

LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME SOCLE DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN

Michel Levinet

P.U.F. | *Revue française de droit constitutionnel*

2011/2 - n° 86
pages 227 à 263

ISSN 1151-2385

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2011-2-page-227.htm>

Pour citer cet article :

Levinet Michel, « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen »,
Revue française de droit constitutionnel, 2011/2 n° 86, p. 227-263. DOI : 10.3917/rfdc.086.0227

Distribution électronique Cairn.info pour P.U.F..

© P.U.F.. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

*La Convention européenne des droits de l'homme
socle de la protection des droits de l'homme
dans le droit constitutionnel européen*

MICHEL LEVINET

LA LÉGITIMITÉ DE L'INTERROGATION

Si l'intitulé de la présente communication semble quelque peu énigmatique, la réponse à l'interrogation qu'il suppose est apparemment simple. Oui, la Convention européenne des droits de l'homme, véritable *Magna Carta* des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe, peut être considérée comme constituant le « socle » de la protection des droits et libertés au sein du *droit constitutionnel européen*. Il importe, néanmoins, d'interroger d'emblée les présupposés qui autorisent pareille affirmation en précisant le sens des termes ou expressions en jeu.

En premier lieu, que faut-il entendre par « droit constitutionnel européen » ? Une notion voisine – celle de « patrimoine constitutionnel européen » – a été explorée lors du séminaire *UniDem*, organisé à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996 par la *Commission européenne pour la démocratie par le droit* en coopération avec le CERCOP¹, notamment l'exposé introductif du président de la *Commission de Venise*, Antonio La Pergola² et le rapport du professeur Dominique Rousseau (« La notion de patrimoine constitutionnel européen »)³. Le premier y insistait sur « un

Michel Lévinet, professeur à l'Université Montpellier 1, IDEDH, EA 3976. Le texte de cette communication a été présenté lors du colloque organisé à l'Université de La Rochelle (21-22 septembre 2009) par le professeur Hélène Gaudin (*Le Droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ?*). Les actes doivent être publiés dans l'*Annuaire de droit européen* 2011.

1. *Le patrimoine constitutionnel européen*, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Éd. du Conseil de l'Europe, coll. « Science et technique de la démocratie », n° 18, 1997.

2. *Op. cit.*, p. 6-14.

3. « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *ibid.*, p. 16-37.

ensemble de principes généraux comme le pluralisme politique, la prééminence du droit, la défense et la promotion des droits de l'homme », présents au sein des systèmes constitutionnels des pays européens⁴ ; le second y considérait la notion de *patrimoine constitutionnel* – jugée « plus souple » et « plus ouverte » que celle de *droit constitutionnel européen*⁵ – comme une « hypothèse », « un outil de mesure », « pour tenter de comprendre l'Europe constitutionnelle ». Et d'ajouter qu'au-delà de l'impression de « bric-à-brac constitutionnel » que pouvait inspirer un premier regard sur le contenu de l'héritage, s'imposait dorénavant l'image d'un patrimoine conçu comme « l'ensemble des principes identifiant la démocratie constitutionnelle »⁶. Ce faisant, les deux auteurs s'inscrivaient dans une approche du droit constitutionnel en pleine harmonie avec l'évolution majeure qu'a connue cette branche du droit⁷ : à savoir une évolution ayant conduit au « droit constitutionnel contemporain » dominé, outre la désacralisation de la loi et le développement de la justice constitutionnelle, par l'idéologie des droits de l'homme et la consécration de la notion d'État de droit⁸ ; une discipline qui, ne pouvant plus se limiter au *droit constitutionnel institutionnel*, inclut désormais le *droit constitutionnel normatif* (le système des sources du droit, la façon dont s'ordonnent les diverses catégories de normes internationales, nationales et locales) et le *droit constitutionnel substantiel* (les principes et les règles ayant pour objet la réalisation de l'État de droit, la recherche de la plénitude des droits et libertés)⁹. Ils pointaient une caractéristique essentielle du droit constitutionnel (européen) devenant de plus en plus un *droit des droits et libertés* au sein duquel le juge constitutionnel concourt à « l'approfondissement de la démocratie en définissant un espace ouvert à la création continue de droits »¹⁰ et constituant la base des autres droits par leur constitutionnalisation progressive¹¹. Leur propos était donc d'in-

4. *Ibid.*, p. 7.

