

Dossiers sur les droits de l'homme, n° 17

**LA MARGE D'APPRECIATION :
INTERPRÉTATION ET POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE
DANS LE CADRE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME**

par Steven Greer
Reader in Law, Université de Bristol,
Royaume-Uni

Editions du Conseil de l'Europe

Edition anglaise :

The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights

ISBN 92-871-4350-1

Les opinions qui sont exprimées dans cet ouvrage sont celles de l'auteur et n'engagent pas la responsabilité du Conseil de l'Europe. L'ouvrage ne donne, des instruments juridiques qu'il mentionne, aucune interprétation officielle pouvant lier les gouvernements des Etats membres, les organes statutaires du Conseil de l'Europe ou tout organe institué en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Editions du Conseil de l'Europe
F-67075 Strasbourg Cedex

ISBN 92-871-4349-8

© Conseil de l'Europe, juillet 2000

Imprimé dans les ateliers du Conseil de l'Europe

Table des matières

Introduction	5
Chapitre 1 Jurisprudence sur les dispositions essentielles	7
I. Article 15	8
II. Articles 8-11	9
III. Article 14	11
IV. Article 1 ^{er} du Protocole n° 1	12
Chapitre 2 Interprétation de la Convention	15
I. Protection effective	16
II. Légalité	17
III. Démocratie	18
IV. Communauté, interprétation autonome et évolutive	20
V. Subsidiarité et contrôle	21
VI. Proportionnalité	21
VII. Harmonisation et pluralisme	22
Chapitre 3 Interprétation et pouvoir discrétionnaire	24
I. Droits, démocratie et intérêt public	25
A. <i>La démocratie en crise : la dérogation prévue à l'article 15</i>	25
B. <i>La mise en balance des droits et des intérêts publics</i>	26
II. Définition des droits et obligations	28
A. <i>Droits absolus</i>	29
B. <i>Conciliation des conflits entre droits</i>	30
III. Définition, démocratie et intérêt public	32
A. <i>Identification et exécution d'obligations positives</i>	32
B. <i>Pouvoir discrétionnaire d'interprétation des clauses adjectives justifiant des exceptions aux droits</i>	33
C. <i>Distinction et discrimination</i>	33

Conclusion	35
Annexes	38
Annexe I. Illustration de la marge d'appréciation à l'aide de quelques arrêts de principe	38
<i>Article 8</i>	38
<i>Article 9</i>	39
<i>Article 10</i>	40
<i>Article 11</i>	42
<i>Article 14</i>	42
<i>Article 15</i>	44
<i>Article 1 du Protocole n° 1</i>	46
Annexe II. Publications du Conseil de l'Europe	48
<i>Commission européenne des Droits de l'Homme</i>	48
<i>Cour européenne des Droits de l'Homme</i>	48
<i>Comité des Ministres</i>	48
<i>Internet</i>	48
Notes.....	49

Introduction

Pour les juristes anglais, le sens de l'expression « *margin of appreciation* » ne saute pas aux yeux car les termes français de « marge d'appréciation », d'où elle découle, se traduisent mieux par « *margin of assessment/appraisal/estimation* ». Au sens large, cette notion s'entend de la marge de manœuvre que les organes de Strasbourg sont disposés à reconnaître aux autorités nationales pour la mise en œuvre de leurs obligations au titre de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Cette expression ne se trouve toutefois ni dans le texte de la Convention elle-même ni dans les travaux préparatoires¹ mais apparaît pour la première fois en 1958 dans le rapport de la Commission dans l'affaire *Grèce c/ Royaume-Uni*, ayant son origine dans la requête de la Grèce alléguant de violations commises par le Royaume-Uni à Chypre². Depuis, elle a été reprise dans de nombreuses autres décisions de la Commission et dans plus de 700 arrêts de la Cour³.

Les études de juristes, d'avocats, de magistrats et de fonctionnaires de Strasbourg ne manquent pas qui tentent de préciser les contours complexes de ce nouvel élément que la doctrine a intégré au paysage de la Convention ainsi que d'identifier ses domaines d'application et les facteurs déterminant son étendue⁴. L'accord est unanime quant à la date d'apparition de cette nouvelle théorie et certains de ses aspects essentiels font l'objet d'un large consensus. Premièrement, l'article 15 mis à part, cette doctrine a joué un grand rôle dans les litiges portant sur certains droits de la Convention – droit à la propriété garanti à l'article 1^{er} du Protocole n° 1, disposition de non-discrimination de l'article 14, libertés personnelles consacrées aux articles 8 à 11 – et un rôle nettement plus modeste s'agissant d'autres droits. Deuxièmement, décrire son fonctionnement ne saurait se réduire à une formule simple. Troisièmement, malgré l'abondante jurisprudence à laquelle elle a donné lieu, cette notion continue, pour l'essentiel, à se caractériser par sa nature casuistique,

complexe et largement imprévisible. Quatrièmement, si certains se prononcent en faveur de l'élimination pure et simple de cette doctrine⁵, la plupart des auteurs réclament plus de clarté, de cohérence et d'uniformité dans son application. Ils sont toutefois peu à s'être hasardés à proposer les moyens à cette fin. Tel est précisément l'objectif essentiel de cette étude.

Les opinions sont partagées, à l'inverse, en ce qui concerne toute une série d'autres questions analytiques. C'est ainsi qu'il n'existe pas de consensus quant au point de savoir si la doctrine couvre chaque forme de pouvoir discrétionnaire reconnue aux autorités nationales par la Convention ou seulement certaines d'entre elles. Ce point touche à la question du champ d'application de cette doctrine, à savoir tout ou partie seulement des dispositions de la Convention. R.St.J. Macdonald, par exemple, soutient que, « en théorie, il n'existe pas de limites s'agissant des articles auxquels peut s'appliquer la marge d'appréciation puisque la Cour n'a jamais imposé de telles limites »⁶. D'autres commentateurs relèvent toutefois que cette doctrine n'a jamais été invoquée à propos des articles 2 (droit à la vie), 3 (droit de ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants) ou 4 (droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude)⁷ et qu'elle n'a joué qu'un rôle fort limité dans le cadre des articles 5 et 6⁸.

Chapitre 1

Jurisprudence sur les dispositions essentielles

Dans sa majorité, la doctrine en la matière adopte une méthode analytique familière⁹. Les décisions de la Cour et de la Commission sont examinées en regard des différentes dispositions de la Convention afin de déceler le type de marge d'appréciation reconnue et les facteurs retenus à cet égard. Parmi ceux-ci, on trouve le caractère courant ou non de cette pratique dans d'autres Etats membres, l'importance reconnue à certains droits, la nature (et les raisons) de l'ingérence, le texte de la disposition de la Convention en cause ainsi que le contexte – par exemple, l'existence d'un danger ou d'un intérêt public particulièrement impérieux et/ou litigieux, ou encore les questions de savoir si la mesure en cause est l'une des possibilités également compatibles avec la Convention et si un jugement raisonnable postule une expertise technique ou une connaissance détaillée des circonstances locales¹⁰.

Cette étude tente d'aller au-delà de cette approche pour deux raisons. D'abord, la doctrine recourant à cette méthode est désormais si riche et complète qu'il n'y a pas grand-chose à ajouter si ce n'est une mise à jour tenant compte des nouvelles décisions intervenues. Les plus récentes contributions à cet égard ne datant que de quelques années, il ne servirait pas à grand-chose de gâcher l'occasion qu'offre cette étude pour si peu. Mais surtout, il existe une autre raison, plus importante, pour se lancer dans une nouvelle approche. Suivre à la ligne les dispositions de la Convention et la jurisprudence à cet égard risque de susciter de nouveau la confusion provoquée par la marge d'appréciation alors que le but premier de la science juridique devrait être de tenter de résoudre ce genre de problèmes sur la base de principes fondamentaux.

Cette étude soutient que l'exercice légitime, par les Etats, de leur pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention – le problème central que

pose la marge d'appréciation – repose pour l'essentiel sur la bonne application d'un cadre de principes permettant une interprétation satisfaisante de la Convention. Ce n'est pas la première fois que ce lien est mis en avant¹¹ mais, dans les pages qui suivent, on essaiera de poursuivre cette logique avec toute la rigueur qui s'impose afin d'aboutir à la conclusion que voici. S'il est vrai que la Convention établit bien un schéma complexe de pouvoir discrétionnaire et de contrainte, il peut être appréhendé de façon beaucoup plus cohérente qu'on ne veut bien le croire en général. Ce caractère imprévisible, relevé par nombre de commentateurs, n'est donc pas inhérent à la notion de marge d'appréciation mais s'explique par la répugnance de la Cour à aller jusqu'au bout du raisonnement, des principes d'interprétation jusqu'aux conclusions en matière de pouvoir discrétionnaire¹². Si la Cour faisait ressortir ces liens de manière plus claire, les décisions elles-mêmes gagneraient en compréhension et la plupart, pour ne pas dire toutes, seraient plus aisément défendables.

Avant de développer plus avant cette thèse, il s'impose toutefois d'examiner les grands traits de la jurisprudence des organes de la Convention en l'espèce sur les dispositions essentielles. En annexe I, de rapides résumés de certaines des affaires principales offrent une illustration plus détaillée de la manière dont la doctrine a été appliquée dans des cas particuliers. Pour des raisons sur lesquelles nous reviendrons, la présente étude adopte l'approche étroite qui postule notamment que, à proprement parler, la marge d'appréciation ne s'applique pas au-delà de l'article 15 dont elle est issue ainsi que des articles 8 à 11, 14 et de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, auxquels elle a été étendue par la suite. Nous consacrerons également quelques remarques au rôle du pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'autres dispositions de la Convention.

I. Article 15

Dès les premières affaires portées devant les organes de la Convention, l'évidence s'est imposée que l'article 15 permettant aux Etats de déroger, à l'exception de quelques-uns¹³, aux droits garantis par ce texte « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » laissait place à une marge d'appréciation généreuse au motif que les Etats

sont mieux placés que les organes de Strasbourg (argument de la meilleure position) pour apprécier si cette condition est remplie¹⁴. Dans l'*affaire de Chypre*, qui trouve son origine dans les requêtes introduites par la Grèce contre le Royaume-Uni dans les années 1950 et faisant état de violations de la Convention à Chypre¹⁵, la Grande-Bretagne s'est appuyée sur la dérogation mise en œuvre et a soutenu que les troubles que connaissait l'île répondaient aux exigences de l'article 15. La Commission a conclu que les organes de Strasbourg étaient compétents pour décider à la fois si une telle dérogation était justifiée et si les mesures attaquées avaient été prises « dans la stricte mesure où la situation l'exige »¹⁶. La Commission a toutefois ajouté que, sur ce dernier point, « le gouvernement doit pouvoir conserver une certaine marge d'appréciation »¹⁷. La question n'a pas été débattue plus avant et le conflit entre la Grèce et le Royaume-Uni à propos du statut de l'île a été résolu avant que le Comité des Ministres puisse examiner l'affaire. Toute une série d'affaires ultérieures ont confirmé que, tout en faisant l'objet d'une marge d'appréciation, tant la décision de recourir au droit de dérogation que les mesures de lutte contre le danger restent soumises au contrôle des organes de Strasbourg¹⁸ et, en fin de compte, c'est à la Cour qu'il appartient de décider si les Etats ont agi dans la « mesure où la situation l'exige », en attachant le poids qui convient à des facteurs pertinents tels que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé¹⁹.

II. Articles 8-11

Les articles 8 à 11 – qui consacrent les droits au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, à la liberté de pensée, de conscience et de religion, à la liberté d'expression, de réunion et d'association – sont rédigés selon le même modèle. Le premier paragraphe énonce le droit, cependant que le second énumère un certain nombre d'exceptions légitimes. C'est ainsi que l'article 10, paragraphe 2, proclame que le droit à la liberté d'expression peut être « soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui,

pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». La marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales est toutefois limitée par deux facteurs énoncés dans le texte de chacune de ces dispositions et par un troisième découlant de l'un des principes d'interprétation essentiels. D'abord, il faut démontrer que l'ingérence en cause était nécessaire dans une société démocratique pour une ou plusieurs de ces exceptions. Rien ne permet toutefois de définir clairement dans quels cas c'est à l'Etat de prouver qu'il en était ainsi ou aux requérants de démontrer le contraire²⁰. Ensuite, la restriction doit être conforme au droit ou prévue par la loi²¹ et, enfin, correspondre à un besoin social impérieux²².

Tout comme pour l'article 15, et encore que le texte des articles 8 à 11 semble impliquer un critère objectif de la nécessité, le principe de proportionnalité autorise des marges d'appréciation variables. Leur champ d'application au regard de chacune de ces dispositions est bien documenté²³ et leur caractère se détermine, en principe, dans ce cadre, par l'appréciation portée par les organes de Strasbourg sur l'importance relative du droit et de l'exception dans les circonstances particulières de l'espèce, au vu surtout d'une norme européenne uniforme en la matière. Des Etats se sont vu ainsi reconnaître une large marge d'appréciation dans des cas d'atteintes aux droits pour lesquelles ils faisaient valoir des raisons de sécurité nationale, encore que cela n'ait pas été toujours à leur avantage²⁴. De même, l'octroi d'une marge d'appréciation étendue n'a pas empêché les organes de Strasbourg de se livrer à un examen approfondi de procédures de surveillance secrète lorsqu'ils l'ont estimé approprié²⁵. Une large marge d'appréciation a également été admise s'agissant de la « protection de la santé ou de la morale » au motif que ces notions varient selon les Etats membres. Les rares décisions se rattachant à la protection de la santé ont confirmé des pratiques telles que la participation obligatoire des prisonniers au nettoyage des cellules²⁶, l'obligation pour les soldats de se faire couper les cheveux de façon qu'ils ne touchent pas leur col²⁷ ainsi que la pénalisation de pratiques homosexuelles sadomasochistes entre adultes consentants lorsque le préjudice causé était grave²⁸. Toutefois, une distinction supplémentaire a été tracée entre l'expression de la sexualité dans l'art et la littérature – pour laquelle une large marge d'appréciation a été concédée au motif de ce que les différentes sociétés ont des

conceptions différentes de ce qui se fait ou pas²⁹ – et l'expression de la sexualité dans des relations homosexuelles sadomasochistes entre hommes adultes consentants, où il n'existe pas la moindre marge d'appréciation de ce chef à l'heure actuelle parce que, selon la Cour, même une forte aversion nationale pour un tel comportement ne saurait l'emporter face à l'importance intrinsèque du droit en cause³⁰. Des marges d'appréciation variables ont été également reconnues s'agissant de l'exception tirée de la « défense de l'ordre et la prévention du crime », souvent invoquée pour justifier une atteinte aux droits protégés par les articles 8 et 10. On ne saurait toutefois trop se livrer à des généralisations à propos de ces décisions car la conception de la Cour de la proportionnalité de l'action des autorités ainsi que son appréciation de l'importance intrinsèque du droit et de l'intérêt public particulier en l'espèce ont joué un rôle déterminant dans la solution adoptée³¹.

III. Article 14

Le libellé de la clause de non-discrimination de l'article 14 pourrait faire penser que la discrimination est une question objective. Mais, dans l'affaire de principe « *linguistique belge* », la Cour a défini la discrimination comme une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention, qui « manque de justification raisonnable et objective »³². Cela a amené à différencier une « distinction de traitement », qui peut se justifier en vertu de la Convention, et une « discrimination », qui emporte violation de l'article 14³³. Dans toute une série d'arrêts, la Cour a dégagé quatre critères permettant de tracer la frontière entre les deux notions. En premier lieu, il doit être démontré que le traitement en cause était moins favorable que celui dont ont bénéficié d'autres groupes comparables dont l'identité résulte normalement de la requête elle-même. Si, par exemple, la discrimination alléguée est fondée sur le sexe, l'élément de comparaison sera constitué par les membres de l'autre sexe, non victimes du désavantage allégué³⁴. En second lieu, c'est à l'Etat de démontrer, à l'aide de faits prouvés, que la pratique est équitable et raisonnable. Cela implique l'énoncé des objectifs généraux que la distinction pratiquée est censée servir³⁵. En troisième lieu, les effets du traitement doivent être disproportionnés par rapport au but général visé et ne pas réaliser « un

juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention »³⁶.

