement des voies de recours internes et dans l'appréciation

46. *Buscemi c. Italie*, n° 29569/95, § 58, CEDH 1999-VI.

47. *Hutten-Czapska c. Pologne* [GC], n° 35014/97, CEDH 2006-VIII, § 232.

48. Article 1 du Protocole n° 16, ouvert à la signature le 2 novembre 2013 et qui exige dix ratifications pour entrer en vigueur. Voir 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 », *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, N° 97, 1^{er} janvier 2014.

des faits et du droit national, mais c'est dans leur application du droit issu de la Convention qu'elles peuvent contribuer de la manière la plus effective au système de la Convention. Il s'agit là, évidemment, de l'autre face de la médaille de la subsidiarité, du revers de la marge d'appréciation. En fait, comme on l'a évoqué ci-dessus, c'est la volonté des juridictions nationales d'utiliser les outils jurisprudentiels de la Convention qui permet à la marge d'appréciation d'entrer en jeu. À cet égard, il convient de relever que la Cour a mis en place un vaste programme de traductions pour garantir que les juridictions nationales disposent de ses arrêts les plus importants dans une langue qu'elles peuvent comprendre.

35. Il convient de rappeler que la Déclaration de Brighton se réfère expressément à la situation dans laquelle un grief a été dûment examiné par un tribunal national appliquant les droits garantis par la Convention à la lumière de la jurisprudence établie par la Cour, y compris sur la marge d'appréciation. La Déclaration énonce que dans ces conditions la requête doit être déclarée irrecevable pour défaut de fondement, sauf si elle soulève une question grave d'interprétation ou d'application de la Convention.⁴⁹

36. Tout en envoyant un signal à la Cour, cette Déclaration fournit une feuille de route pour les juridictions nationales. Lorsque celles-ci sont confrontées à une question relevant de la Convention, elles doivent appliquer celle-ci à la lumière de la jurisprudence établie de la Cour, en tenant compte de la marge d'appréciation dont elles disposent.

37. On présume que si les juridictions internes se conforment à cette démarche, la Cour ne répétera pas le test de proportionnalité qui a été mené au niveau national.⁵⁰ Nous avons vu ci-dessus comment la Cour a développé les exigences procédurales. Dans une affaire récente de Grande Chambre, elle a estimé que « les juridictions nationales [avaient] pris en compte tous les éléments pertinents et (...) [avaient] procédé à une mise en balance circonstanciée et approfondie des intérêts en jeu ». En particulier, elle a fait référence à l'« analyse approfondie » du Tribunal constitutionnel espagnol, démontrée notamment par les deux opinions dissidentes jointes à l'arrêt de celui-ci. Toutefois, dans cette affaire, il s'agissait seulement d'un des éléments ayant conduit au constat de non-violation.⁵¹

38. Dans une affaire mettant en jeu l'article 8 et portant sur des soins médicaux, la Cour est parvenue aux conclusions suivantes :

« La Cour estime que les tribunaux nationaux ont ménagé un équilibre adéquat entre les intérêts personnels du requérant et l'intérêt plus général de l'autorité publique compétente de s'acquitter de sa responsabilité sociale de fourniture de soins de santé en général. Elle ne peut donc souscrire à l'allégation de la requérante selon laquelle il n'y a pas eu d'appréciation convenable de la proportionnalité au niveau interne et toute référence à la marge d'appréciation la priverait d'une telle appréciation à tous niveaux de juridictions. En pareil cas, il n'appartient pas à la Cour de substituer sa

49. Point 15 d) de la Déclaration ; voir note 11 ci-dessus.

50. *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2) [GC], n°s 40660/08 et 60641/08, § 107, CEDH 2012.