5. Et de préciser : « le mot "patrimoine" renvoie à un ensemble de principes, celui de "droit" à leur mise en œuvre dans des régimes juridiques particuliers » (*ibid.*, p. 33).

6. *Ibid.*, p. 16-17. Selon l'auteur, cet « héritage choisi » repose sur les principes des élections libres et de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux (p. 22-27). D'autres auteurs s'attachent, également, à dégager l'existence d'un tel patrimoine commun aux divers États européens (C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995).

7. D. Turpin, *Droit constitutionnel*, PUF, 2^e éd., 1994 (introduction : « Le droit constitutionnel dans tous ses états », p. 1-8) ; L. Cohen-Tanugi, *La métamorphose de la démocratie*, Odile Jacob, 1989.

8. J.-L. Mestre, in L. Favoreu et a., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2^e éd., 1999, p. 42-46.

9. L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *cette Revue*, 1990, p. 71-89. Cette « notion nouvelle et extensive du constitutionnalisme [...] aboutit à faire apparaître les différences institutionnelles comme secondaires » (P. Lauvaux, « Existe-t-il un modèle constitutionnel européen ? » *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 14, 1991 (*L'Europe et le droit*), p. 54).

10. D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP*, 1990, p. 21.

11. L. Favoreu, *op. cit.*, p. 85-89.

sister sur le fait que la protection des droits de l'homme occupe une place centrale dans le *droit constitutionnel européen*. Mais, pour eux – particulièrement pour Dominique Rousseau –, il s'agissait de « découvrir » les principes du *droit constitutionnel européen* « le cas échéant, dans les différents droits constitutionnels nationaux »¹² et non dans d'éventuels instruments conventionnels.

Pourtant, « toute convention internationale des droits de l'homme a un contenu constitutionnel par nature » étant donné qu'elle constitue un « énoncé des droits et libertés »¹³. Par ailleurs, une large *identité matérielle* existe entre nombre de normes internationales et de normes constitutionnelles relatives aux droits et libertés dans la mesure où, comme l'a justement relevé Denys de Béchillon, « on recense “grosso modo” un clone européen ou international pour chaque droit constitutionnel fondamental »¹⁴. Enfin, les solutions retenues par les juges internes s'agissant du respect des droits et libertés sont assujetties au contrôle des organes supranationaux chargés de veiller à l'application des normes internationales portant sur les mêmes matières, quand bien même de telles solutions interviendraient dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois¹⁵. Partant, les traités internationaux énonçant et garantissant des droits et libertés représentent bien des outils pertinents pour déterminer les fondements de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen.

Ce constat vaut, *a fortiori*, pour la Convention européenne des droits de l'homme qui constitue, dans son domaine, un instrument majeur de la contrainte normative supranationale et « fait incontestablement figure aujourd'hui de Charte européenne des droits de l'homme »¹⁶. Envisagée comme *constitution* au sens matériel du terme, la CEDH s'adresse, en pre-

12. *Op. cit.*, p. 16.

13. F. Sudre, « Constitutions et protection internationale des droits de l'homme », in *Constitution et Droit international, Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel (vol. 8)*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2000, p. 198.

14. « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RFDA*, 1998, p. 227.

15. Ainsi que l'a affirmé l'arrêt emblématique rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Zielinski et a. c. France* (28 octobre 1999, § 59) (F. Sudre, J.-P. Marguenaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Lévinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 5^e éd., 2009, citée *infra* GACEDH, n° 28). Frédéric Sudre a récemment indiqué que cela devrait valoir aussi à l'égard d'une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel rejetant une question préjudicielle d'inconstitutionnalité, le juge de Strasbourg pouvant l'estimer contraire à la Convention européenne s'il est saisi d'une requête visant la décision du juge du fond (« Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2009, p. 672). Et de rappeler que les procédures de contrôle de constitutionnalité ne sont assujetties aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention que lorsque se trouve en cause un contrôle concret (p. 673-674).