Les deuxième et troisième facteurs ont servi de base à des marges d'appréciation variables, cependant qu'un quatrième – le fait que la pratique en cause ne soit pas considérée comme une discrimination dans d'autres Etats démocratiques – a joué « un rôle décisif » dans la détermination de leur étendue³⁷. Le tracé de la frontière entre distinction et discrimination fait appel à des éléments de politique sociale et, partant, la marge d'appréciation « varie selon les circonstances, les domaines et le contexte »³⁸. Cet élément politique est toutefois une arme à double tranchant. Comme l'a souligné J. Schokkenbroek, la Cour a considéré qu'il existait une présomption de discrimination dans certains cas de différence de traitement – fondée, par exemple, sur le sexe³⁹, la religion⁴⁰, la filiation naturelle⁴¹, la nationalité⁴² – pour le motif exprès ou implicite qu'ils allaient à l'encontre de priorités essentielles de la politique sociale européenne. On peut dire la même chose de la race, mais cette question reste encore à trancher⁴³.

La doctrine a moins approfondi le fait que, dans ce cadre, le pouvoir discrétionnaire de l'Etat se pose à différents niveaux et dépend de toute une série de facteurs qui ne jouent pas s'agissant d'autres dispositions de la Convention. Dès lors qu'une violation de l'article 14 ne peut être invoquée que par rapport à d'autres droits et libertés consacrés par la Convention alors même qu'aucun d'entre eux n'a été violé par ailleurs⁴⁴, elle doit tenir compte de toutes les formes de pouvoir discrétionnaire associées à ces diverses dispositions. C'est ainsi que la large marge d'appréciation reconnue dans le cadre de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 « pèse lourdement sur l'examen, par la Cour, de la question de la discrimination »⁴⁵.

IV. Article 1^{er} du Protocole n° 1

Alors que les théoriciens classiques des droits naturels jugeaient le droit de propriété essentiel, son statut et ses limites ont été beaucoup plus controversés à l'époque de la rédaction de la Convention. Il n'a donc pas été inclus dans le corps de la Convention, pour être consacré dans le Protocole additionnel (rebaptisé Protocole n° 1 lors de la rédaction des autres protocoles). Le texte de l'article 1 de ce protocole résulte d'un

compromis, les termes « le respect de ses biens » remplaçant ceux, plus forts, de « droit de propriété ». De tous les droits garantis par la Convention, il est celui qui est soumis aux limitations les plus larges, ce qui reflète une prise de conscience des buts légitimes que peut avoir l'Etat démocratique libéral de porter atteinte à la propriété privée : politique sociale, planification économique, réglementation, par exemple⁴⁶. Ces restrictions sont de deux ordres. Aux termes du premier paragraphe, toute personne peut être légitimement privée de sa propriété « dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international » (*clause de privation*). Le second paragraphe dispose en outre que cette possibilité ne porte pas atteinte au droit des Etats « de mettre en vigueur les lois qu'*ils jugent nécessaires* [les italiques sont de nous] pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes » (*clause de contrôle*). Le texte de la clause de privation, tout comme d'ailleurs les clauses semblables des articles 15 et 8 à 11, n'autorise pas plus qu'il n'exclut de critère objectif et, partant, il était loisible aux organes de Strasbourg de reconnaître aux Etats une marge d'appréciation pour définir ce qu'est l'intérêt public. En pratique, cela a débouché sur la consécration d'un très large pouvoir discrétionnaire d'atteinte au droit de propriété dès lors qu'un dédommagement raisonnable est offert à ceux qui en sont victimes⁴⁷. Toutefois, la condition d'intérêt général posée dans la clause de contrôle suggère nettement l'existence d'un critère subjectif et, par là même, une marge d'appréciation encore plus étendue. Y. Winidoerffer⁴⁸ estime qu'aux débuts de sa jurisprudence⁴⁹, la Cour a interprété cette idée en ce sens que les Etats étaient les seuls juges de la nécessité d'une ingérence alors que, par la suite, elle a intégré dans son raisonnement la notion de proportionnalité⁵⁰. Cela postule, dans ce cadre, la prise en compte des circonstances de l'espèce⁵¹, une attention toute particulière étant portée à la prévention de l'arbitraire, l'existence d'autres possibilités propres à aboutir au but recherché, la présence de garanties de procédure et les conséquences de cette ingérence pour les personnes en cause⁵².

Rien n'a toutefois été fait pour définir le sens de l'intérêt général ou public dans ce contexte et, encore que la Cour fasse souvent usage de la notion d'équilibre, concrètement la généralité des dispositions de l'article 1 signifie

que, pour obtenir gain de cause, le requérant doit démontrer que la restriction prévue par la loi était déraisonnable⁵³. Comme le souligne Y. Winidoerffer⁵⁴, l'examen de la Cour se limite donc, en pratique, à vérifier si, dans l'abstrait, une ingérence au titre de la clause de privation poursuivait un intérêt légitime, tel que la lutte contre l'évasion fiscale⁵⁵, l'encouragement de la justice sociale⁵⁶ ou la politique agricole ou forestière⁵⁷. De même, s'agissant de la clause de contrôle, les organes de Strasbourg se bornent à examiner, dans l'abstrait, la légitimité de l'objectif, la protection de la morale⁵⁸, la réglementation de la vente d'alcool⁵⁹, l'aménagement du territoire⁶⁰, la protection de l'environnement⁶¹, la politique du logement⁶² et la prévention du crime⁶³. Il a été avancé que, en vertu de ces deux dispositions, l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'Etat pour ce qui est tant de l'objectif poursuivi que de la proportionnalité des mesures adoptées en vue de sa réalisation demeure si large que ce n'est que dans des cas limites que la Cour est amenée à constater une violation de l'article 1 du Protocole n° 1⁶⁴. Un constat difficile à critiquer dès lors que, comme le suppose la Cour, les victimes d'une atteinte au droit de propriété sont indemnisées.

Chapitre 2

Interprétation de la Convention

Si les études traditionnelles de jurisprudence ont été d'une grande utilité en révélant la manière dont la marge d'appréciation a été appliquée dans différents contextes, le besoin se fait sentir, à l'heure actuelle, de discerner des types de pouvoir discrétionnaire (ou types de marge d'appréciation) en identifiant les méthodes d'interprétation implicitement ou explicitement prévues par la Convention. Lorsqu'on aborde ainsi le sujet, plusieurs questions sortent de l'ombre. D'abord, le libellé abstrait et général du texte ainsi que le besoin d'interprétation du sens et de l'objectif globaux de la Convention rendent inévitable l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire tant par les autorités nationales que par la Cour⁶⁵. On ne saurait donc justifier l'opinion niant toute marge d'appréciation aux Etats lors de l'interprétation de leurs obligations⁶⁶. En second lieu, il est de plus en plus patent que l'examen des paramètres du pouvoir discrétionnaire de la Cour s'impose également⁶⁷. En troisième lieu, nul ne saurait nier l'apparition de différents types de pouvoir discrétionnaire selon le contexte, les motifs et les différents principes d'interprétation analysés ci-après⁶⁸. Pas plus la jurisprudence que les commentaires auxquels elle donne lieu ne sont toujours clairs sur ce point. La Cour, à l'inverse, a recouru à la marge d'appréciation au lieu de se livrer à un examen minutieux et approfondi⁶⁹ précisant l'impact de ces principes. En fait, il s'agit là d'une des principales sources de confusion de la jurisprudence sur la Convention en la matière. En quatrième lieu, tout exercice légitime d'un pouvoir d'évaluation ou de choix par les autorités nationales ne constitue, bien évidemment, pas un cas de « marge d'appréciation » puisque, historiquement, la doctrine a vu le jour dans un contexte et pour des motifs tout-à-fait précis⁷⁰. En fin de compte, les organes de Strasbourg n'ont tendance à invoquer la marge d'appréciation que face à une décision reflétant un équilibre subtil. Lorsque

le rejet ou l'admission de l'argumentation de l'Etat ne fait pas de doute, ils tendent à l'ignorer⁷¹.

La recherche des réponses à la question fondamentale – quels sont les modèles de pouvoir discrétionnaire et de contrainte qu'offrent aux autorités nationales et à la Cour les méthodes d'interprétation qu'autorise la Convention dans le cadre de conflits déterminés – doit commencer avec l'article 31, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Il dispose que les conventions internationales doivent s'interpréter de bonne foi d'après le sens naturel et ordinaire de leurs termes dans leur contexte et à la lumière de leur but et de leur objet. Différents principes essentiels d'interprétation de la Convention découlent de ce « principe téléologique ». On analysera ci-après ceux qui présentent une importance particulière pour le présent sujet⁷².

I. Protection effective

Le principe de protection effective, inhérent au texte plutôt qu'explicitement posé, commande qu'au vu de la fonction première de la Convention, qui est la protection effective des droits de l'homme plutôt que la mise en œuvre d'obligations mutuelles entre Etats, ses dispositions ne devraient pas s'interpréter de manière stricte par déférence à l'égard de la souveraineté nationale⁷³. La Cour a également exprimé cette idée en d'autres termes, proclamant, par exemple, que les restrictions imposées aux droits ne sauraient méconnaître leur « essence même »⁷⁴ et que la Convention ne pouvait pas s'interpréter d'une manière conduisant à un résultat déraisonnable et absurde⁷⁵. Encore que le principe de protection effective constitue en soi une limitation virtuellement importante du pouvoir discrétionnaire de l'Etat, il n'exclut pas des différences procédurales et techniques entre Etats lors de la mise en œuvre détaillée des obligations de la Convention – dans leurs systèmes judiciaire, scolaire et électoral, par exemple – sous réserve du respect du principe de proportionnalité⁷⁶. Comme le soutient J. Schokkenbroek, même si l'on peut dire que ces différences relèvent de la marge d'appréciation des Etats, il serait plus approprié de parler de « liberté de mise en œuvre » (ou de « mise en œuvre discrétionnaire »), ce qui n'est pas du tout la même chose ; nous dirons pourquoi plus tard⁷⁷.

II. Légalité

Le principe de légalité (ou de prééminence du droit), un des idéaux fondamentaux du Conseil de l'Europe, postule que tout acte de l'Etat soit soumis à des obligations légales de forme effectives contre l'arbitraire du pouvoir exécutif ou administratif. L'importance de ce principe s'exprime tout au long de la Convention sous des formes diverses. C'est ainsi que l'article 2, paragraphe 1, proclame que « le droit à la vie de toute personne est protégé par la loi », cependant que le droit à la liberté et à la sûreté, consacré à l'article 5, connaît toute une série d'exceptions légitimes limitées sous réserve qu'elles s'exercent « selon les voies légales ». Le droit à un procès équitable consacré à l'article 6 implique un jugement « rendu par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi » et l'article 7 interdit toute condamnation ou punition non prévues par la loi. Comme on l'a déjà mentionné, les droits au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté de réunion et d'association ne peuvent être soumises aux restrictions figurant au deuxième paragraphe des articles 8 à 11 que si elles sont « prévues par la loi » et « nécessaires dans une société démocratique ». L'article 12, quant à lui, reconnaît le « droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

La définition de la notion de « loi » a donc été une des tâches centrales des organes de Strasbourg⁷⁸ et, dans toute une série d'arrêts sur les articles 8 à 11, la Cour a dégagé quatre éléments constitutifs de cette notion⁷⁹ : Le système juridique interne sanctionne-t-il l'infraction ? La disposition juridique en cause est-elle accessible au citoyen ? Est-elle suffisamment précise pour permettre raisonnablement au citoyen de prévoir les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé ? La loi prévoit-elle des garanties adéquates contre une ingérence arbitraire dans le droit substantiel concerné ? L'effet évident est de limiter le pouvoir discrétionnaire des organes exécutifs et administratifs nationaux au profit de celui des juridictions nationales. Malheureusement, la notion de marge d'appréciation est trop lâche pour refléter cette répartition subtile des responsabilités. La « déférence à l'égard du pouvoir judiciaire national » manifestée par les institutions de Strasbourg a plusieurs conséquences. D'abord, ce qu'on entend par « loi » peut varier d'un Etat à l'autre. Le

droit interne peut donc englober le droit écrit et le droit non écrit créé par les juridictions de la *common law*⁸⁰, les obligations juridiques internationales applicables à l'Etat en question⁸¹ et toute une gamme de sources secondaires, décrets royaux, décrets d'urgence et règlements internes dérivés de la loi⁸². En second lieu, à peine la Convention promulguée, l'évidence s'est imposée qu'une requête invoquant une erreur de fait commise par une juridiction était irrecevable⁸³. En troisième lieu, arguant qu'elles sont mieux placées pour en juger, la Cour et la Commission ont reconnu aux autorités judiciaires nationales un large pouvoir discrétionnaire pour interpréter le droit interne et se prononcer sur le respect ou le non-respect des procédures législatives⁸⁴. En quatrième lieu, le niveau de précision exigé d'une loi déterminée dépend du domaine considéré⁸⁵ et la Cour a admis que le caractère prévisible des conséquences pouvait requérir l'avis d'un expert⁸⁶. Une loi conférant un pouvoir d'appréciation aux organes exécutifs ou administratifs doit en fixer la portée, encore que ces détails puissent fort bien figurer dans des directives ou des instructions administratives et non dans le texte de loi lui-même⁸⁷. Les organes de Strasbourg ont reconnu que cette nécessité s'imposait tout particulièrement lorsque l'exécutif dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, surtout lorsqu'il s'exerce en secret. C'est ainsi que, dans toute une série d'arrêts, tout en admettant que des mesures de surveillance secrète puissent se justifier en vertu de plusieurs des exceptions visées à l'article 8, paragraphe 2, la Cour a déclaré qu'il devait exister des contrôles formels adéquats (d'ailleurs, pas nécessairement judiciaires) offrant un dispositif effectif de protection contre tout ciblage arbitraire ou hasardeux⁸⁸. Il est toutefois permis d'affirmer qu'il devrait exister, dans de tels cas, une plus forte présomption en faveur du contrôle judiciaire, l'Etat défendeur étant tenu de s'expliquer lorsqu'il n'y a pas recouru⁸⁹.

III. Démocratie

Le principe de démocratie, lui aussi un idéal fondamental du Conseil de l'Europe, tend à aller dans la direction opposée à celle des principes de protection effective et de légalité. Le Préambule de la Convention proclame la croyance des Etats membres que le maintien des droits de l'homme et des libertés fondamentales repose essentiellement sur un « régime véritablement démocratique ». Toutefois, et il s'agit là d'un

paradoxe, les intérêts démocratiques et la protection des droits de l'homme peuvent entrer en conflit. Pour certains théoriciens des droits, un droit subjectif est une prétention ou un intérêt qui, de par sa nature même, doit l'emporter sur les prétentions nées de l'intérêt collectif⁹⁰. Pour d'autres, si le terme de « droit » signifie bien un intérêt particulièrement important, digne d'une forte protection institutionnelle, cela ne justifie nullement sa suprématie à l'égard d'autres considérations démocratiques⁹¹.

S. Marks soutient que, alors qu'à ses débuts la conception de la démocratie retenue par la jurisprudence des organes de la Convention était marquée par une « forte opposition au "totalitarisme" », elle est devenue, par la suite, beaucoup plus nuancée, se distinguant de « l'absence de garanties adéquates contre un exercice arbitraire du pouvoir, même par le plus inoffensif des Etats-providence »⁹². Depuis, cette conception s'est encore affinée pour inclure des notions telles que la séparation des pouvoirs et le principe de responsabilité⁹³. Récemment, la Cour a déclaré que « la démocratie apparaît (...) comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle »⁹⁴. Tant la Cour que la Commission se sont, par ailleurs, efforcées d'identifier ceux des droits garantis par la Convention qui sont le plus essentiels à une société démocratique, surtout à propos de conflits surgis sur le terrain des articles 8, paragraphe 2, à 11, paragraphe 2, qui, on l'a déjà indiqué, impliquent un contrôle de la nécessité démocratique. Le caractère tout particulièrement essentiel de la liberté d'expression n'a cessé d'être souligné⁹⁵. Mais, comme le fait remarquer S. Marks⁹⁶, le droit de réunion pacifique⁹⁷, la liberté de fonder un syndicat et la liberté d'y adhérer⁹⁸, la liberté de ne pas subir d'endoctrinement étatique à l'école⁹⁹, le droit à un procès équitable¹⁰⁰, le droit à la liberté et à la sûreté¹⁰¹, la liberté contre une détention arbitraire¹⁰² et la liberté d'association politique¹⁰³ ont également été mentionnés dans ce cadre. La Cour a également affirmé que « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »¹⁰⁴ font partie des « fondements essentiels » d'une démocratie, que « la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité »¹⁰⁵ et qu'elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et évite tout abus d'une position dominante¹⁰⁶. Mais les organes de Strasbourg n'ont guère poussé plus loin leur tentative de dégager une véritable théorie de la démocratie¹⁰⁷ et ont plutôt concentré leur attention

sur la nécessité d'une ingérence justifiée par des motifs d'intérêt public dans les circonstances de l'espèce¹⁰⁸. L'idéal voudrait que la Cour ait une conception cohérente des rapports généraux entre droits, démocratie et intérêt public. Mais, au vu de l'extrême difficulté pour y parvenir, compte tenu notamment du peu d'indications de la part des juristes et autres à cet égard, il n'est sans doute pas surprenant qu'il n'en soit pas ainsi.