51. *Fernández Martínez c. Espagne* [GC], n° 56030/07, § 151, CEDH 2014 (extraits).

propre appréciation du fond de la mesure litigieuse (y compris, en particulier, sa propre appréciation des détails factuels de la proportionnalité) à celle des autorités nationales compétentes (notamment les tribunaux), sauf si elle a pour ce faire des raisons impérieuses ». ⁵²

39. Dans une affaire norvégienne, le Gouvernement, se fondant expressément sur la Déclaration de Brighton, a soutenu que la Cour suprême norvégienne s'était livrée à un exercice de mise en balance en pleine conformité avec les critères établis par la jurisprudence de la Cour. Selon lui, les États membres devaient se voir accorder en pareil cas une ample marge d'appréciation conformément à la jurisprudence de Strasbourg. La Cour a estimé que la Cour suprême avait soigneusement mis en balance le droit à la liberté d'expression avec le droit au respect de la vie privée, et avait explicitement tenu compte des critères énoncés dans sa jurisprudence. D'après elle, bien que les opinions puissent différer sur l'issue d'un arrêt, « lorsque l'exercice de mise en balance a été effectué par les autorités nationales en conformité avec les critères établis dans la jurisprudence de la Cour, il faudrait à la Cour de solides raisons pour substituer ses vues à celle des juridictions internes ». ⁵³

40. En revanche, lorsqu'elle estime que la portée du contrôle effectué par les juridictions internes est trop étroite pour satisfaire aux exigences de la recherche du « juste équilibre » inhérente au paragraphe 2 de l'article 1 du Protocole n° 1, elle constate une violation de cette disposition. ⁵⁴ Une fois de plus, c'est la dimension procédurale qui est décisive.

41. Du point de vue des autorités nationales, la subsidiarité est, sans surprise, le pendant de la subsidiarité du point de vue du mécanisme de Strasbourg. Conformément à la jurisprudence de la Cour, le rôle de ces autorités a été réaffirmé dans la Déclaration de Brighton qui confirme l'importante contribution qu'elles doivent apporter au système de la Convention. Le système ne pourra perdurer de façon effective que si les autorités remplissent leur rôle, que ce soit relativement à l'action législative ou au fonctionnement des autorités administratives et judiciaires. Lorsque tel est le cas, le contrôle de la Cour doit être restreint en conséquence.

V. Conclusion

42. Tout le monde s'accorde à dire que la mise en œuvre effective de la Convention au niveau national est un élément clé pour la pérennité du système à l'avenir, et c'est cette idée qui se trouve au cœur de la notion de subsidiarité. Dans ce contexte, la Cour salue l'organisation d'une nouvelle Conférence de haut niveau sous les auspices de la présidence belge du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Cette conférence, qui se tiendra à Bruxelles en mars 2015, mettra en exergue la responsabilité partagée du système, avec une référence particulière à l'exécution effective des arrêts de la Cour.

52. *McDonald c. Royaume-Uni*, n° 4241/12, § 57, 20 mai 2014.

53. *Lillo-Stenberg et Sæther c. Norvège*, n° 13258/09, § 44, 16 janvier 2014.

54. *Paulet c. Royaume-Uni*, n° 6219/08, § 68, 13 mai 2014.

43. Plus généralement, le système de la Convention doit faire face aujourd'hui à deux défis particuliers. L'un a trait aux situations très différentes prévalant dans les États contractants, notamment en ce qui concerne le fonctionnement des systèmes judiciaires. L'autre tient au conflit perçu entre la protection internationale des droits de l'homme et la démocratie. La subsidiarité peut être considérée comme un moyen de répondre à ces deux questions. D'une part, elle permet de reconnaître les différents niveaux d'effectivité avec lesquels les autorités nationales traitent les questions relevant de la Convention et de procéder aux ajustements nécessaires ; d'autre part, elle laisse en principe la place qu'il mérite au respect qu'il convient d'accorder à tout véritable processus démocratique, encourageant ainsi le recours à un tel processus et, en même temps, favorisant l'acceptation des décisions de la Cour.

44. La subsidiarité est donc bien une médaille à deux faces, voire un lien entre des vases communicants, la portée du contrôle de la Cour étant inversement proportionnelle à l'existence et à la mise en œuvre effective des garanties au niveau national. Cela reflète un partage de responsabilités fondé sur la notion de partenariat. En d'autres termes, si la Cour, conformément à la Convention, demeure l'arbitre suprême des questions relevant de la Convention et peut donc légitimement s'attendre à ce que les tribunaux nationaux suivent son interprétation de ces questions, elle peut aussi développer son propre raisonnement à partir des décisions nationales analysant le droit issu de la Convention. Elle peut encourager l'acceptation de la Convention et de sa jurisprudence au niveau national en maintenant un dialogue effectif avec les ordres juridiques nationaux, mais également en tirant des conclusions d'une mise en œuvre effective au niveau national.