16. F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, 7^e éd., 2008, p. 7. Du même auteur, voy. « L'Europe des droits de l'homme », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 14, 1991 (*L'Europe et le droit*), p. 106-114.

mier lieu, au juge interne qui, en vertu du principe de *subsidiarité*, est son juge de droit commun. Ce qui donne aux juridictions nationales suprêmes, comme l'a indiqué Guy Canivet, alors premier président de la Cour de cassation, lors de son allocution d'ouverture de la 8^e Conférence des présidents des cours suprêmes du Conseil de l'Europe (Paris, 26 octobre 2006), « une mission... immense »¹⁷ et, partant, un rôle non négligeable dans l'établissement du « socle » de la protection des droits et libertés dans le *droit constitutionnel européen*. Pour autant, le juge national ne saurait avoir le dernier mot car son interprétation des dispositions de la Convention peut se voir contredite par le juge européen. Ce droit de regard est d'autant plus important que la Convention européenne « fournit le modèle le plus achevé de protection juridictionnelle des droits de l'homme, liant l'ordre public européen des droits de l'homme à un juge européen ayant une compétence obligatoire »¹⁸. Elle « établit... un système qui protège les droits fondamentaux et garantit la protection juridictionnelle de ces droits au profit des individus »¹⁹. Comme elle doit être appréhendée non simplement en tant qu'écrit conventionnel mais avant tout comme écrit prétorien, le corpus jurisprudentiel progressivement bâti par la Cour de Strasbourg revêt donc ici une signification particulière et justifie que la présente communication entende s'y cantonner. En effet, dans la mesure où « la Cour de Strasbourg a nécessairement un rôle créateur comme tout interprète »²⁰, les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme « ne sont pas théoriques mais concrétisés par (s)a jurisprudence », laquelle « fait corps avec le texte du traité »²¹. Du coup, le juge suprême de la Convention en est bien, selon la formule percutante de François Rigaux,

17. « D'une manière générale, il lui appartient d'interpréter et d'appliquer le droit interne à la lumière de la Convention. Par le jeu de la primauté-subsidarité, le juge national est ainsi conduit à "enrichir" le droit interne, en en dégageant des potentialités nouvelles que la CEDH incite à révéler, à "compléter" la loi nationale, en faisant appel à la Convention pour combler une lacune ou pallier une insuffisance de celle-ci, et, enfin, s'il y a lieu, à "écarter" la loi nationale, lorsque celle-ci n'est pas compatible avec les exigences de la Convention » (F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9^e éd., 2008, n° 140). Il suffit de penser à la position de la Cour de cassation en matière de réglementation des sondages d'opinion en période électorale (Crim. 4 septembre 2001, *Amaury*, *JCP G* 2001, II, 10623 ; *cette Revue*, 2001, p. 793, note M. Verpeaux) ou encore d'extension des exigences de l'article 8 de la Convention au courrier électronique (Soc., 2 octobre 2001, *Sté Nikon France SA, D.*, 2001, p. 3148, note P.-Y. Gautier) pour mesurer l'importance de cette fonction d'anticipation.

18. F. Sudre, *op. cit.*, p. 629.

19. A. Stone Sweet, « Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'homme conçue comme une Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, p. 925.

20. J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Mélanges G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 67.

21. G. Cohen-Jonathan, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 53.

le « ministre du sens »^{22, 23}. Se comprend, dès lors, consécutivement au premier constat de torture – forme la plus grave de violence illicite comise par une autorité publique, au sens de l'article 3 de la Convention – visant la France (*Selmouni c. France*, Gr. Ch., 28 juillet 1999, *GACEDH* n° 13)²⁴, l'insistance de l'avocat général près la Cour de cassation, Régis de Gouttes, sur l'importance du « véritable ordre public européen » issu de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, gardienne d'un traité qui « devient [...] une véritable Constitution européenne des droits de l'homme »²⁵.

Cette affirmation conduit à aborder la seconde interrogation au cœur de l'intitulé même de cette communication : dans quelles conditions et jusqu'à quel point la CEDH peut-elle être envisagée comme « socle » de la protection des droits de l'homme au sein de ce *droit constitutionnel européen* ? *A priori*, « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme » (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 48, *GACEDH* n° 7)²⁶. Ses commentateurs ne cessent de le rappeler, « (l)e principe de subsidiarité domine le droit international et européen des droits de l'homme »²⁷. En effet, la CEDH n'a pas été conçue comme un instrument de garantie des droits et libertés destiné à ignorer les singularités des États parties et elle « n'a pas la prétention ni les moyens de remplacer le droit national »²⁸ ; elle n'impose aucune « *uniformité absolue* » (*Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 61) puisqu'elle entend édifier « une norme commune en matière de droits de l'homme sans gommer les particularismes des droits internes »²⁹. Ainsi, une authentique mise en œuvre du principe de subsidiarité suppose la prise en compte de la diversité des traditions nationales et des dispositifs juridiques qui en sont l'expression naturelle – que ces dispositifs traduisent la diversité des règles / solutions de fond (*pluralisme matériel*) ou celle

22. *La loi des juges*, éd. Odile Jacob, 1997, p. 233.