IV. Communauté, interprétation autonome et évolutive

Le principe de l'interprétation autonome, qui veut que certaines des dispositions-clés de la Convention soient définies de manière autoritaire par la Cour quelle que soit l'acception qu'en ont les Etats membres¹⁰⁹, restreint potentiellement la marge d'appréciation de l'Etat défendeur. Ce principe est, à son tour, limité par celui de communauté, qui se manifeste dans la Convention sous quatre formes différentes. D'abord, le « principe de l'unité », inscrit dans le Préambule, affirme que « le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres » et que l'un des moyens d'atteindre ce but est « la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». En second lieu, le principe de « conception commune » postule que le maintien des libertés fondamentales repose essentiellement sur « une conception commune et un respect commun » des droits de l'homme. En troisième lieu, le « principe du patrimoine commun » proclame que la Convention découle du « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit » des Etats européens. En quatrième lieu, le « principe de l'interprétation évolutive et dynamique » autorise la Cour à renoncer à une conception démodée de l'acception initiale corroborée, par exemple, par les travaux préparatoires, pour se rallier aux changements substantiels et durables que connaît l'opinion publique européenne¹¹⁰. Dans la mesure, toutefois, où, même combinées entre elles, les différentes manifestations du principe de communauté ne sauraient justifier une uniformité rigide, elles autorisent une certaine marge de variation dans l'interprétation, par les Etats, de leurs obligations au titre de la Convention.

V. Subsidiarité et contrôle

Plusieurs des normes du système de la Convention indiquent que la Cour joue un rôle subsidiaire par rapport à celui des Etats membres et exerce plus une fonction de contrôle que celle d'une cour d'appel statuant en dernier ressort ou d'une « quatrième instance »¹¹¹. Les articles 1 et 13 consacrent, à l'évidence, la priorité de l'action des autorités nationales pour mettre en œuvre les droits et libertés garantis par la Convention et leur obligation de rendre effectifs les recours existants. De même, l'article 35 impose-t-il aux requérants d'épuiser les voies de recours internes avant de saisir la Cour. Une des illustrations les plus patentes de la manière dont ces principes affectent le pouvoir discrétionnaire des Etats recoupe le principe de légalité, puisqu'il s'agit de la latitude reconnue aux juridictions nationales pour établir les faits et interpréter le droit interne¹¹². C'est l'article 19 qui incarne le mieux la fonction de contrôle puisqu'il proclame que « le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention » est assuré par la Cour européenne des Droits de l'Homme¹¹³.

VI. Proportionnalité

Le principe de proportionnalité, dans un certain sens *l'alter ego* du principe de protection effective, a exercé une influence diffuse dans toute la jurisprudence sur la Convention touchant à la détermination des rapports entre les différents concepts, normes, intérêts et droits consacrés par la Convention¹¹⁴. Son absence de mention dans la Convention ne permet pas de douter qu'il s'agit bien d'une création jurisprudentielle absolument justifiée. Pour l'essentiel, c'est surtout à propos des limitations aux droits visés aux articles 8, paragraphe 2, à 11, paragraphe 2, qu'on a débattu du sens qu'il y a lieu de lui donner.

Afin d'apprécier la proportionnalité d'une ingérence dans un droit, il convient d'en examiner à la fois l'impact sur ce droit, les motifs, les effets dans le chef du requérant ainsi que le contexte. Pour ce qui est des motifs de l'ingérence, l'importance des circonstances locales et la difficulté d'évaluer de manière objective le poids respectif de buts opposés jouent un rôle essentiel. Mais il n'est pas toujours évident de savoir à qui incombe la preuve que l'ingérence a été proportionnée. La Cour et la Commission ont

utilisé diverses expressions pour exprimer l'idée que les droits garantis par la Convention devraient avoir la priorité et que c'est à l'Etat qu'il revient de justifier l'ingérence¹¹⁵. C'est ainsi que les motifs doivent être « pertinents et suffisants »¹¹⁶, que la nécessité d'une restriction doit être « établie de façon convaincante »¹¹⁷, que les exceptions sont d'interprétation stricte¹¹⁸ et que l'ingérence doit répondre à « un besoin social impérieux »¹¹⁹. Si ces exigences tendent à limiter, en principe, la portée du pouvoir discrétionnaire de l'Etat, les circonstances particulières de l'espèce et la situation régnant dans le pays en cause à l'époque des faits peuvent, à l'inverse, l'élargir en pratique¹²⁰. D'autres décisions, en revanche, mentionnent la nécessité d'un « équilibre » entre droits et exceptions¹²¹.

VII. Harmonisation et pluralisme

La mise en œuvre de tous les principes développés ci-dessus aboutit parfois à une certaine confusion avec deux autres procédés liés à l'interprétation de la Convention – harmonisation et maintien du pluralisme – sans constituer pour autant, à proprement parler, des principes d'interprétation. Dans certains cas, le principe de communauté peut jouer au profit de l'harmonisation, cependant que les principes de démocratie et de subsidiarité peuvent aller dans l'autre direction. Encore qu'une pratique européenne commune puisse fortement plaider en faveur d'une limitation du pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans un cas déterminé, elle ne suffira pas, en général, à elle seule à être déterminante à cet égard. Dans l'affaire des droits des homosexuels, par exemple, et bien que cela ne se soit pas officiellement exprimé en ces termes, on peut dire que la Cour a privilégié les principes de protection effective, de contrôle et de communauté (l'interprétation évolutive surtout) par rapport aux principes de subsidiarité et de démocratie parce que l'intérêt particulier en jeu – relations sexuelles entre adultes librement consentants – semblait d'une importance vitale pour le bien-être des individus¹²². Il en est résulté une harmonisation de la dépénalisation des relations homosexuelles entre adultes consentants dans tous les Etats membres. Dans la mesure toutefois où l'expression de la sexualité dans l'art ou la littérature a semblé moins vitale pour l'individu (ou constituer un type d'expression moins important pour la démocratie pluraliste que l'expression des idées politiques au sens strict), on a fait pencher la balance dans l'autre sens et toléré la diversité nationale des

pratiques¹²³. Harmonisation et pluralisme constituent ainsi plutôt les résultats *politiques* d'une certaine conception du pouvoir discrétionnaire de l'Etat, issue d'une conception *juridictionnelle* particulière de l'interaction entre les principes d'interprétation dans certains contextes, que les motifs mêmes de ce pouvoir discrétionnaire.

Chapitre 3

Interprétation et pouvoir discrétionnaire

Il n'est pas possible d'exposer dans l'abstrait le mode d'interaction des principes d'interprétation analysés ci-dessus. Mais il est évident qu'ils proposent divers modèles de pouvoir discrétionnaire et de contrainte selon leur combinaison, leur poids respectif et leur application dans les différents contextes. On a déjà parlé de deux types particuliers de pouvoir discrétionnaire, confondus par erreur avec des cas de marge d'appréciation, qui découlent directement de principes donnés : la « liberté de mise en œuvre », issue des principes de protection effective et de proportionnalité et la « déférence à l'égard de l'autorité judiciaire nationale », issue du principe de légalité. Ces deux cas mis à part, si l'on veut se faire une idée plus précise de la façon dont les principes d'interprétation engendrent différents types de pouvoir discrétionnaire et de contrainte, il y a lieu de distinguer trois contextes différents. En premier lieu, l'essence même de la marge d'appréciation se trouve dans le cas de décisions impliquant une évaluation équilibrée entre droits, d'une part, intérêt public ou besoins de la démocratie, de l'autre, car les principes de protection effective, de démocratie, de légalité, de subsidiarité, de contrôle, de communauté et de proportionnalité postulent que la réalisation de cet équilibre soit partagée entre les juridictions (y compris la Cour européenne des Droits de l'Homme) et les organes administratifs et exécutifs nationaux. En second lieu, les principes de protection effective, de contrôle, d'interprétation autonome et évolutive, de communauté et de légalité se conjuguent pour indiquer que la définition des droits et obligations en l'absence d'intérêt public ou de considérations démocratiques est essentiellement une tâche juridictionnelle relevant, pour être plus précis, du domaine de la Cour européenne des Droits de l'Homme plutôt que de celui des juridictions nationales. Il ne saurait toutefois être question ici de marge d'appréciation à proprement parler,

même si cette expression a été utilisée à ce propos. En troisième lieu, il existe toute une série de cas hybrides impliquant, pour l'essentiel, des questions de définition combinées avec des considérations d'intérêt public, qui mélangent à des degrés divers les autres formes.

I. Droits, démocratie et intérêt public

Les rapports entre droits, démocratie et intérêt public ne sont pas linéaires. Alors que plusieurs théories s'opposent sur la signification de l'intérêt public¹²⁴, peu d'écrits se consacrent à l'examen de leur relation aux théories des droits¹²⁵. A cette complexité s'ajoute le fait qu'on peut dire d'un système réussi de droits de l'homme qu'il est d'« intérêt public ». Le texte de la Convention distingue deux catégories d'intérêt public. D'une part, la sauvegarde de la démocratie qui, aux termes de l'article 15, autorise la suspension de tous les droits à l'exception des droits intangibles « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation ». Il s'agit sans conteste d'une forme d'intérêt public, encore que le libellé de l'article ne fasse pas expressément usage de ce terme. D'autre part, toute une gamme d'intérêts publics plus précis doivent être mis en balance avec différents droits dans toute une série de circonstances non exceptionnelles visées aux articles 8 à 11 et à l'article 1 du Protocole n° 1.

A. La démocratie en crise : la dérogation prévue à l'article 15

Le recours aux principes d'interprétation examinés plus haut permet d'analyser comme suit le pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans le cadre de l'article 15. Premièrement, si le texte autorise une interprétation objective tant de la justification de la dérogation que du caractère adéquat des mesures adoptées – relevant de la Cour de Strasbourg en vertu du principe de contrôle –, les principes de démocratie, de subsidiarité et de proportionnalité impliquent, eux, une large part de pouvoir discrétionnaire de l'Etat. La raison en est que tout danger authentique place les autorités démocratiques face à un véritable dilemme : tenter de respecter leurs obligations normales au titre de la Convention ou exercer le droit que leur reconnaît l'article 15 d'y déroger si les circonstances le permettent. Apprécier l'apparition de ces circonstances n'est pas normalement chose aisée et peut amener à devoir mettre en balance des intérêts publics

contradictoires, régime des droits de l'homme d'un côté, stabilité et ordre de l'autre. On ne saurait légitimement interpréter la Convention comme postulant le maintien des droits qu'elle consacre, même au risque de désintégration d'une démocratie nationale donnée, nécessairement inhérent à la limitation de l'aptitude de celle-ci à s'attaquer efficacement aux troubles civils. Chaque situation de danger peut amener à adopter un certain nombre de réactions proportionnées, entre lesquelles le choix ne peut que s'avérer délicat. Trois motifs surtout commandent de le confier aux autorités nationales. D'abord, elles sont sur le terrain et, partant, mieux placées, en principe, pour adopter la décision qui s'impose (argument déjà évoqué de la meilleure position). En second lieu, ce choix est, par nature, plus politique que judiciaire et peut être fort controversé dans l'Etat en cause. En troisième lieu, différentes situations d'urgence peuvent commander des réponses variant selon les pays. En l'absence de tentative explicite de la Cour, depuis l'affaire *Irlande c/ Royaume-Uni*¹²⁶, pour rattacher l'étendue de la marge d'appréciation à divers types d'Etats (démocratie solide, démocratie en herbe, régime révolutionnaire ou répressif)¹²⁷, cette idée est difficile à concilier avec le cadre d'interprétation de la Convention dès lors que la légitimité d'une mesure discrétionnaire de l'Etat à cet égard s'apprécie, pour l'essentiel, à l'aune du caractère plausible de la preuve que l'intégrité *démocratique* de l'Etat en cause est menacée et ne peut être défendue que par des mesures extraordinaires¹²⁸. Malgré, donc, la claire justification du pouvoir discrétionnaire de l'Etat au titre de l'article 15, le principe de démocratie montre profil haut.

B. La mise en balance des droits et des intérêts publics

En gros, la raison d'être du pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans le cadre de l'article 15 vaut également pour l'article 1 du Protocole n° 1 ainsi que pour les articles 8 à 11. Pour ce qui est de l'article 1 du Protocole n° 1, la méthode d'évaluation des droits et de l'intérêt public qui s'impose est nette même si les décisions particulières ne le sont pas. L'appréciation de l'intérêt public est, certes, l'élément capital mais l'exigence de légalité impose également une contrainte en termes de procédure en ce qui concerne les restrictions au droit de propriété. L'action de l'organe exécutif ou administratif national doit donc reposer sur une base légale et être soumise au contrôle juridictionnel interne, le principe de la protection effective

venant justifier l'attente d'une réparation. Quoique les termes de cette loi puissent être vagues et le montant de la réparation variable, les principes de démocratie et de proportionnalité ainsi que l'argument de la meilleure position interdisent toutefois de parler nécessairement d'illégitimité dans ce cadre.

Cependant, la jurisprudence de Strasbourg comporte trois points faibles, qui ont créé une grande confusion conceptuelle au sein du schéma complexe de pouvoir discrétionnaire et de contrôle résultant des principes d'interprétation en ce qui concerne les articles 8 à 11. En premier lieu, la Cour et les commentateurs de sa jurisprudence ont négligé de manière éclatante de procéder à une distinction vitale : si certains des buts légitimes justifiant les restrictions visées au paragraphe 2 constituent, à l'évidence, des « intérêts publics au sens propre » – c'est ainsi qu'il ne saurait y avoir de droit individuel aux biens essentiellement collectifs que sont la « sécurité nationale » ou l'« intégrité territoriale » – d'autres peuvent, au gré des circonstances, représenter des « intérêts publics » ou des « droits individuels ». A titre d'exemple, l'expression « la divulgation d'informations confidentielles » qui figure à l'article 10, paragraphe 2, peut se référer tant à l'intérêt public de la protection des secrets en général qu'au droit individuel au respect d'un secret particulier. Même l'expression « protection de la réputation ou des droits d'autrui », qui évoque, à première vue, des droits purement individuels, peut mettre en jeu des considérations d'intérêt public. C'est ainsi qu'au vu de ce que la diffamation est largement une question de fait, la Cour européenne des Droits de l'Homme a fait preuve de réticence pour critiquer les jugements des juridictions nationales dès lors qu'elle était convaincue que le droit interne opère une nette distinction entre liberté d'expression (un droit individuel) et dommage injustifié porté à la réputation d'autrui (violation d'un droit individuel)¹²⁹. On peut voir là une application par excellence du principe de légalité¹³⁰. La Cour a toutefois admis une marge de critique des hommes politiques plus large en certaines circonstances que ce qu'autorise le droit interne au motif que, à défaut, il risquerait d'y avoir entrave à la libre expression exigée par toute politique démocratique, élément d'intérêt public incontestable¹³¹.

En second lieu, les organes de Strasbourg ont implicitement reconnu que les principes de démocratie et de subsidiarité suggèrent l'existence d'une

certaine discrétion des organes exécutifs ou administratifs nationaux, certes limitée par les principes de protection effective, de contrôle, de communauté et de proportionnalité, pour apprécier la « nécessité démocratique » d'une restriction apportée au nom d'un intérêt public déterminé à l'un des droits visés au paragraphe 1. Mais ces mêmes organes ont négligé de reconnaître que tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de résoudre des conflits entre droits garantis par la Convention et exceptions autorisées aux droits individuels, comme on le verra plus en détail au point II.B de ce chapitre.