23. La présente communication n'aborde pas la question controversée de la qualification de la Cour de Strasbourg en tant que *cour constitutionnelle*. Sur cet aspect, voy., notamment : J.-F. Flauss, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle ? », *cette Revue*, 1999, p. 711-728 ; A. Stone Sweet, *op. cit.*, p. 923-944.

24. *JCP G* 1999, II, 10193, note F. Sudre.

25. Interview in *Le Monde*, 29 juillet 1999 (souligné par nous).

26. Le paragraphe cité se poursuit ainsi : « la Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribu(a)nt de leur côté, mais n'entr(a)nt en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes ».

27. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9^e éd., 2008, n° 142. *Add* : M. Verdussen, « La protection des droits fondamentaux en Europe : Subsidiarité et Circularité », in F. Delpérée (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 311-333.

28. G. Cohen-Jonathan, « La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants », in *Mélanges Valticos*, Pédone, 1999, p. 391.

29. F. Sudre, « Libertés fondamentales, société démocratique et diversité nationale dans la Convention européenne des droits de l'homme », in A.-M. Le Pourhiet (dir.), *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, PUAM-Economica, 1999, p. 384.

des mécanismes procéduraux (*pluralisme procédural*)³⁰. Les autorités publiques intéressées demeurent libres du choix des mesures à même d'assurer la mise en œuvre des obligations souscrites, la Convention déterminant un standard minimum au-delà duquel les États peuvent aller (art. 53). Le juge européen semble d'ailleurs privilégier la recherche de principes réunissant les diverses réglementations des États contractants et, partant, sa lecture consensuelle, puisqu'il affirme que « la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratique » (*Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, § 95). Manifestement, comme « l'usage de la marge d'appréciation³¹ reflète la présence d'une diversité culturelle et politique des 47 États membres du Conseil de l'Europe »³². Quand bien même il prend soin de préciser que « la marge nationale d'appréciation va [...] de pair avec un contrôle européen » (*Handyside*, préc., § 49), le juge de Strasbourg concède une large latitude aux États dans des domaines significatifs (la liste ne saurait être exhaustive) : choix de politique économique et sociale³³, notamment en matière de restrictions au droit au respect des biens (*James et a. c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 46, *GACEDH* n° 66 ; *Mellacher et a. c. Autriche*, 19 décembre 1989, § 45), de politique fiscale (*Burden c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 29 avril 2008, § 26), d'aménagement foncier et de logement (*Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, § 75 ; *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, § 99, *GACEDH* n° 46³⁴) ou encore de protection de l'environnement (*Hatton et a. c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 8 juillet 2003 ; *Kyrtatos c. Grèce*, 13 mai 2003, § 116) ; réglementation de l'instruction (*Affaire linguistique belge*,

30. M. Delmas-Marty, « Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels) », in P. Tavernier (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1996, p. 81-92.

31. P. Rolland, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, éd. STH, 1990, p. 47 et s. ; P. Lambert, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 63-89 ; C. Picheral, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation française, 2001, p. 61-86.

32. D. Roman, « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'homme ? Observations/Cour EDH, *Evans c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 10 avril 2007 », *Rev. dr. sanit. soc.*, 2007, p. 818.

33. À cet égard, l'utilisation de la CEDH en tant qu'instrument de justice sociale comporte des limites évidentes et les autorités publiques se voient reconnaître une grande autonomie. Néanmoins, tout en leur concédant une « grande latitude pour mener une politique économique et sociale », le juge européen considère qu'« (é)liminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur démocratique » (*James et a. c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 47).

34. L'article 8 de la Convention européenne « ne reconnaît pas comme tel le droit de se voir fournir un domicile pas plus que la jurisprudence de la Cour ». Quand bien même il semble « à l'évidence souhaitable que tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile », le fait de « savoir si l'État accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire ».

23 juillet 1968, § 10, *GACEDH* n° 8 ; *adde GACEDH* n° 56) ; choix du mode de scrutin (*Mathieu-Mobin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987 § 54)³⁵ et conditions d'éligibilité des parlementaires (*Gitonas et a. c. Grèce*, 1^{er} juillet 1997, § 39 ; *Podkolzina c. Lettonie*, 9 avril 2002, § 33 ; *Zdanoka c. Lettonie*, Gr. Ch., 16 mars 2006, § 106, *GACEDH* n° 63) ; limitation du droit d'accès à un tribunal par les immunités parlementaires (*Cordova c. Italie* (n° 2), 30 janvier 2003, § 56) ; protection de la morale (*Handyside*, § 48 ; *Muller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988, § 35, *GACEDH* n° 58 ; *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992, § 68) ; signification de la religion et protection des convictions religieuses (*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, § 50 ; *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 58 ; *I. A. c. Turquie*, 13 septembre 2005, § 23)³⁶ ; réglementation du port de signes religieux dans les établissements d'enseignement (*Leyla Sabın c. Turquie*, Gr. Ch., 10 novembre 2005, § 109 ; *Dogru c. France*, 4 déc. 2008, § 63 ; déc. 17 juillet 2009, *Ghazal c. France*, 29134/08) ; effets de la reconnaissance du syndrome transsexuel dans le domaine du mariage, de la filiation et de la protection de la vie privée (*Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, § 57-58) ; définition scientifique et juridique des débuts de la vie (*Vo c. France*, Gr. Ch., 8 juillet 2004, § 82, *GACEDH* n° 9) ; conditions du recours à l'assistance médicale à la procréation (*X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, § 44) ; question de savoir à quel moment du traitement par FIV le consentement du donneur de gamètes doit être jugé irrévocable (*Evans c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 10 avril 2007, § 81) ; réglementation des *visites conjugales* en prison (*Aliev c. Ukraine*, 29 avril 2003, § 188 ; *Dickson c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 4 décembre 2007, § 81).

On le voit, contrairement à un discours souvent sommaire, le juge européen ne cherche pas systématiquement à exercer une tutelle tatillonne sur les États parties à la Convention. Cependant, cette posture ne saurait faire oublier que, dans un nombre croissant de domaines, il manifeste un interventionnisme et un dynamisme³⁷ spectaculaires. Il faut bien admettre que, s'il lui arrive de rechercher la vérité de la Convention dans l'existence de solutions nationales communes, son souci majeur est de construire un véritable standard européen avec une liberté de plus en plus grande sans, forcément, toujours convaincre et en vidant largement de sa substance le *dialogue des juges*³⁸. Il est vrai que, dans la continuation

35. La large marge d'appréciation en ce domaine a été clairement réaffirmée dans l'arrêt *Yumak et Sadak c. Turquie* (Gr. Ch., 8 juillet 2008, § 132 ; *cette Revue*, 2009, p. 423-430, note M. Lévinet), validant un système retenant un seuil de 10 % des suffrages exprimés au niveau national pour l'attribution des sièges au Parlement.

36. Voy., *GACEDH*, n° 58.

37. F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I, 135.

38. F. Sudre (dir.), « Le dialogue des juges », *Cahiers de l'IDEEDH*, n° 7, Univ. Montpellier I, 2007, p. 5-304.

de celui du *Statut de Londres*, à l'origine du Conseil de l'Europe³⁹, le préambule de la Convention européenne indique que les gouvernements signataires « se réclament » d'« une conception commune » comme d'« un commun respect des droits de l'homme » (considérant 4), ajoutant qu'ils sont « animés d'un même esprit et (qu'ils) possèdent un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit » (considérant 5). Aussi, comme l'a écrit Frédéric Sudre, « interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme et enrichie par sa jurisprudence, la Convention (a-t-elle) donn(é) naissance au droit européen des droits de l'homme, droit commun à la société européenne garantissant des droits de l'homme concrets et effectifs »⁴⁰. Cette concrétisation et cette effectivité⁴¹ ont résulté (et résultent encore aujourd'hui) d'un élargissement progressif tant de l'applicabilité que du contenu des droits garantis grâce à la mobilisation par le juge de Strasbourg des techniques désormais bien connues des *notions autonomes*⁴², de l'*effet horizontal*, des *obligations positives* substantielles et procédurales⁴³, de la *neutralisation* partielle de la clause des « *nécessités locales* » de l'article (ex. Art. 63)⁴⁴, de l'*effet extraterritorial* de certaines de ses dispositions⁴⁵, de la recherche d'un *dénominateur commun aux systèmes juridiques des États*, de l'interprétation à la lumière de l'évolution des

39. Dans le 2^e considérant, les États célèbrent « les valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit sur lesquels se fonde toute démocratie véritable ». De même, dans le préambule de la *Charte atlantique* (4 avril 1949, 2^e cons.), les États renvoient à « leur héritage commun et (à) leur civilisation fondés sur les principes de la démocratie, les libertés individuelles et le règne du droit ».