En troisième lieu, la confusion règne sur le point de savoir s'il doit y avoir priorité des droits visés au premier paragraphe ou des exceptions d'intérêt public visées au second paragraphe ou équilibre entre les deux. Comme on l'a déjà laissé entendre, il est difficile de résoudre ce dilemme de façon définitive, que ce soit en vertu d'une doctrine politique ou juridique ou par référence aux principes fondamentaux qui animent la Convention. Il n'empêche que la Cour serait mieux inspirée de choisir l'une ou l'autre des alternatives qui s'offrent à elle et de s'y tenir plutôt que de trancher, de manière apparemment arbitraire, le conflit dont elle est saisie. Une solution dans cette voie serait de poser une présomption beaucoup plus nette, quoique réfragable en faveur des droits protégés par la Convention, les exceptions d'intérêt public s'interprétant alors de façon restrictive¹³². Après tout, que le système de Strasbourg soit plus concerné par la protection des droits de l'homme dans un contexte démocratique que par la protection de la démocratie dans un contexte de droits de l'homme n'est pas seulement une question de sémantique. Les Etats auraient alors une obligation de preuve plus claire quant à la nécessité de restreindre le droit en cause eu égard aux circonstances de l'espèce au nom de l'intérêt public invoqué. Il conviendrait, par ailleurs, d'articuler de manière plus approfondie et systématique l'hypothèse implicite évoquée à Strasbourg d'une hiérarchie des droits protégés par la Convention, certains d'entre eux étant plus essentiels que d'autres à une société démocratique¹³³.

II. Définition des droits et obligations

La Convention connaît deux cas dans lesquels la détermination de l'étendue des droits et obligations ne laisse place, en principe, à aucun

pouvoir discrétionnaire des organes exécutifs ou administratifs nationaux. Il s'agit d'abord des droits absolus qui, par définition, ne sauraient l'être si leur application est variable. En second lieu, les principes de protection effective, de contrôle, d'interprétation autonome et de communauté suggèrent que l'appréciation des rapports entre les droits garantis par la Convention ou entre un droit garanti par la Convention et une « exception à un droit » au sens des articles 8 à 11 impose à la Cour européenne des Droits de l'Homme d'assumer la tâche juridictionnelle par essence de *définir* quand un droit commence et quand un autre finit. L'absence de possibilité d'évaluation de l'intérêt public exclut l'éventualité d'un quelconque pouvoir discrétionnaire des organes exécutifs ou administratifs de l'Etat, encore que le principe de légalité puisse autoriser un certain pouvoir discrétionnaire du pouvoir judiciaire national.

A. Droits absolus

La Convention ne comporte que quatre droits absolus, en ce sens que leur restriction ou leur suspension ne peut se justifier même en cas de danger public : le droit de ne pas être soumis à la torture ou à une peine ou à un traitement inhumain ou dégradant¹³⁴, le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude¹³⁵, le droit de ne pas être condamné pour un comportement qui ne constituait pas une infraction lorsqu'il s'est produit¹³⁶ et le droit de ne pas se voir infliger, pour une infraction, une peine plus forte que celle applicable lors de sa commission¹³⁷. On peut discuter du point de savoir si un certain comportement constitue ou non une « torture ». Mais permettre à une définition nationale de l'emporter sur celle de la Cour reviendrait à introduire un élément de relativité non seulement incompatible avec le sens clair du texte de l'article 3 mais encore opposé à l'esprit absolu et universaliste qui anime ces dispositions. Cela n'empêche pas la Cour de tenir compte des circonstances de l'espèce, de l'appréciation portée par les juridictions internes ainsi que de l'avis d'experts médicaux¹³⁸. Mais cela veut dire que les mêmes circonstances doivent avoir les mêmes conséquences dans tous les cas. C'est la raison pour laquelle, dans l'affaire *Tyrrer*, la Cour a, en fait, recouru aux principes d'interprétation évolutive et de communauté pour examiner si, en général, au sein des Etats membres, un châtiment judiciaire corporel constituait une peine dégradante¹³⁹.

Comme le souligne J. Callewaert, étant donné que ces considérations valent également pour l'article 4, il n'est pas étonnant que la Cour n'ait pas évoqué la marge d'appréciation dans aucune des trois affaires se rapportant à cet article¹⁴⁰. Encore qu'il ne soit pas absolu dans le même sens puisqu'il est soumis à un certain nombre de limitations et d'exceptions, le droit à la vie consacré à l'article 2 se trouve dans une position analogue. Dans ses trois décisions de principe touchant à cet article, la Cour n'a pas davantage interprété la condition « absolument nécessaire » en ce sens qu'elle comporterait une marge d'appréciation, encore que « les autorités nationales puissent alléguer être plus proches des événements concernés »¹⁴¹. Cela peut se justifier au nom des principes de la protection effective et de l'interprétation autonome qui, dans ce contexte, postulent le besoin d'éviter l'absurdité qui consisterait, dans le cas contraire, à autoriser des variations nationales s'agissant du droit à la vie tout en insistant sur l'uniformité s'agissant du droit, moins important, à la protection contre tout traitement dégradant.

B. Conciliation des conflits entre droits

Tout comme d'autres traités relatifs aux droits de l'homme, la Convention n'établit, normalement, pas de hiérarchie des droits, pas plus qu'elle ne prescrit de mode particulier de solution des litiges qui surgissent entre eux. Soumises aux principes d'interprétation, ces tâches relèvent ainsi largement du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Une disposition reconnaît toutefois expressément la possibilité, pour certains droits, de l'emporter sur d'autres dans des circonstances données. L'article 6, paragraphe 1, dispose que la presse et le public peuvent être exclus de l'audience, et porte ainsi atteinte au droit à la publicité de l'instance lorsque, par exemple, « les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque, dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à nuire à l'intérêt de la justice ». Selon MM. Harris, O'Boyle et Warbrick, « parmi les rares affaires auxquelles a donné lieu » cette disposition, « il n'en est pas une qui fasse appel à des termes se rattachant à la marge d'appréciation et la Commission et la Cour ont apprécié le besoin de restriction sans indiquer si l'Etat défendeur se voyait réserver un quelconque pouvoir discrétionnaire. »¹⁴² La marge de latitude des organes exécutifs ou

administratifs est limitée ici pour deux raisons. D'une part, c'est aux tribunaux qu'il incombe de définir ce qu'exigent les « intérêts des mineurs » ou « la vie privée des parties » dès lors qu'il s'agit là de droits individuels n'impliquant aucun élément d'intérêt public. D'autre part, encore que « l'intérêt de la justice » puisse s'interpréter soit comme l'intérêt public dans le processus de mise en œuvre de la justice soit comme le droit individuel d'une partie à voir le litige tranché en sa faveur, l'article 6, paragraphe 1, fait dépendre l'application de cette clause du jugement du tribunal, excluant ainsi toute possibilité de pouvoir discrétionnaire des organes exécutifs ou administratifs.

On a déjà toutefois indiqué que la Cour et les commentateurs de sa jurisprudence ont négligé de reconnaître que l'harmonisation entre les exceptions aux droits subjectifs visées au second paragraphe des articles 8 à 11 et les droits consacrés au premier paragraphe de ces articles suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire assez différent de celui qui intervient pour l'appréciation des exceptions d'intérêt public et qui exclut toute possibilité de marge d'appréciation nationale au sens strict du terme. Prenons comme exemple la phrase « garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » qui figure à l'article 10, paragraphe 2. Elle peut fort bien évoquer l'intégrité du secteur judiciaire du pouvoir (intérêt public) et pourtant la Cour y a vu plus souvent une référence aux droits des parties au litige¹⁴³. La Cour n'a été disposée à reconnaître qu'une étroite marge d'appréciation au motif que « une assez grande concordance de vues » quant au sens à donner à cette expression ressort du droit interne et de la pratique des Etats membres¹⁴⁴ (application du principe de communauté). Toutefois, même s'il est tout à fait exact qu'il existe un consensus élevé parmi les Etats membres en ce qui concerne le sens de cette phrase pour ce qui est des droits des parties au litige (et on accueillerait volontiers plus de preuves pour l'étayer), la marge d'appréciation est ici une notion inadéquate dès lors que la détermination des rapports entre ces droits et d'autres droits protégés par la Convention devrait relever d'une définition juridictionnelle autonome et ne pas dépendre du tout de décisions des organes administratifs ou exécutifs nationaux. Le résultat final toutefois est le même : il y a peu de place pour des différences nationales.

III. Définition, démocratie et intérêt public

L'interprétation au sens de la Convention implique parfois de définir les droits et obligations par référence également à ce qui les distingue de la démocratie et de l'intérêt public. Cela suppose un certain pouvoir discrétionnaire des organes administratifs et exécutifs nationaux sous le contrôle de la Cour agissant de manière légèrement différente de ce que l'on a vu au point I de ce chapitre. Ces questions se posent surtout lorsqu'il s'agit d'identifier des obligations positives et d'en déterminer l'étendue, de délimiter la portée du pouvoir discrétionnaire des organes exécutifs et administratifs nationaux à l'égard des clauses adjectives en matière d'exceptions aux droits et de différencier entre distinction et discrimination.

A. Identification et exécution d'obligations positives

La plupart des obligations auxquelles s'engagent les Etats en adhérant à la Convention sont, certes, négatives – renoncer à tout acte qui emporte violation de droits –, mais la Cour a interprété certaines des dispositions de ce texte comme impliquant une action positive de leur part pour protéger les droits visés. Etendre ainsi les exigences de la Convention a nécessairement pour corollaire une réduction de la marge de latitude des autorités exécutives et administratives des Etats dès lors que ces derniers n'ont plus le loisir d'interpréter leurs obligations de manière à éviter cette responsabilité supplémentaire. Cette déduction d'obligations positives, qui s'est opérée surtout sur le terrain des articles 8 et 11, et de l'article 2 du Protocole n° 1, dépend entièrement de l'interprétation autonome, par la Cour, des dispositions de la Convention, combinée avec le principe de protection effective, et n'obéit pas à des formules toutes faites¹⁴⁵. Il n'en demeure pas moins que les modalités de mise en œuvre d'une obligation positive déterminée laissent place à une certaine dose de pouvoir discrétionnaire, soumise aux principes de protection effective et de proportionnalité¹⁴⁶. Lorsque les Etats décident d'offrir un service auquel ils ne sont pas tenus aux termes de la Convention – tel un système d'enseignement public – ils doivent l'organiser de manière compatible avec la Convention, en garantissant, par exemple, toute absence de discrimination dans le cadre de son fonctionnement¹⁴⁷.

B. *Pouvoir discrétionnaire d'interprétation des clauses adjectives justifiant des exceptions aux droits*

Tout en l'assortissant de certaines limites, la Cour s'est montrée disposée à accorder une certaine latitude aux Etats pour interpréter des adjectifs ou locutions adjectives peu précis figurant dans les textes, comme « raisonnable », « court délai », ou rencontrés dans la jurisprudence : « arbitraire », « excessif », par exemple. Les articles 5 et 6 sont le terrain privilégié de cette tendance. Dans plusieurs affaires, les organes de Strasbourg ont estimé qu'il y avait lieu de laisser une certaine « marge d'appréciation » aux Etats pour décider si une arrestation ou une détention violait la Convention pour non-respect des exigences de « caractère raisonnable » ou de « court délai »¹⁴⁸. Ici, la justification est évidente. On ne peut définir ces termes dans l'absolu. Dès lors, et dans la mesure où ils ont été appliqués conformément aux principes d'interprétation de la Convention et compte tenu des circonstances, ils autorisent toute une gamme de conduites que les Etats, qui se trouvent sur le terrain, sont mieux placés pour juger. Dans l'affaire *Brogan c/ Royaume-Uni*, par exemple, la Cour a estimé que si la lutte contre le terrorisme peut légitimement avoir pour effet de prolonger la durée de garde à vue avant la traduction des terroristes devant un juge, on ne saurait interpréter le critère de « célérité » avec une souplesse de nature à porter atteinte à « l'essence même » du droit protégé¹⁴⁹. Aux yeux de la Cour, même la plus brève des quatre périodes de garde à vue des quatre requérants, à savoir quatre jours et six heures, était excessive¹⁵⁰. En tout état de cause, les trois critères dégagés par la Cour pour apprécier la notion de délai raisonnable – complexité de l'affaire, attitude du requérant, conduite de l'affaire par les autorités administratives et judiciaires – ont contribué à réduire encore l'étendue du pouvoir discrétionnaire des Etats pour déterminer le caractère raisonnable en l'espèce¹⁵¹.

C. *Distinction et discrimination*

On a fait valoir qu'impliquant une détermination de l'étendue des droits par rapport à l'intérêt général, le pouvoir discrétionnaire reconnu dans le cadre de l'article 14 s'apparente à celui dont les Etats disposent pour apprécier l'existence de l'intérêt public visé aux articles 8, paragraphe 2, à 11, paragraphe 2¹⁵². Mais en réalité, outre le fait que l'article 14 ne

mentionne pas de critère de légalité, certaines différences subtiles doivent être mentionnées. Sur le terrain des articles 8, paragraphe 2, à 11, paragraphe 2, l'Etat admet, normalement, l'existence d'une ingérence qu'il essaie ensuite de justifier au nom de l'une ou l'autre des exceptions d'intérêt public. S'agissant des allégations de violation de l'article 14, l'intérêt général intervient comme critère de *définition* du caractère discriminatoire ou non d'un traitement donné. Les Etats disposent d'une certaine latitude pour opérer cette distinction dans les limites évoquées au point III du chapitre 1. A proprement parler, lorsque des Etats voient communément une discrimination dans une pratique donnée, l'Etat qui n'y voit qu'une simple « distinction » ne jouit d'aucune marge d'appréciation. Dans les cas toutefois où la pratique des Etats varie, la Cour a rarement rejeté le moyen que le traitement particulier constituait une « distinction » et non une « discrimination » dès lors qu'il était possible de déceler un lien plausible avec un intérêt général légitime¹⁵³. Mais la raison d'être de cette argumentation n'a rien à voir avec le principe de démocratie, comme c'est le cas s'agissant des articles 8, paragraphe 2, à 11, paragraphe 2. Elle repose, à l'inverse, sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité en vertu desquels là où il est difficile de différencier entre distinction et discrimination, il n'y a aucune raison de privilégier l'opinion de la Cour par rapport à celle de l'Etat défendeur sauf si, conformément au principe de communauté, la pratique d'autres Etats révèle une distinction plus nette et objective.

Conclusion

La question de la « doctrine de la marge d'appréciation » dans la jurisprudence sur la Convention européenne des Droits de l'Homme appelle donc les conclusions suivantes. En premier lieu, on peut légitimement se demander s'il s'agit véritablement d'une « doctrine » dès lors que font défaut, ici, la spécificité théorique et la cohérence que requiert toute doctrine juridique digne de ce nom. On est plutôt en présence d'une manière pseudo-technique d'évoquer le pouvoir discrétionnaire que les organes de Strasbourg ont estimé reconnu aux Etats par la Convention dans certains cas. L'expression est également trompeuse dans la mesure où elle suggère que les différentes sortes de pouvoir discrétionnaire dont disposent les Etats au titre de la Convention auraient une identité et une raison d'être communes. Or un examen plus minutieux montre qu'il n'en est rien. On a ainsi un bon argument pour renoncer totalement à cette terminologie de la version anglaise des arrêts de la Cour et autres textes où elle pourrait apparaître au profit d'une formule telle que « pouvoir discrétionnaire des autorités exécutives, administratives et judiciaires nationales ». Cet espoir devrait toutefois se révéler vain au vu du poids gagné par cette expression au cours des années. On ne saurait, d'ailleurs, critiquer cet état de choses puisque la Convention reconnaît de façon inéluctable ce pouvoir discrétionnaire tant à la Cour qu'aux autorités nationales. Il semble donc plus indiqué d'essayer de comprendre de quelle manière et dans quels cas celui-ci se manifeste légitimement et quelles sont les instances nationales qui peuvent l'exercer, ainsi que d'apprécier la variété des justifications de son existence et de sa portée.

Certaines formes de pouvoir discrétionnaire découlent directement d'un ou de plusieurs des principes d'interprétation analysés dans cette étude, la « liberté de mise en œuvre », des principes de protection effective et de proportionnalité et la « déférence à l'égard des instances judiciaires nationales », du principe de légalité, par exemple. Pour trouver les autres, il

y a lieu de chercher à découvrir celles qui résultent de l'application de l'idée à la base des principes d'interprétation implicites et explicites de la Convention. La distinction-clé oppose la solution des conflits entre droits et démocratie ou intérêt public, d'un côté, la définition des droits et obligations en l'absence d'intérêt public, de l'autre, cependant qu'une forme hybride se trouve à cheval sur les deux autres. La première forme constitue le cœur même de la « marge d'appréciation » voire , peut-on affirmer, le seul cas dans lequel on devrait utiliser ce terme, à supposer qu'il faille l'utiliser. Les principes de démocratie, de légalité, de subsidiarité et de proportionnalité reconnaissent aux institutions démocratiques nationales un rôle de démarcation entre droits et intérêt général, légitime à plus d'un égard. En premier lieu, ce genre de délimitation suppose une appréciation de questions délicates et controversées liées à l'intérêt collectif et, partant, il s'agit d'une tâche fondamentalement plus politique que juridique. En second lieu, les autorités nationales sont mieux placées pour être au courant et capables de juger de facteurs locaux dont la connaissance ou l'importance peuvent échapper à la Cour. En troisième lieu, le tracé des lignes de démarcation peuvent correspondre à toute une gamme d'options également défendables, dont chacune peut recevoir le soutien d'une partie de l'opinion publique de l'Etat en cause et dont quelques-unes peuvent être plus indiquées dans certains Etats que dans d'autres. Pour la Cour, substituer sa propre conception de ce qui convient peut signifier prendre parti dans la solution de véritables conflits entre droits de l'homme et intérêt public, non passibles d'une solution juridique bien tranchée. Admettre cette idée ne signifie pas pour autant donner carte blanche aux Etats pour définir leurs obligations puisque leurs pratiques sont soumises à l'examen de Strasbourg au regard des principes de protection effective, de contrôle, de communauté et de proportionnalité. Mais la clef de ce que doit être le bon fonctionnement de ces principes repose sur une nette distinction entre les exceptions aux articles 8 à 11, qui peuvent légitimement passer pour des intérêts publics, et celles qui devraient passer pour des droits individuels, sur le souci de la Cour de faire prévaloir les droits garantis par la Convention sur les intérêts publics, et sur la mise à la charge des Etats de l'obligation de prouver la nécessité de la primauté de l'intérêt public sur les droits individuels dans des circonstances données.

Les organes administratifs et exécutifs nationaux ne devraient pas avoir de pouvoir discrétionnaire du tout s'agissant de la définition de droits et obligations lorsqu'aucun intérêt public ou élément de démocratie n'est en jeu, dès lors que les principes de légalité, de protection effective, d'interprétation autonome, de communauté et de contrôle en font une tâche juridictionnelle relevant avant tout de la Cour européenne des Droits de l'Homme. C'est tout particulièrement évident pour la poignée de droits absolus consacrés par la Convention. Mais cela est tout aussi vrai, même si on le comprend moins s'agissant de la solution de conflits entre des droits, y compris entre ceux visés au premier paragraphe des articles 8 à 11 et les exceptions à ces droits prévues au paragraphe 2 de ces dispositions. On ne saurait nier que la Convention légitime un certain « pouvoir discrétionnaire adjectif » mais, dans ce domaine, la prudence s'impose afin d'éviter que les organes administratifs et exécutifs nationaux ne disposent d'une trop grande latitude pour déterminer ce qui est « raisonnable », etc. S'agissant des autres catégories hybrides, combinant des questions de définition et des considérations d'intérêt public – comme l'identification d'obligations positives ou ce qui touche à la différenciation entre distinction et discrimination – il convient de distinguer plus nettement la question de la définition de la détermination des rapports entre droits et considérations d'intérêt public ou de démocratie.

Enfin, encore qu'on ait concentré la discussion sur la seule Convention européenne, elle n'est pas sans avoir des répercussions sur le pouvoir judiciaire national¹⁵⁴. Dès lors que l'argument de la meilleure position, qui est au cœur même de la notion de marge d'appréciation, est un mécanisme transnational, la marge d'appréciation ne saurait avoir d'application directe en droit interne. Les juridictions nationales devront, au contraire, définir l'étendue du pouvoir discrétionnaire des organes administratifs et exécutifs s'agissant des droits garantis par la Convention eu égard aux principes de protection effective, de démocratie et de proportionnalité. La référence à la pratique pertinente dans d'autres Etats ne devrait pas être inutile mais ne saurait être décisive.

Annexes

Annexe I. Illustration de la marge d'appréciation à l'aide de quelques arrêts de principe

Article 8

Affaire *Dudgeon* c/ Royaume-Uni, arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45

Le requérant soutenait que la loi d'Irlande du Nord pénalisant les actes homosexuels accomplis en privé par des adultes consentants portait atteinte à son droit au respect de sa vie privée. La Cour a conclu à l'existence d'une violation de l'article 8. Elle a admis que les propositions du Gouvernement du Royaume-Uni visant à lever la prohibition d'actes homosexuels entre adultes consentants de sexe masculin de plus de 21 ans se heurtaient à une forte opposition en Irlande du Nord et qu'il convenait d'en tenir compte ; elle a toutefois estimé que cet argument ne saurait permettre de trancher de manière décisive la question de la nécessité dont le critère était ce qui est « nécessaire dans une société démocratique », cette dernière se caractérisant notamment par la tolérance et l'esprit d'ouverture. L'ingérence doit donc correspondre à un besoin social impérieux, dont l'évaluation relève du pouvoir d'appréciation des Etats sous le contrôle des organes de Strasbourg. La Cour a relevé que l'ampleur de la marge d'appréciation ne saurait être la même pour tous les buts justifiant l'atteinte à un droit et qu'en outre qu'on l'ait estimée particulièrement grande dans l'arrêt *Handyside* (voir ci-après) s'agissant de la protection de la morale, il importait de prendre en considération également la nature de l'activité en cause. Dans une affaire portant, comme en l'espèce, sur « un aspect des plus intimes de la vie privée ... il doit (...) exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 des ingérences des pouvoirs publics » (paragraphe 52). Les effets négatifs que la loi, de par sa simple existence, pouvaient avoir sur la vie privée d'adultes homosexuels de sexe masculin en Irlande du Nord l'emportaient sur les arguments en faveur de la prohibition, le conservatisme moral de la société nord-irlandaise surtout. On ne saurait, par ailleurs, ignorer ici qu'une meilleure compréhension et une tolérance accrue avaient débouché sur une dépénalisation dans d'autres Etats membres.

Affaire Klass et autres c/ Allemagne, arrêt du 6 septembre 1978, série A n° 28

Les requérants, un procureur, un juge et trois avocats, soutenaient que l'article 10, paragraphe 2, de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne et la loi prise en application (la loi du 13 août 1968, « G 10 ») étaient contraires aux articles 6, paragraphe 1, 8 et 13 de la Convention en ce qu'ils autorisaient l'interception du courrier et des télécommunications. La Cour a estimé que ces dispositions constituaient une ingérence dans le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 et que des pouvoirs de surveillance secrète ne sont tolérables « que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques (par. 42). Mais après examen de la Loi fondamentale, de la « G 10 » et des mesures de contrôle, les juges ont conclu, à l'unanimité, que cette ingérence n'emportait pas violation de la Convention. La législation poursuivait, en effet, un but légitime (sécurité nationale, défense de l'ordre et prévention du crime). Tout en reconnaissant l'existence d'une marge d'appréciation au profit des Etats, la Cour s'est déclarée convaincue qu'un juste équilibre avait été trouvé entre les droits de l'individu et les besoins d'une société démocratique, compte tenu notamment des progrès en matière d'espionnage et du développement du terrorisme à l'échelon européen. Elle a attaché une importance particulière à l'existence de garanties appropriées contre les abus dont étaient assorties les dispositions en cause. Mais leurs caractéristiques précises dépendent de l'ensemble des circonstances de l'espèce, telles que la nature, l'ampleur et la durée des mesures attaquées, les motifs requis pour leur mise en œuvre, la qualité des autorités compétentes pour leur autorisation, leur exécution et leur contrôle ainsi que le type de recours garanti par le droit interne. En l'espèce, la Cour a été convaincue que la « G 10 » contenait une série de conditions limitatives auxquelles il convenait de satisfaire avant de pouvoir exercer une surveillance, et que la législation réglementait strictement la mise en œuvre des mesures de surveillance et le traitement des informations obtenues par ce moyen. Un premier contrôle était réalisé par un fonctionnaire possédant les qualifications requises pour accéder à la magistrature et le contrôle global était confié à un comité indépendant de cinq parlementaires désignés par le *Bundestag* à la proportionnelle et à la commission instituée par la « G 10 », composée de trois membres désignés par le comité pour la durée de la législature. La Cour a jugé qu'il n'existait aucune preuve d'utilisation abusive du système de surveillance en question.

Article 9

Affaire Kokkinakis c/ Grèce, arrêt du 26 septembre 1996, série A n° 260-A.

Le requérant alléguait que son arrestation et les poursuites engagées contre lui pour prosélytisme en faveur de la foi des Témoins de Jéhovah portaient atteinte à ses droits au titre des articles 7, 9 et 10 de la Convention. La Cour a examiné l'affaire sur le terrain de l'article 9 pour constater que, bien que prévu par la loi et malgré

l'existence d'une marge d'appréciation, le traitement subi par le requérant n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, à la protection des droits et des libertés d'autrui dans la mesure où il n'avait fait que témoigner de sa foi religieuse sans manifester un prosélytisme abusif par l'usage, par exemple, de pressions exercées sur des personnes dans la détresse ou dans le besoin, de violence ou de lavage de cerveau.

Article 10

Affaire Handyside c/ Royaume-Uni, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24

Le requérant avait été condamné en Angleterre, en juillet 1971, en vertu des lois de 1959 et 1964 sur les publications obscènes pour avoir publié et distribué une édition en langue anglaise du « *Petit livre rouge à l'usage des écoliers* ». En outre, quelque 10 % de son stock avaient été saisis. Ce livre, paru d'abord au Danemark puis, après traduction, dans treize pays d'Europe, était destiné à des écoliers de 12 à 18 ans, critiquait l'autorité, comportait des renseignements et des conseils explicites en matière sexuelle, et incitait à fumer du haschisch. La Cour a estimé que la question de savoir si les personnes qui ont exercé leur droit à la liberté d'expression se sont acquittées « des devoirs et des responsabilités » que leur imposait l'article 10, paragraphe 2, relevait de la marge d'appréciation de chaque Etat et que la portée de ces devoirs dépendait des circonstances de l'espèce ainsi que du mode d'expression utilisé. La Cour n'a pas pu découvrir une notion uniforme de la morale dans le droit interne des Etats membres du fait que l'idée que les Etats « 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 » (paragraphe 48). « Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays », les autorités de l'Etat sont, selon la Cour, mieux placées que le juge international pour juger de la « nécessité » d'une mesure particulière prise pour protéger la morale et prenant la forme d'une « restriction » ou « sanction » touchant le droit à la liberté d'expression (paragraphe 48). Les exigences de proportionnalité et de besoin impérieux n'en doivent pas moins être satisfaites et la pratique nationale est soumise à un contrôle européen. Cette fonction de contrôle de la Cour, qui n'a point pour tâche de se substituer aux autorités nationales, lui commande de prêter une attention toute particulière aux principes propres à une société démocratique, dont l'un des fondements essentiels est la liberté d'expression, qui vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec ferveur, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent une fraction quelconque de la population. La Cour a également affirmé que la marge d'appréciation s'étendait aussi au poids à reconnaître au défaut de prise de décision identique par les autorités de l'Irlande du Nord et de l'Ecosse, à la libre diffusion de l'ouvrage dans d'autres pays européens, à l'absence bien connue de poursuites contre d'autres formes plus graves de pornographie en Angleterre et au Pays de

Galles et au refus des autorités compétentes de limiter les restrictions à la diffusion de l'ouvrage au retrait des passages obscènes. Eu égard à l'ensemble de ces considérations et compte tenu, particulièrement, de l'âge des lecteurs visés, la Cour a conclu que l'Etat avait agi dans le cadre de sa marge d'appréciation et qu'il n'y avait donc pas eu violation de l'article 10.

Affaire Lingens c/ Autriche, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103

Le requérant, journaliste, soutenait que sa condamnation à une amende pour diffamation du chancelier autrichien Bruno Kreisky dans deux articles de presse à l'issue d'une procédure en citation directe, emportait violation de son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10. M. Lingens avait accusé Bruno Kreisky de protéger d'anciens membres d'une brigade de SS pour des motifs politiques et l'avait critiqué pour avoir déclaré que le chasseur de nazis, Simon Wiesenthal, recourait à des « méthodes dignes de la mafia ». La Cour a réaffirmé que l'article 10, paragraphe 2, réserve aux Etats une marge d'appréciation soumise au contrôle européen et a constaté que la condamnation était disproportionnée et, partant, n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, à la protection d'autrui. Elle a relevé que « le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique » (paragraphe 42) et que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique que d'un simple particulier. Cela ne signifie pas que les hommes politiques n'ont pas le droit d'être protégés contre la diffamation dans le cadre de leurs activités publiques mais que les exigences de cette réputation doivent être mises en balance avec celles de la libre discussion des questions politiques. La teneur et le ton des articles ont été jugés assez équilibrés encore que certaines expressions aient été de nature à nuire à la réputation de Bruno Kreisky. Toutefois, la controverse avait eu lieu à l'époque des élections générales d'octobre 1975, alors que l'on spéculait sur l'éventuelle nécessité, pour le parti du Chancelier, le Parti socialiste autrichien, de s'allier au Parti libéral autrichien dont Simon Wiesenthal avait accusé le leader, Friedrich Peter, d'avoir été membre des SS ; les articles incriminés pouvaient donc légitimement s'inscrire dans le cadre du débat politique violent et animé d'alors. La Cour a estimé qu'on ne pouvait exiger du journaliste que, pour échapper à une condamnation, il fasse la preuve de la véracité de ses allégations, comme le veut la législation autrichienne, car, s'agissant de jugements de valeur portant sur des faits incontestés, comme en l'espèce, cette exigence était irréalisable et constituait en soi une violation de l'article 10 de la Convention. La Cour a ajouté que la peine imposée à M. Lingens emportait également violation de cet article car elle pouvait décourager le requérant, tout comme d'autres journalistes, de se livrer à des critiques identiques dans d'autres contextes.

Article 11

Affaire Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie, arrêt du 30 janvier 1998, Recueil 1998-1

Les requérants soutenaient que la dissolution du Parti communiste unifié de Turquie constituait une violation de leur droit à la liberté d'association, garanti par l'article 11. Pour la Cour, encore que cette mesure soit prévue par la loi et poursuive un but légitime, à savoir la sécurité nationale, compte tenu du rôle vital que jouent les associations politiques dans une démocratie et parce que la démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la Convention, la marge d'appréciation en matière de liberté d'association est limitée et se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. En conséquence, les exceptions visées à l'article 11 appellent une interprétation stricte. Seules « des raisons convaincantes et impératives » (paragraphe 46) peuvent justifier des restrictions à la liberté d'association des partis politiques. Lorsqu'elle exerce ce contrôle, la Cour n'a cependant pas pour tâche de se substituer aux instances nationales, ni de se borner à rechercher si elles ont usé de leur pouvoir « de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable ». Il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi », si les motifs invoqués apparaissent « pertinents et suffisants » et si les autorités nationales ont agi en se fondant sur « une appréciation acceptable des faits pertinents » (paragraphe 47). Après avoir examiné l'ensemble des faits et des arguments pertinents, la Cour a estimé que l'ingérence attaquée était disproportionnée par rapport au but poursuivi et, partant, emportait violation de l'article 11 de la Convention.

Article 14

Affaire « linguistique belge », arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6

Un certain nombre de parents de nationalité belge, francophones, se plaignaient d'une atteinte aux droits que leur reconnaissent l'article 2 du Protocole n° 1 ainsi que les articles 8 et 14 de la Convention du fait que la loi refusait, en pratique, l'éducation de leurs enfants en Français. La Cour a constaté qu'une différence de traitement ne constitue pas nécessairement une discrimination dès lors que la distinction repose sur une justification raisonnable et objective et qu'un équilibre équitable a été tracé entre la protection des intérêts de la communauté et le respect des droits fondamentaux. Le principe de subsidiarité interdit à la Cour d'assumer le rôle des autorités nationales compétentes, qui doivent adopter des décisions non arbitraires, manifestant un rapport raisonnable de proportionnalité et prenant en compte tous les éléments pertinents de l'espèce. Le droit à l'éducation ne vise pas à reconnaître à chacun le droit à être instruit dans toute langue dès lors qu'il a accès à une instruction dispensée dans une des langues officielles d'un pays donné.

Néanmoins, les dispositions de la loi belge qui empêchaient certains enfants d'accéder aux écoles de langue française de certaines communes à statut propre, du seul fait de leur lieu de résidence, emportaient violation de l'article 14 parce qu'elles ne s'appliquaient pas de manière uniforme aux familles parlant l'une ou l'autre langue nationale et ne respectaient pas le rapport de proportionnalité exigé entre moyens employés et but visé.