40. « Convention européenne des droits de l'homme », in J. Andriantsimbazovina et a. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 202.

41. Sans prétendre à une quelconque complétude, on peut citer, pêle-mêle, les domaines de : l'extension des garanties du droit à un procès équitable, le respect de la dignité de la personne humaine en matière de détention, la définition du viol, la définition de l'esclavage domestique, la liberté d'expression politique, la liberté syndicale des fonctionnaires, l'inclusion du droit à la négociation collective et du droit de grève dans le champ de la protection de la liberté d'association, la consécration au titre de l'article 8 du mode de vie des minorités tziganes, la protection de l'environnement, la dépénalisation de l'homosexualité, la prohibition des inégalités frappant l'enfant adultérin.

42. Voy. *GACEDH*, n° 4. Le passage suivant de l'arrêt *Engel et a. c. Pays-Bas* (8 juin 1976, § 81) est emblématique de la finalité poursuivie par cette technique prétorienne : « Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction disciplinaire plutôt que pénale... le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention » (souligné par nous).

43. Voy. *GACEDH*, n° 2 et n° 3.

44. F. Sudre, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in L. Fontaine (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant, 2007, p. 270-271 ; K. Grabarczyk, « Le pluralisme en trompe l'œil : la clause d'application territoriale de la Convention », in M. Lévinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant (à paraître).

45. M. Afroukh, « La neutralisation du pluralisme externe à l'espace conventionnel », in M. Lévinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, op. cit.

normes internationales – autant conventionnelles que de *soft law*⁴⁶ (dont la « méthodologie » est systématisée par le récent arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* (Gr. Ch., 12 novembre 2008, § 60-86)⁴⁷ et fermement critiquée par une partie de la doctrine⁴⁸. Pour justifier pareilles extensions, le gardien suprême de la Convention n'a cessé d'invoquer des principes sous-jacents à l'interprétation de nombre de ses dispositions, comme par exemple, ces dernières années, la notion d'« autonomie personnelle »⁴⁹ qui, par ses effets surprenants – et parfois inquiétants (*K. A. et A. D. c. Belgique*, 17 février 2005, § 84-86) – envahit progressivement son corpus jurisprudentiel au point de « plus en plus devoir jouer le rôle de principe matriciel de la Convention »⁵⁰ et de mettre à mal le respect de la vie et la dignité de la personne humaine (voy. I, *infra*). Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme étend inéluctablement son emprise sur le *droit constitutionnel européen*. Les spécialistes de sa jurisprudence, comme Frédéric Sudre⁵¹, le relèvent régulièrement. À l'occasion d'un colloque tenu à Fort-de-France au mois de décembre 1997, il notait opportunément que la formulation célèbre figurant au § 75 de l'arrêt *Loizidou c. Turquie* (Gr. Ch., 23 mars 1995, *GACEDH* n° 1) – la Convention est l'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » – « semble, par l'unicité normative qu'elle implique, faire bon marché des souverainetés nationales et des particularismes étatiques et l'on peut alors raisonnablement se demander si elle est compatible avec la diversité des mœurs, des valeurs éthiques, des structures juridiques, des pratiques administratives, des héritages historiques – en bref, des traditions nationales – qui caractérisent aujourd'hui, plus que jamais, la composition du

46. G. Gonzalez (dir.), « Les sources internationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH*, n° 7, Univ. Montpellier I, 2007, p. 307-476.

47. *JCP G* 2009, II, 10018, note F. Sudre.

48. J.-F. Flauss, « Actualité de la CEDH (septembre 2008-février 2009) », *AJDA*, 2009, p. 872 et s. L'auteur voit dans le raisonnement de la Cour dans cet arrêt « une position de principe, aussi fracassante qu'inquiétante », une « option méthodologique... au caractère audacieux, et sans doute iconoclaste au regard des canons classiques de l'interprétation conventionnelle ».

49. M. Fabre-Magnan, M. Lévinet, J.-P. Marguenaud, F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement (présentation de J. Mouly) », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 48, 2008 (*La liberté du consentement, le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs »*)/1, p. 3-57 ; M. Lévinet, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 49, 2009 (*La liberté du consentement, le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs »*)/2, p. 3-18.