Affaire Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c/ Suède, arrêt du 6 février 1976, série A n° 20

Le syndicat requérant (auquel étaient affiliés quelque 20 à 25 % des employés des Chemins de fer nationaux) se plaignait du refus du Bureau national suédois des négociations collectives de conclure des négociations collectives avec lui, comme il l'avait fait avec le Syndicat national des employés (qui regroupait les 75 à 80 % restants d'employés des chemins de fer) ; il y voyait une violation des articles 11, 13 et 14 de la Convention. La Cour a estimé, à l'unanimité, que tel n'était pas le cas. Tout en relevant que la pratique suivie par le Bureau national suédois des négociations collectives « entraîne sans contredit plusieurs inégalités de traitement au détriment des syndicats "indépendants" tels que le requérant » (paragraphe 46), elle a considéré qu'elle se fondait sur la politique légitime de conclusion de conventions collectives avec les syndicats les plus représentatifs et qu'elle entrait dans le cadre « du pouvoir d'appréciation de l'Etat » (paragraphe 47).

Affaire Rasmussen c/ Danemark, arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87

Le requérant, sommé de verser une pension alimentaire à son épouse divorcée et aux deux enfants de celle-ci, désirait introduire une action en désaveu de paternité à l'égard de l'un des enfants mais l'autorisation lui en fut refusée au motif que le délai légal avait expiré. Le requérant alléguait la violation des articles 6, 8 et 14 de la Convention en ce que ce genre de délai n'existait pas pour les femmes. La Cour a relevé qu'une différence de traitement n'était discriminatoire que si elle manquait de justification objective et raisonnable en ne poursuivant pas un but légitime ou s'il n'existait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre le but visé et les moyens employés. Les Etats disposent d'une marge d'appréciation – qui varie selon les circonstances, le domaine et le contexte – pour déterminer si et, dans quelle mesure, des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique. La Cour a rejeté la requête à l'unanimité au motif que, encore que le détail des dispositions comparables varie selon les Etats, la plupart de ceux-ci opèrent également des distinctions entre hommes et femmes à cet égard, et la législation danoise n'était pas disproportionnée et poursuivait un but légitime dans la mesure où la différence de délai se justifiait en partie par l'intérêt de l'enfant. Pendant l'examen de l'affaire par la Commission, la législation danoise avait été modifiée en faveur d'une identité de délais pour répondre, entre autres, à l'augmentation du nombre de mères exerçant une activité professionnelle et celui des hommes se voyant reconnaître le droit de garde. Pour la Cour, cette

circonstance ne permettait cependant pas de conclure que le requérant avait été victime d'une discrimination.

Article 15

Affaire de Chypre (Grèce c/ Royaume-Uni), (1958-1959) , Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme 2, pp. 174-179

La Grèce soutenait que le Royaume-Uni transgressait la Convention à Chypre. Le Royaume-Uni invoquait sa dérogation au titre de l'article 15 en alléguant que les troubles civils constatés à Chypre répondaient aux conditions posées à cet article. La Commission s'est déclarée compétente pour décider si la dérogation était justifiée et si les mesures en cause avaient été prises « dans la stricte mesure où la situation l'exige », comme le requiert l'article 15. Elle a, toutefois, ajouté que « le gouvernement doit pouvoir conserver une certaine marge d'appréciation ». La question n'a pas été débattue plus avant et le litige opposant la Grèce au Royaume-Uni sur le statut de l'île a trouvé une solution politique avant que le Comité des Ministres puisse se prononcer sur l'affaire.

Affaire Lawless c/ Irlande, rapport de la Commission du 19 décembre 1959, Cour eur. D.H. série B (1960-1961), arrêt du 1^{er} juillet, 1961, série A n° 3

Le requérant se plaignait de la violation de ses droits au titre des articles 5, 6 et 7 de la Convention du fait de sa détention sans jugement dans le cadre de la législation d'exception au motif qu'il aurait été mêlé aux activités de l'IRA (qui se livrait alors à des agissements terroristes à la frontière de l'Irlande du Nord). Avant sa détention, le Gouvernement irlandais avait notifié au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe qu'il entendait se prévaloir du droit de dérogation aux obligations de la Convention prévu à l'article 15 sans pour autant indiquer les dispositions précises adoptées (Rapport, par. 72). Tout en évoquant la marge d'appréciation dans son rapport (voir résumé p. 203), la Commission n'ajoute pas grand-chose aux développements qu'elle lui a consacrés dans l'affaire de Chypre. La Cour, quant à elle, n'en parle pas du tout dans son arrêt, mais elle relève que l'existence d'un danger public a pu être « raisonnablement déduite par le Gouvernement irlandais de la conjonction de plusieurs éléments constitutifs » (par. 28). La Cour reconnaît le bien-fondé de la dérogation au motif que « la vie de la nation » était menacée par l'IRA, une armée secrète agissant en dehors de l'ordre constitutionnel et usant de violence pour parvenir à ses fins tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du territoire de l'Etat et activement engagée dans une campagne terroriste en aggravation progressive en Irlande du Nord dans les années 1956-1957. Après examen de la législation irlandaise en la matière, la Cour a estimé que l'internement du requérant était proportionné aux circonstances.

L’Affaire grecque (Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c/ Grèce), rapport de la Commission du 5 novembre 1960, Annuaire de la Convention européenne des Droits de l’Homme 12 (1969)

A la suite d’un coup d’état en Grèce en 1967, le Gouvernement militaire avait suspendu certaines dispositions constitutionnelles et notifié au Secrétaire Général du Conseil de l’Europe son intention de déroger à la Convention au titre de l’article 15. Dans une requête introduite par le Danemark, la Norvège, la Suède et les Pays-Bas, la Commission a déclaré que, encore que les gouvernements tant constitutionnels que révolutionnaires jouissent d’une marge d’appréciation pour l’application de l’article 15, en l’espèce, c’était au Gouvernement militaire grec qu’il incombait de prouver que la dérogation était justifiée (p. 73). Après un examen minutieux des preuves dont elle disposait, la majorité a estimé que les deux ans d’instabilité politique qui avaient précédé le coup d’état avaient revêtu une gravité de nature à menacer la vie de la nation. Elle n’a pas été davantage convaincue de l’impossibilité de répondre de manière adéquate au désordre ayant suivi le coup d’état par des mesures de droit commun.

Affaire Irlande c/ Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, série A n° 25

En 1976, l’Irlande s’est plainte devant la Cour de la violation, par le Royaume-Uni, des articles 3, 5, 6, 14 et 15 de la Convention à la suite de la mise en œuvre, en Irlande du nord, d’une législation anti-terroriste instaurant un régime d’internement sans jugement qui, selon elle, avait fait l’objet d’une application discriminatoire et avait donné lieu à de mauvais traitements sur certains détenus. L’existence d’un danger public menaçant la vie de la nation justifiant une dérogation au titre de l’article 15 n’était pas contestée mais la Cour a confirmé l’existence d’une large marge d’appréciation au motif que « en contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent, en principe, mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l’étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer » (par. 207). Néanmoins, a ajouté la Cour, ce pouvoir discrétionnaire est soumis au contrôle de Strasbourg qui doit vérifier que les Etats n’excèdent pas la « stricte mesure des exigences ». Sur le fond, la Cour a estimé que les « cinq techniques » de privation sensorielle auxquelles avaient été soumis certains détenus s’analysaient en une pratique de traitements inhumains et dégradants mais ne constituaient pas, contrairement à l’avis de la Commission, une pratique de torture. Elles entraînaient toutefois la violation de l’article 3, qui ne souffre d’aucune dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la nation.

Affaire Brannigan et Mc Bride c/ Royaume-Uni, arrêt du 26 mai 1993, série A n° 258-B

Les requérants avaient été appréhendés et interrogés en vertu de la législation anti-terroriste du Royaume-Uni, le premier pendant six jours et quatorze heures, le second pendant quatre jours et six heures. Ils alléguaient la violation du droit d’être

aussitôt traduit devant un juge, consacré par l'article 5, paragraphe 3. Le Gouvernement du Royaume-Uni invoquait sa dérogation du 23 décembre 1988 au titre de l'article 15. La Cour a affirmé l'existence d'une marge d'appréciation étendue, tant pour ce qui est de la décision de dérogation que des mesures nécessaires, justifiée par l'argument de la meilleure position de l'Etat (par. 43) et soumise au contrôle européen tenant compte du poids qu'il convient d'attacher à des facteurs pertinents tels que la nature des droits touchés, les circonstances, et la durée de l'état d'urgence. Mais la Cour elle n'a pas conclu qu'elle avait à substituer son opinion quant aux mesures les plus adéquates ou opportunes dès lors que c'est au gouvernement qu'il revient de trouver le juste équilibre entre une action efficace et le respect des droits de l'individu.

Article 1 du Protocole n° 1

Affaire Sporrong et Lönnroth c/ Suède, arrêt du 23 septembre 1982, série A n° 52

Les requérants alléguaient que la longue durée des permis d'exproprier (23 ans dans l'affaire Sporrong, 8 ans dans l'affaire Lönnroth) assortie de l'interdiction de construire (25 ans dans l'affaire Sporrong, 12 ans dans l'affaire Lönnroth) avait porté atteinte aux droits que leur garantit l'article 1 du Protocole n° 1. La Cour a constaté que si, techniquement, les requérants n'avaient pas été « privés » de leur propriété par les permis, leur capacité de jouissance et de disposition de cette propriété avait été considérablement réduite en pratique. Elle a estimé que les interdictions de construire s'analysaient en des mesures de réglementation de l'usage des biens au sens du second alinéa de l'article 1, cependant que les permis d'expropriation représentaient une ingérence dans leur droit au respect de leurs biens au sens du premier alinéa. Par dix voix contre neuf, la Cour a jugé que, dans le cadre de l'aménagement et de la mise en valeur de la capitale suédoise, un juste équilibre entre les intérêts de la collectivité et les droits des requérants n'avait pas été ménagé du fait que ces derniers « ont supporté une charge spéciale et exorbitante que seules auraient pu rendre légitime la possibilité de réclamer l'abrégement des délais ou celle de demander réparation » (par. 73). Tout en recourant au même critère que la majorité, huit des neuf juges auteurs de l'opinion dissidente ont estimé que la large marge d'appréciation reconnue dans de tels cas excluait la violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

Affaire Lithgow et autres c/ Royaume-Uni, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 102.

Les requérants alléguaient que la nationalisation de leurs biens en vertu de la loi de 1977 sur les industries aéronautique et navale avait emporté violation de leurs droits garantis par l'article 1 du Protocole n° 1 du fait de l'indemnité manifestement insuffisante et discriminatoire qu'ils avaient reçue. La Cour a relevé que l'obligation d'accorder compensation dans de tels cas découlait d'une condition implicite de l'article 1 du Protocole n° 1 dans son entier et non de la clause de « l'intérêt public »

qui se rattache à la justification et aux motifs de la privation de propriété et non à sa valeur. Pour apprécier si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de la collectivité et les droits des requérants, il faut avoir égard au montant du dédommagement ; mais l'article 1 ne garantit pas pour autant le droit à une compensation équivalant à la pleine valeur marchande, qui peut ne pas correspondre à l'intérêt public lorsque sont en jeu des mesures de réforme économique ou de justice sociale. Leur connaissance directe de la société en cause et le fait que l'adoption d'une loi de nationalisation implique, normalement, des questions appelant, au sein d'une démocratie, les opinions les plus variées, placent les autorités nationales dans une meilleure position qu'une juridiction internationale pour apprécier ce que les circonstances commandent en l'espèce et leur autorisent une marge d'appréciation étendue. Ce n'est que si la décision d'indemnisation était privée de tout fondement raisonnable que la Cour la contesterait à l'occasion de son pouvoir de contrôle. Or la majorité de la Cour a estimé que tel n'était pas le cas en l'espèce.

Affaire Phocas c/ France, arrêt du 23 avril 1996, Recueil 1996-II, p. 519

Le requérant s'était plaint de l'atteinte portée à son droit au respect de ses biens par la durée des limitations (3 juillet 1965-22 janvier 1982) que lui imposait un projet d'assainissement routier. La Cour a jugé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1. Certes les Etats « jouissent d'une grande marge d'appréciation pour mener leur politique d'urbanisme » (par. 55) mais un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de la collectivité et les droits de l'individu dès lors que le requérant a eu la possibilité de vendre son terrain à la collectivité locale à un prix fixé par un juge de l'expropriation, même s'il ne l'a pas fait dans le délai prévu.

Annexe II. Publications du Conseil de l'Europe

Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme, tomes 1 à 41, de 1959 à 1998, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston. Sélection de décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme ; résumés des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme ; et résolutions du Comité des Ministres en matière de droits de l'homme.

Commission européenne des Droits de l'Homme

Recueil des décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme, tomes 1 à 46, de 1959 à 1974, Conseil de l'Europe

Décisions et rapports (D.R.), tomes 1 à 94, de 1975 à 1998, Conseil de l'Europe

Cour européenne des Droits de l'Homme

Séries A : Arrêts et décisions, tomes 1 à 338, de 1961 à 1995, Carl Heymanns Verlag, Cologne

Séries B : Mémoires, plaidoiries et documents, tomes 1 à 104, de 1961 à 1995, Carl Heymanns Verlag, Cologne

Recueil des arrêts et décisions, 1996 à 2000, Carl Heymanns Verlag, Cologne

Comité des Ministres

Recueil des résolutions adoptées par le Comité des Ministres en application des articles 32 et 54 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, 1959-1989, 1993 à 1997, Conseil de l'Europe. (*Ce recueil est mis à jour par des suppléments publiés annuellement.*)

Gazette – Comité des Ministres, à partir de janvier 1999, Conseil de l'Europe

Internet

Site web du Conseil de l'Europe : <http://www.coe.int/>

Site web des droits de l'homme: <http://www.droitsdelhomme.coe.int/>

Cour européenne des Droits de l'Homme : <http://www.echr.coe.int/>

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe : <http://www.cm.coe.int/>

Notes

- 1 H.C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, La Haye, Boston, Londres : Kluwer, 1996, p. 14.
- 2 *L’Affaire de Chypre (Grèce c/ Royaume-Uni)*, *Annuaire de la Convention européenne des Droits de l’Homme*, 1958-59, volume 2, pp. 172-197.
- 3 Note des éditeurs : « The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights : Its Legitimacy in Theory and Application in Practice », *Human Rights Law Journal* 1998, n° 19, p. 1.
- 4 Les plus complètes sont celles de H.C. Yourow, ouvrage cité et Y. Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights* (thèse non publiée, soutenue à l’Université de Cambridge le 21 avril 1998). Parmi les autres études, il convient de citer notamment : P. Mahoney et autres, « The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights : Its Legitimacy in Theory and Application in Practice », *Human Rights Law Journal* 1998, n° 19, pp. 1-36. N. Lavender, « The Problem of the Margin of Appreciation » *Human Rights Law Review* 1997, n° 4, pp. 380-390. E. Brems, « The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights » *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, n° 56, pp. 240-341 ; T.H. Jones, « The Devaluation of Human Rights Under the European Convention » *Public Law* 1995, pp. 430-439 ; R.St.J. Macdonald, « The Margin of Appreciation » in R.St.J.Macdonald, F. Matscher et H. Petzold (éditeurs), *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht, Boston, Londres : Martinus Nijhoff, 1993), pp. 83-124, et « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights » in A. Clapham et F. Emmert (éditeurs), *Collected Courses of the Academy of European Law : vol. 2, Livre 2 – The Protection of Human Rights in Europe* (Dordrecht, Boston, Londres : Martinus Nijhoff, 1990), pp. 99-161, et « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Le droit international à l’heure de sa codification, Etudes en l’honneur de Roberto Ago*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, pp. 187-208 ; H.C. Yourow, « The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence », *Connecticut Journal of International Law* 1987, n° 3, pp. 111-159 ; T.A. O’Donnell,

- « The Margin of Appreciation Doctrine : Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Right, *Human Rights Quarterly* 1982, n° 4, pp. 474-496 ; C.S. Feingold, « The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights Notre Dame Lawyer 1977-1978, n° 53, pp. 90-107 ; C.C. Morrisson, « Margin of Appreciation in European Human Rights Law » *Revue des Droits de l'Homme* 1973, n° 6, pp. 263-286.
- 5 C'est ainsi que, dans son opinion partiellement dissidente, le juge de Meyer a déclaré qu'il était « (...) grand temps de la bannir de nos raisonnements » parce que « lorsqu'il s'agit des droits de l'homme, il n'y a pas de place pour une marge d'appréciation qui permettrait aux Etats de déterminer ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas » (*Affaire Z c/ Finlande*, arrêt du 25 février 1997, Recueil 1997-I, p. 357, par. 3).
 - 6 R.St.J. Macdonald (1987), op. cit., p. 192.
 - 7 J. Callewaert, « Is there a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention ? » *Human Rights Law Journal* 1998, n° 19, pp. 6-9.
 - 8 J. Schokkenbroek, « The Basis, Nature and Application of the Margin -of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights » *Human Rights Law Journal* 1998, n° 19, pp. 30-36, 34 ; P. Van Dijk et G.J.H. Van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague/London/Boston, Kluwer, 1998, p. 86 ; Y. Arai, op. cit. , pp. 28 et 49.
 - 9 Deux exceptions notables à cet égard : P. Mahoney, « Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism », *Human Rights Law Journal* 1998, n° 19, pp. 1-6 et J. Schokkenbroek, op. cit.
 - 10 Voir, par ex., P. Mahoney, op. cit., pp. 5-6 ; J. Schokkenbroek, op. cit., pp. 34-35 ; E. Brems, op. cit., pp. 257-293.
 - 11 Voir, par exemple, H.C. Yourow (1996), op. cit., chapitre 4 ; Y. Arai, op. cit., chapitre 11 ; P. Mahoney, op. cit., pp. 1-4 ; J. Schokkenbroek, op. cit.
 - 12 On peut trouver un exemple d'une telle tentative, encore insuffisante mais néanmoins encourageante, dans l'affaire *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*, arrêt du 30 octobre 1998, Recueil 1998-1, par. 28-29.

- 13 Droit de ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3) ; droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude (article 4) ; droit de ne pas être condamné pour un comportement qui, au moment où il s'est produit, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international en vigueur (article 7.1) ; et droit de ne pas se voir imposer une peine plus forte que celle applicable au moment où l'infraction a été commise (article 7.1).
- 14 Pour plus de détails, voir M. O'Boyle, « The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15 : Ritual Incantation or Principle » *Human Rights Law Journal* 1998, n° 19, pp. 23-29 ; Y. Arai, op. cit. ; chapitre 10 ; H.C. Yourow, 1996, op. cit., pp. 15-21.
- 15 *Affaire de Chypre*, op. cit., p. 174-9.
- 16 Article 15.1.
- 17 *Affaire de Chypre*, p. 177.
- 18 *Affaire Lawless c/ Irlande*, rapport de la Commission du 19 décembre 1959, série B (1960-61), p. 82, arrêt du 1^{er} juillet 1961, série A n° 3 ; *Affaire grecque (Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c/ Grèce)*, rapport de la Commission du 5 novembre 1969, *L'Affaire grecque*, vol. I, 1^{re} partie (1970), pp. 81-86 ; affaire *Irlande c/ Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, série A n° 25, par. 207 ; affaire *Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni*, arrêt du 26 mai 1993, série A n° 258-B, par. 43 ; affaire *Aksoy c/ Turquie*, arrêt du 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, p. 2260, par. 68.
- 19 Arrêt *Brannigan et McBride*, *ibid.* ; arrêt *Aksoy*, *ibid.*
- 20 Voir S. Greer, *Les exceptions aux articles 8 à 11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Dossiers sur les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, n° 15, pp. 14-17.
- 21 Voir point II du chapitre 2.
- 22 *Affaire Handyside c/ Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24, par. 48-50 ; affaire *Silver c/ Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1983, série A n° 61, par. 97-98 ; affaire *Lingens c/ Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103, par. 37-41. Voir aussi point VI du chapitre 2.

- 23 Voir, par ex., H.C. Yourow (1996), op. cit., chapitre 3.c ; Y. Arai, op. cit ; chapitres 4-7. D'autres études ont mis l'accent sur les clauses limitatives figurant dans ces dispositions. Voir, par exemple, S. Greer, op. cit. ; F.G. Jacobs, « The "Limitation Clauses" of the European Convention on Human Rights » in A. de Mestral, « *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* », Cowansville : Les Editions Yvon Blais Inc., 1986, pp. 21-40 ; B. Hovius, « The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights : A Guide for the Application of Section 1 of the Charter ? » *Ottawa Law Review* 1985, n° 17, pp. 213 -261.
- 24 Par exemple, dans l'affaire *Ochsenberger c/ Autriche* (requête n° 21318/93), la Commission a estimé que l'interdiction de l'expression d'opinions nazies en droit autrichien se justifiait sous l'angle de l'article 10.2 dans l'intérêt de la sécurité nationale, de l'intégrité territoriale, de la défense de l'ordre et de la prévention du crime, alors que dans l'affaire *Vereiniging Weekblad « Bluf! » c/ Pays-Bas*, arrêt du 9 février 1995, série A n° 306-A, la Cour a jugé que la confiscation du numéro d'une revue de gauche contenant un rapport confidentiel périmé des services de sécurité ne pouvait se justifier au nom de l'exception de l'intérêt national visée à l'article 10.2.
- 25 Voir, par exemple, affaire *Klass c/ République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 6 septembre 1978, série A n° 28 ; affaire *Leander c/ Suède*, arrêt du 26 mars 1987, série A n° 116 ; S. Greer, op. cit. pp. 18-23.
- 26 Requête n° 8231/78, *X. c/ Royaume-Uni*, Décisions et rapports (D.R.) 28 (1982), p. 41.
- 27 Voir, par exemple, requête n° 8209/78, *Peter Sutter c/ Suisse*, D.R. 16 (1979), p. 166.
- 28 Affaire *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, arrêt du 19 février 1997, Recueil 1997-1, p. 120.
- 29 Affaire *Handyside*, op. cit., affaire *Müller et autres c/ Suisse*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133.
- 30 Affaire *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45 ; affaire *Modinos c/ Chypre*, arrêt du 22 avril 1993, série A n° 259 ; affaire *Norris c/ Irlande*, arrêt du 26 octobre 1988, série A n° 142.

- 31 Voir S. Greer, op. cit., pp. 29-32.
- 32 *Affaire « linguistique belge », arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6, par. 10.*
- 33 Voir, par exemple, affaire *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c/ Suède*, arrêt du 6 février 1976, série A n° 20, par. 47.
- 34 *Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94, par. 74.
- 35 Ibid., par. 74-83.
- 36 *Affaire « linguistique belge », op. cit., p. 44.*
- 37 J. Schokkenbroek, « The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation » *Human Rights Law Journal* 1998, n° 19, pp. 20, 21.
- 38 *Affaire Rasmussen c/ Danemark*, arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87, par. 40.
- 39 *Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, arrêt cité, par. 78 ; affaire *Schuler-Zraggen c/ Suisse*, arrêt du 24 juin 1993, série A n° 263, par. 67 ; affaire *Burghartz c/ Suisse*, arrêt du 22 février 1994, série A n° 280-B, par. 27 ; affaire *Karl-Heinz Schmidt c/ Allemagne*, arrêt du 18 juillet 1994, série A n° 291-B, par. 24 ; affaire *Van Raalte c/ Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1997, Recueil 1997-1, p. 173, par. 39. Pourtant, dans l'arrêt *Rasmussen*, une différence de traitement fondée sur le sexe s'agissant des délais d'introduction d'une action en contestation de paternité n'a pas été estimée discriminatoire au motif qu'elle était courante dans les Etats membres à l'époque des faits et se justifiait par le but légitime de protection des intérêts de l'enfant (ibid., par. 41).
- 40 Voir, par ex., affaire *Hoffmann c/ Autriche*, arrêt du 23 juin 1993, série A, n° 255-C, par. 36 ; affaire *Eglise catholique de La Canée c/ Grèce*, arrêt du 16 décembre 1997, Recueil 1997-VIII, p. 2843, par. 47.
- 41 *Affaire Marckx c/ Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, par. 48, 62 et 65 ; affaire *Inze c/ Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, série A n° 126, par. 41.
- 42 *Affaire Gaygusuz c/ Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV, p. 1129, par. 42. On distingue toutefois entre les citoyens de l'Union européenne et les autres (affaire *Moustaquim c/ Belgique*, arrêt du 18 février 1991, série A n° 193,

- par. 49 ; affaire *C. c/ Belgique*, arrêt du 7 août 1996, Recueil 1996-III, p. 915, par. 38).
- 43 Voir J. Schokkenbroek, op. cit., p. 22.
- 44 Affaire « *linguistique belge* », rapport Comm. 1965, série B n° 3, par. 400 ; affaire *Inze c/ Autriche*, op. cit., par. 43-47. Lorsqu'elle a constaté un manquement aux droits du requérant au titre d'un article pris en lui-même, la Cour n'examine l'éventuelle violation de l'article 14 que « si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en question constitue un aspect fondamental de l'affaire » (affaire *Airey c/ Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32, par. 30 ; arrêt *Dudgeon*, op. cit., par. 67.)
- 45 J. Schokkenbroek, op. cit., p. 22 ; affaire *James et autres c/ Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1986, série A n° 98, par. 77 ; affaire *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni*, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 102, par. 77 ; affaire *Gillow c/ Royaume-Uni*, arrêt du 24 novembre 1986, série A n° 109, par. 66.
- 46 On trouvera une étude détaillée des arrêts de principe antérieurs à 1990 dans R.St.J.Macdonald (1990), op. cit., pp. 139-156.
- 47 Y. Winisdoerffer, « Margin of Appreciation and Article 1 of Protocole n° 1 » *Human Rights Law Journal* 1998, n° 18-20, p. 20.
- 48 Ibid.
- 49 Arrêt *Handyside*, op. cit., par. 62 ; arrêt *Marckx c/ Belgique*, op. cit. par. 64.
- 50 Affaire *Mellacher et autres c/ Autriche*, arrêt du 19 décembre 1989, série A n° 169, par. 47.
- 51 Affaire *Hentrich c/ France*, arrêt du 22 septembre 1994, série A n° 296-A, par. 45-49.
- 52 Ibid.
- 53 Y. Winisdoerffer, op. cit., p. 18 ; R.St.J.Macdonald (1990), op. cit. p. 145.
- 54 Y. Winisdoerffer, *ibid.*
- 55 Arrêt *Hentrich c/ France*, op. cit., par 39.

- 56 Arrêt *James et autres*, op. cit., par. 47.
- 57 Affaire *Håkansson et Stuesson c/ Suède*, arrêt du 21 février 1990, série A n° 171-A, par. 44 ; affaire *Les saints monastères c/ Grèce*, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 301-A, par. 69.
- 58 Arrêt *Handyside*, op. cit. par. 62.
- 59 *Tre Traktörer AB c/ Suède*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 159, par. 57.
- 60 Affaire *Allan Jacobson c/ Suède*, arrêt du 25 octobre 1989, série A n° 163, par. 57.
- 61 Affaire *Pine Valley c/ Irlande*, arrêt du 29 novembre 1991, série A° 222, par. 57.
- 62 Arrêt *Mellacher et autres*, op. cit., par. 47.
- 63 Affaire *Vendittelli c/ Italie*, arrêt du 18 juillet 1994, série A n° 293-A, par. 38.
- 64 Y. Winisdoerffer, op. cit., p. 19.
- 65 Comme certains, tel P. Mahoney, op. cit. p. 2, l'ont aussi relevé. Pour des études générales sur le rôle du pouvoir discrétionnaire en droit, on se référera à K. Hawkins (éditeur), *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, et D. Galligan, *Discretionary Powers : A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- 66 Comme le font observer P. Mahoney, op. cit., p. 1 et J. Schokkenbroek, op. cit., p. 35.
- 67 P. Mahoney, op. cit., p. 2.
- 68 J. Schokkenbroek, op. cit., pp. 30-36, distingue également entre marge d'appréciation et autres sortes de pouvoir discrétionnaire mais pour d'autres raisons.
- 69 Comme l'ont relevé d'autres auteurs, par ex., Lord Lester of Herne Hill, QC, « The European Convention on Human Rights in the New Architecture of Europe : General Report », *Proceedings of the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995, pp. 227, 236-237 ; R.St.J. Macdonald (1993), op. cit., p. 124.
- 70 J. Schokkenbroek, op. cit., pp. 31-34.
- 71 Ibid, p.34.

- 72 On trouvera une discussion générale sur les principes d'interprétation applicables à la Convention dans : F. Ost, « The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights » in M. Delmas-Marty et C. Chodkiewicz (éditeurs), *The European Convention for the Protection of Human Rights : International Protection Versus National Restrictions*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 238-318 ; F. Matscher, « Methods of Interpretation of the Convention » in R.St.J.Macdonald et autres (éditeurs), op. cit., pp. 63-81 ; P. Van Dijk et G.J.H. Van Hoof, op. cit., chapitre II.
- 73 Voir P. Van Dijk et G.J.H. Van Hoof, *ibid.*, pp. 74-76.
- 74 Voir, par ex., E. Brems, op. cit., pp. 289-290.
- 75 F. Ost, op. cit., p. 304.
- 76 J. Schokkenbroek, op. cit., p. 32.
- 77 *Ibid.*
- 78 J. Schokkenbroek, op. cit., p. 33 ; voir aussi Greer, op. cit. pp. 9-13.
- 79 Affaire *Huvig c/ France*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-B, par. 26-35 ; affaire *Kruslin c/ France*, arrêt du 24 avril 1990, série A n° 176-A, par. 27-36 ; affaire *Malone c/ Royaume-Uni*, arrêt du 2 août 1984, série A n° 82, par. 66-68 ; arrêt *Leander*, op. cit., par 50-52 ; arrêt *Silver*, op. cit., par. 85-88 ; affaire *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30, par. 46-49.
- 80 Arrêt *Malone*, op. cit., par. 66 ; arrêt *Sunday Times*, op. cit., par. 47. Mais cela est loin de se limiter aux juridictions de la *common law*. Pour une discussion approfondie sur la jurisprudence française, voir arrêt *Kruslin*, op. cit., par. 28-29 et, sur la jurisprudence allemande, affaire *Barthold c/ Allemagne*, arrêt du 25 mars 1985, série A n° 90, par. 46 et affaire *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beerman c/ Allemagne*, arrêt du 20 novembre 1989, série A n° 165, par. 28-30.
- 81 Voir affaire *Groppera Radio AG c/ Suisse*, arrêt du 28 mars 1990, série A n° 173, par. 65-68 et notamment l'opinion dissidente du Juge Bernhardt.
- 82 Voir affaire *de Wilde, Ooms et Versyp* (« affaire de vagabondage »), arrêt du 18 juin 1971, série A n° 12, par. 93 ; requête n° 101761. X. *c/ Pays-Bas*, Recueil 8 (1962), pp. 1, 4 ; requête 1983/63, *Wallace c/ Pays-Bas*, Annuaire VIII (1965), pp.