50. F. Sudre, *Obs. s/ l'arrêt Sorensen et Rasmussen c. Danemark* (Gr. Ch., 11 janvier 2006, adhésion obligatoire à un syndicat constituant une condition préalable d'embauche), *JCP G* 2006, I, 164, n° 10. Dans cet arrêt (*GACEDH* n° 62), la Cour européenne affirme que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention » (§ 54).

51. Voy., dans le même sens : J.-F. Flauss, « Actualité de la CEDH (septembre 2008-février 2009) », *AJDA*, 2009, p. 872 et s.

Conseil de l'Europe »⁵². À Caen, neuf ans plus tard, il constatait que « l'acceptation par le juge européen de la diversité nationale au sein de l'ensemble des États parties à la Convention est aujourd'hui remise en cause » et notait – de façon critique – que la Cour de Strasbourg faisait subir « un double recul au pluralisme comme principe de diversité » : en le réduisant « au plan substantiel » (c'est-à-dire quant aux droits garantis) par une « marginalisation du pluralisme »⁵³ qui emprunterait les trois « dérives » de son « instrumentalisation », de son « ignorance »⁵⁴ et de sa « violation »⁵⁵ ; en le dénaturant « au plan procédural » (quant au mécanisme de contrôle)⁵⁶. Au risque de donner le sentiment de « vouloir construire l'ordre juridique européen sur une relation d'autorité, ou de contrainte »⁵⁷.

Le levier qui permet à la Cour de Strasbourg de faire preuve d'un tel volontarisme est la notion de *société démocratique* qui joue une *fonction idéologique*⁵⁸ dans l'interprétation du texte européen, qui constitue « le modèle [...] qui sous-tend l'interprétation du juge européen »⁵⁹. En effet, le juge de Strasbourg n'a pas manqué de relever le « *lien très clair entre la Convention et la démocratie* » (*Parti communiste unifié de Turquie et a. c. Turquie*, Gr. Ch., 30 janvier 1998, § 45, *GACEDH* n° 6). S'appuyant sur les formulations du Préambule de la Convention, il a rappelé que « *le maintien (des libertés fondamentales) repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont (les États contractants) se réclament* » (*Klass et a. c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 59)⁶⁰. Premier d'une longue série d'arrêts turcs relatifs à la dissolution ou à l'interdic-

52. « Libertés fondamentales, société démocratique et diversité nationale dans la Convention européenne des droits de l'homme », in A.-M. Le Pourhiet (dir.), *op. cit.*, p. 381.

53. L'auteur rappelle l'économie générale du principe de subsidiarité qui « impose de ne pas juger au nom de principes abstraits la réalité juridique nationale », ajoutant que sur le terrain des règles du procès équitable, « le rôle de la Cour européenne devrait être de dégager les principes de procédure communs mais non d'imposer un modèle juridictionnel unique », en « gomm(ant) les particularismes des droits internes... compatibles avec ces principes » (« Le pluralisme saisi par le juge européen », in L. Fontaine (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant, 2007, p. 281).

54. L'auteur s'appuie sur les arrêts britanniques *Christine Goodwin* (préc.) et *Hirst* (n° 2) (Gr. Ch., 6 octobre 2005).

55. Ici, il cite l'arrêt *B. et L. c. Royaume-Uni* (13 septembre 2005), à propos de l'empêchement au mariage entre beaux-parents et beaux-enfants.

56. *Op. cit.*, p. 278-286.

57. *Ibid.*, p. 284.

58. O. Jacot-Guillarmod, « Rapports entre démocratie et droits de l'homme », in *Démocratie et droits de l'homme*, éd. Engel, 1990, p. 69.

59. F. Sudre, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'Office du juge (Actes du colloque des 29-30 septembre 2006)*, coll. « Les colloques du Sénat », p. 224-242. Voy. aussi : F. Jacquemot, *Le standard européen de société démocratique*, Publications Univ. Montpellier I, 2006 ; K. Grabarczyk, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2008.