- 229, 247 et 265. requête 7736/76, X. c/ Suisse, D.R. 9 (1977), pp. 207, 209 ; requête n° 7308/75, X. c/ Royaume-Uni, D.R. 16 (1979), pp. 32-33, 38-40.
- 83 X. c/ Allemagne, n° 254/57, Annuaire 1 (1957), pp. 150, 152.
- 84 Arrêt *Kruslin*, op. cit., par. 29 ; arrêt *Barthold*, op. cit., par. 48. Dans l'affaire *Campbell c/ Royaume-Uni*, la Cour a constaté qu'« il n'appartient pas en principe à la Cour de contrôler la régularité de la législation déléguée. Pareille tâche incombe au premier chef aux cours et tribunaux nationaux » (arrêt du 25 mars 1992, série A n° 233, par. 37). Lorsque, toutefois, la Cour estime que la loi elle-même viole la Convention, elle n'hésite pas à inclure les décisions juridictionnelles pertinentes dans son examen de la nécessité et de la proportionnalité d'une mesure attaquée (affaire *Kokkinakis c/ Grèce*, arrêt du 15 mai 1993, série A n° 260-A, par. 47).
- 85 Affaire *Herczegfalvy c/ Autriche*, arrêt du 24 septembre 1992, série A n° 244, par. 68 ; arrêt *Sunday Times*, op. cit., par. 49. Dans l'arrêt *Herczegfalvy*, la Cour a affirmé que ce genre de précision s'impose surtout dans le cas où, comme en l'espèce, un malade mental interné alléguait une atteinte injustifiée à sa correspondance du fait « (que les intéressés se retrouvent) souvent à la merci des autorités médicales, le courrier restant alors leur seul contact avec l'extérieur » (op. cit., par. 91).
- 86 Arrêt *Groppera*, op. cit., par. 68.
- 87 Arrêt *Silver*, op. cit., par. 88 ; arrêt *Herczegfalvy*, op. cit., par. 89. Affaire *Observer/Guardian*, arrêt du 26 novembre 1991, série A n° 217, par. 65 et affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 novembre 1991, série A n° 17, par. 63 ; arrêt *Kruslin*, op. cit., par. 33 ; arrêt *Malone*, op. cit., par. 67 et 68..
- 88 Arrêt *Leander*, op. cit., par. 51. arrêt *Malone*, op. cit. ; arrêt *Kruslin*, op. cit. ; arrêt *Klass*, op. cit. ; affaire *Kopp c/ Suisse*, arrêt du 25 mars 1998, Recueil 1998-II, p. 524 ; affaire *Halford c/ Royaume-Uni*, arrêt du 25 juin 1997, Recueil 1997-III, p. 1004.
- 89 Voir S. Greer, op. cit., pp. 22-23.
- 90 Voir, par exemple, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- 91 Voir, par ex., J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

- 92 S. Marks, « The European Convention on Human Rights and its « Democratic Society », *British Yearbook on International Law* 1995, n° 66, pp. 209-238, à la page 211.
- 93 Ibid., p. 212.
- 94 Arrêt *Parti communiste unifié de Turquie*, op. cit. par. 45.
- 95 Arrêt *Lingens*, op. cit. par. 42 ; arrêt *Observer/Guardian*, op. cit., par. 59 ; affaire *Thorgeirson c/ Islande*, arrêt du 25 juin 1992, série A n° 239, par. 63 ; affaire *Castells c/ Espagne*, arrêt du 23 avril 1992, série A n° 236, par. 46.
- 96 S. Marks, op. cit., pp. 213-214.
- 97 Affaire *H c/ Autriche*, requête n° 15225/89, EHRR [*European Human Rights Reports*] Commission Supplement No. 1, CD 70. [NDLR : la base de données de la Cour européenne des Droits de l'Homme ne confirme pas cette référence.]
- 98 Affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, arrêt du 23 juin 1981, série A n° 43, par. 65.
- 99 Affaire *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 23, par. 53.
- 100 Affaire *Delcourt c/ Belgique*, arrêt du 17 janvier 1970, série A n° 11.
- 101 Arrêt *de Wilde, Ooms et Versyp*, arrêt du 18 juin 1971, série A n° 12, par. 65.
- 102 Affaire *Winterwerp c/ Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, série A n° 33, par. 39.
- 103 Arrêt *Parti communiste unifié de Turquie*, op. cit., par. 4 ; affaire *Parti socialiste de Turquie et autres c/ Turquie*, arrêt du 25 mai 1998, Recueil 1998-III, p. 1258, par. 50.
- 104 Arrêt *Handyside*, op. cit., par. 49.
- 105 Affaire *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, arrêt du 13 août 1981, série A n° 44, par. 63.
- 106 Ibid.

- 107 A l'exception notable de l'opinion de Schermers dans la décision de la Commission sur les requêtes 14234/88 et 14235/88, *Open Door Counselling Ltd and Dublin Well Woman Centre*, rapport du 7 mars 1991, série A n° 246, pp. 64-66.
- 108 Voir S. Greer, op. cit., pp. 14-17.
- 109 F. Ost, op. cit., p. 305.
- 110 F. Ost, op. cit., p. 302-303 ; Matscher, op. cit., pp. 68-70 ; P. Mahoney, « Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights : Two Sides of the Same Coin », *Human Rights Law Journal* 1990, n° 11, pp. 57, 62-66
- 111 H. Petzold, « The Convention and the Principle of Subsidiarity » in R.St.J. Macdonald et autres (éditeurs), op. cit., pp. 41-62.
- 112 R. Bernhardt, « The Convention and Domestic Law » in R.St.J. Macdonald et autres (éditeurs), *ibid.*
- 113 J. Schokkenbroek, op. cit., p. 30. P. Mahoney (1990), op. cit., pp. 58-59 ; P. Van Dijk et G.J.H. Van Hoof, op. cit., p. 84.
- 114 M.A. Eissen, « The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights » in R.St.J. Macdonald et autres (éditeurs), op. cit., pp. 125-146 ; J. McBride, « Proportionality and the European Convention on Human Rights » in E. Ellis (éditeurs), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 23-35.
- 115 Voir plus particulièrement l'opinion partiellement dissidente du juge Martens dans l'arrêt *Observer/Guardian*, op. cit., par. 11.2.
- 116 *Ibid.*, par. 72.
- 117 Affaire *Autronic AG c/ Suisse*, arrêt du 22 mai 1990, série A n°178, par. 61 ; affaire *Weber c/ Suisse*, arrêt du 22 mai 1990, série A n° 177, par. 47 ; arrêt *Barthold*, op. cit., par. 58.
- 118 Voir arrêt *Klass*, op. cit., par. 42 ; arrêt *Sunday Times* (1979), op. cit., par. 65.
- 119 Voir par ex., arrêt *Observer et Guardian*, op. cit., par. 71.
- 120 Arrêt *Lingens*, op. cit., par. 43 ; affaire *Ezelin c/ France*, arrêt du 26 avril 1991, série A n° 202, par. 51 ; arrêt *Sunday Times*, 1991, op. cit., par. 50.

- 121 Voir, par ex., arrêt *Klass*, op. cit., par. 59 ; affaire *Gaskin c/ Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 160, par. 40 ; affaire *Barfod c/ Danemark*, arrêt du 22 février 1989, série A n° 149, par. 29.
- 122 Arrêt *Dudgeon* précité ; arrêt *Norris* précité ; arrêt *Modinos* précité.
- 123 Arrêt *Handyside* précité ; arrêt *Müller* précité.
- 124 Voir, par ex., Held, *The Public Interest and Individual Interests*, New York, Basic Books Inc., 1970.
- 125 A.McHarg, « Reconciling Human Rights and the Public Interest : Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Modern Law Review* 1999, pp. 671, 674
- 126 Arrêt cité.
- 127 M. O'Boyle, op. cit.
- 128 Voir aussi arrêt *Parti communiste unifié de Turquie* dans lequel on peut lire que la démocratie « apparaît comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle » (arrêt cité, par. 45).
- 129 Arrêt *Barfod* précité, par. 28-36 ; affaire *Prager et Oberschlick c/ Autriche*, arrêt du 26 avril 1995, série A n° 313, par. 34-39.
- 130 Voir point II du chapitre 2.
- 131 Arrêt *Lingens*, op. cit., par. 42.
- 132 Comme la Cour était prête à le faire dans les arrêts précités, *Autronic*, par. 61, *Weber*, par. 47, *Barthold*, par. 58, *Klass*, par. 42, *Sunday Times* (1979), par. 65.
- 133 On trouvera une discussion sur les arguments pour ou contre l'octroi d'une priorité à certains droits de l'homme à l'égard d'autres in T. Meron, « On a Hierarchy of International Human Rights » *International Journal of Human Rights* 1986, n° 80, pp. 1-23.
- 134 Article 3.
- 135 Article 4.1.
- 136 Article 7.1.

- 137 Article 7.1.
- 138 J. Callewaert, op. cit., p. 8.
- 139 Arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26, par. 31.
- 140 Arrêt *de Wilde, Ooms et Versyp* (« affaire de vagabondage ») cité, par. 89-90 ; affaire *Van Droogenboek c/ Belgique*, arrêt du 24 juin 1982, série A n° 50, par. 58-59 ; affaire *Van der Mussele c/ Belgique*, arrêt du 23 novembre 1983, série A n° 70, par. 31-40.
- 141 J. Callawaert, op. cit., p. 9.
- 142 D.J. Harris, M. O'Boyle et C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres, Butterworths 1995, p. 219.
- 143 Arrêt *Sunday Times* (1979), op. cité, par. 56 et 63.
- 144 Ibid., par. 59.
- 145 C. Ovey, « The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention », *Human Rights Law Journal* 1998, n° 19, pp. 10-12 ; J. Schokkenbroek, op. cit., p. 32 ; Harris et autres, op. cit., pp. 19-22.
- 146 J. Schokkenbroek, op. cit., p. 32.
- 147 D.J. Harris et autres, op. cit., p. 466.
- 148 *X. c/ Pays-Bas*, requête n° 2894/66, Annuaire 1966, pp. 564, 568 ; arrêt *Winterwerp* cité, par. 49 ; affaire *Weeks c/ Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 114, par. 50.
- 149 Arrêt du 29 novembre 1988, série A n° 145-B, paragraphe 62.
- 150 Ibid.
- 151 Y. Arai, op. cit., p. 61. Voir, par ex., affaire *Neumeister c/ Autriche*, arrêt du 27 juin 1968, série A n° 8 , par. 20-21 ; affaire *H. c/ France*, arrêt du 24 octobre 1989, série A n° 162-A, par. 50-59.
- 152 D.J. Harris et autres, op. cit., p. 467.
- 153 L'affaire *Hoffman c/ Autriche* (arrêt cité) constitue, sur ce point, une exception.

154 Pratiquement tous les Etats Parties à la Convention européenne des Droits de l'Homme l'ont incorporée dans leur droit interne. On trouvera une introduction à cette législation dans S. Greer, « A Guide to the Human Rights Act 1998 », *European Law Review* 1999, n° 24, pp. 1-21.

Dossiers sur les droits de l'homme déjà parus

- N° 1 Introduction à la Convention européenne des Droits de l'Homme: les droits garantis et le mécanisme de protection (1978)
- N° 2 La présentation d'une requête à la Commission européenne des Droits de l'Homme (1978, *obsolète*)
- N° 3 Aperçu de la position du requérant individuel devant la Cour européenne des Droits de l'Homme (1978)
- N° 4 Le droit à la liberté et les droits des détenus garantis par l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (1981)
- N° 5 Les conditions de la détention et la Convention européenne des Droits de l'Homme (1981)
- N° 6 L'incidence du droit communautaire sur la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme (1984)
- N° 7 Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance garanti par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (1984)
- N° 8 La situation des étrangers en rapport avec la Convention européenne des Droits de l'Homme (1985, *édition révisée à paraître*)
- N° 9 Problèmes soulevés par certains aspects de la situation actuelle des réfugiés sous l'angle de la Convention européenne des Droits de l'Homme (1997, *édition révisée à paraître*)
- N° 10 Le Conseil de l'Europe et la protection des enfants – L'opportunité d'une convention européenne des droits de l'enfant (1989)
- N° 11 La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété (*édition révisée*, 1998)
- N° 12 L'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme – La protection de la liberté et de la sûreté de la personne (1994)
- N° 13 L'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme – Droit à un procès équitable (1994)
- N° 14 L'égalité entre les sexes et la Convention européenne des Droits de l'Homme (1995)
- N° 15 Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (1997)
- N° 16 La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (1996)
- N° 17 La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme (2000)

Sales agents for publications of the Council of Europe
Agents de vente des publications du Conseil de l'Europe

AUSTRALIA/AUSTRALIE

Hunter Publications, 58A, Gipps Street
AUS-3066 COLLINGWOOD, Victoria
Tel.: (61) 3 9417 5361
Fax: (61) 3 9419 7154
E-mail: Sales@hunter-pubs.com.au
http://www.hunter-pubs.com.au

AUSTRIA/AUTRICHE

Gerold und Co., Graben 31
A-1011 WIEN 1
Tel.: (43) 1 533 5014
Fax: (43) 1 533 5014 18
E-mail: buch@gerold.telecom.at
http://www.gerold.at

BELGIUM/BELGIQUE

La Librairie européenne SA
50, avenue A. Jonnart
B-1200 BRUXELLES 20
Tel.: (32) 2 734 0281
Fax: (32) 2 735 0860
E-mail: info@libeurop.be
http://www.libeurop.be

Jean de Lannoy
202, avenue du Roi
B-1190 BRUXELLES
Tel.: (32) 2 538 4308
Fax: (32) 2 538 0841
E-mail: jean.de.lannoy@euronet.be
http://www.jean-de-lannoy.be

CANADA

Renouf Publishing Company Limited
5369 Chemin Canotek Road
CDN-OTTAWA, Ontario, K1J 9J3
Tel.: (1) 613 745 2665
Fax: (1) 613 745 7660
E-mail: order.dept@renoufbooks.com
http://www.renoufbooks.com

**CZECH REPUBLIC/RÉPUBLIQUE
TCHÈQUE**

USIS, Publication Service
Havelkova 22
CZ-130 00 PRAHA 3
Tel./Fax: (420) 2 2423 1114

DENMARK/DANEMARK

Munksgaard
35 Norre Sogade, PO Box 173
DK-1005 KØBENHAVN K
Tel.: (45) 7 733 3333
Fax: (45) 7 733 3377
E-mail: direct@munksgaarddirect.dk
http://www.munksgaarddirect.dk

FINLAND/FINLANDE

Akateeminen Kirjakauppa
Keskuskatu 1, PO Box 218
FIN-00381 HELSINKI
Tel.: (358) 9 121 41
Fax: (358) 9 121 4450
E-mail: akatilaus@stockmann.fi
http://www.akatilaus.akateeminen.com

FRANCE

C.I.D.
131 boulevard Saint-Michel
F-75005 PARIS
Tel.: (33) 01 43 54 47 15
Fax: (33) 01 43 54 80 73
E-mail: cid@msh-paris.fr

GERMANY/ALLEMAGNE

UNO Verlag
Proppelsdorfer Allee 55
D-53115 BONN
Tel.: (49) 2 28 94 90 231
Fax: (49) 2 28 21 74 92
E-mail: unoverlag@aol.com
http://www.uno-verlag.de

GREECE/GRÈCE

Librerie Kauffmann
Mavrokordatou 9
GR-ATHINAI 106 78
Tel.: (30) 1 38 29 283
Fax: (30) 1 38 33 967

HUNGARY/HONGRIE

Euro Info Service
Hungexpo Europa Kozpont ter 1
H-1101 BUDAPEST
Tel.: (361) 264 8270
Fax: (361) 264 8271
E-mail: euroinfo@euroinfo.hu
http://www.euroinfo.hu

ITALY/ITALIE

Libreria Commissionaria Sansoni
Via Duca di Calabria 1/1, CP 552
I-50125 FIRENZE
Tel.: (39) 556 4831
Fax: (39) 556 41257
E-mail: licosa@licosa.com
http://www.licosa.com

NETHERLANDS/PAYS-BAS

De Lindeboom Internationale Publikaties
PO Box 202, MA de Ruyterstraat 20 A
NL-7480 AE HAAKSBERGEN
Tel.: (31) 53 574 0004
Fax: (31) 53 572 9296
E-mail: lindeboo@worldonline.nl
http://home-1-worldonline.nl/~lindeboo/

NORWAY/NORVÈGE

Akademika, A/S Universitetsbokhandel
PO Box 84, Blindern
N-0314 OSLO
Tel.: (47) 22 85 30 30
Fax: (47) 23 12 24 20

POLAND/POLOGNE

Główna Księgarnia Naukowa
im. B. Prusa
Krakowskie Przedmieście 7
PL-00-068 WARSZAWA
Tel.: (48) 29 22 66
Fax: (48) 22 26 64 49
E-mail: inter@internews.com.pl
http://www.internews.com.pl

PORTUGAL

Livraria Portugal
Rua do Carmo, 70
P-1200 LISBOA
Tel.: (351) 13 47 49 82
Fax: (351) 13 47 02 64
E-mail: liv.portugal@mail.telepac.pt

SPAIN/ESPAGNE

Mundi-Prensa Libros SA
Castelló 37
E-28001 MADRID
Tel.: (34) 914 36 37 00
Fax: (34) 915 75 39 98
E-mail: libreria@mundiprensa.es
http://www.mundiprensa.com

SWITZERLAND/SUISSE

BERSY
Route d'Uvrier 15
CH-1958 LIVRIER/SION
Tel.: (41) 27 203 73 30
Fax: (41) 27 203 73 32
E-mail: bersy@freesurf.ch

UNITED KINGDOM/ROYAUME-UNI

TSO (formerly HMSO)
51 Nine Elms Lane
GB-LONDON SW8 5DR
Tel.: (44) 171 873 8372
Fax: (44) 171 873 8200
E-mail: customer.services@theso.co.uk
http://www.the-stationery-office.co.uk
http://www.itsofficial.net

UNITED STATES and CANADA/

ÉTATS-UNIS et CANADA
Manhattan Publishing Company
468 Albany Post Road, PO Box 850
CROTON-ON-HUDSON,
NY 10520, USA
Tel.: (1) 914 271 5194
Fax: (1) 914 271 5856
E-mail: info@manhattanpublishing.com
http://www.manhattanpublishing.com

STRASBOURG

Librairie Kléber
Palais de l'Europe
F-67075 STRASBOURG Cedex
Fax: (33) 03 88 52 91 21