60. L'affaire concernait une législation autorisant sous certaines conditions la surveillance secrète de la correspondance et des télécommunications.

tion de partis politiques⁶¹, l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et a.* abonde dans ce sens en précisant, solennellement, que la démocratie est « l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle » (§ 44), qu'elle « représente sans nul doute un élément fondamental de l'ordre public européen » (§ 45). Au-delà de ces quelques exemples, l'analyse de l'impressionnant corpus prétorien européen des droits de l'homme permet de vérifier que la notion de *société démocratique* représente un *standard*, à savoir qu'elle conduit ses organes de contrôle – les juges internes comme le juge international – à établir une *échelle de normalité* (même si le standard est susceptible de varier dans le temps), un modèle de ce qui est acceptable, un instrument de référence pour juger de l'étendue souhaitable des droits et libertés. Ainsi, faut-il insister sur son caractère central, totalisant, qui irradie l'ensemble de la Convention (II). Mais, étant donné que la vocation de la notion de *société démocratique* – consistant à orienter l'interprétation de l'ensemble des dispositions de la Convention – tient au fait que cette dernière est « destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs » d'une telle société (*Kjeldsen et a. c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 53, *GACEDH*, n° 56), il importe, auparavant, de s'arrêter quelque peu sur ce préalable des *valeurs inhérentes à la société démocratique*, sur ces « valeurs sous-jacentes à la Convention » souvent mises en avant par le juge de Strasbourg (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 88, *GACEDH*, n° 15 ; *Zdanoka c. Lettonie*, préc., § 98) (I).

I – LA CONVENTION ET LES VALEURS DE LA « SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE » EUROPÉENNE

Ce qui unit les peuples européens, ce qui constitue le soubassement de leur *droit constitutionnel*, c'est une *conception substantielle* et non simplement *formelle* – laquelle conduit à l'exaltation de l'ordre juridique existant, au culte de la toute puissance voire de l'idolâtrie de l'État – de l'*État de droit*. La plénitude de l'*État de droit* suppose, on le sait, que le droit ne soit pas le droit de n'importe quel État mais qu'il soit, au contraire, relié à une conception libérale de la société, à des principes, à des valeurs, que les autorités publiques soient bien assujetties à des règles protégeant les droits et libertés, que leurs actes visent la *pietre angulaire* de toute société que représente la personne humaine, sa dignité

61. *Parti socialiste de Turquie et a.*, 25 mai 1998 ; *Parti de la liberté et de la démocratie (Özdep)*, 8 décembre 1999 ; *Refab Partisi et a.*, Gr. Ch., 13 février 2003, *GACEDH*, n° 55 ; *Yazar, Karata, Aksoy et le Parti du travail du peuple (HEP)*, 9 avril 2002 ; *Dicle pour le DEP (Parti de la démocratie)*, 10 décembre 2002 ; *Parti socialiste de Turquie (STP) et a.*, 12 novembre 2003 ; *Emek Partisi et Senol*, 31 mai 2005 ; *Demokratik Kitle Partisi et Elçi*, 3 mai 2007.

fondamentale et sa liberté⁶². À l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour suprême du Canada, il y a plus de vingt ans, le juge Dickson a rappelé que « (Des tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'équilibre social, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société »⁶³.

Le juge européen entend *a priori* faire sien un tel programme puisque tout au long de l'édification de son corpus prétorien, il n'a cessé de mettre en exergue « le principe du caractère sacré de la vie » (*Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, § 65, *GACEDH*, n° 44 ; *Odièvre c. France*, 13 février 2003, § 45, *GACEDH*, n° 40), l'éminence de la dignité (*Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, § 40 : « la tolérance et le respect de la dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste »)⁶⁴ et de la liberté de la personne (à plusieurs reprises, il a indiqué que « la liberté et la dignité sont l'essence même de la Convention » : *S. W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 44 ; *Pretty*, préc., § 65 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 11 juillet 2002, § 90, *GACEDH*, n° 43). Il a, constamment, insisté sur l'importance cruciale du pluralisme des idées – « chèrement conquis au cours des siècles » (*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 31, *GACEDH*, n° 54) – car « bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante » (*Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 63 ; *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, 2 octobre 2001, § 107). Cette attention portée à la nécessité de respecter la diversité des points de vue l'a même conduit à affirmer, dans une affaire où une institutrice d'une école primaire publique contestait l'interdiction d'arborer un tel

62. Cette approche est consacrée par d'autres organisations européennes », par ex. dans le *Document de Copenhague* adopté par la CSCE le 29 juin 1990 : les États participants « sont déterminés à soutenir et à promouvoir les principes de justice qui constituent les fondements de l'État de droit. Ils considèrent que l'État de droit ne signifie pas simplement une légalité formelle assurant régularité et cohérence dans l'instauration et la mise en œuvre de l'ordre démocratique mais bien la justice fondée sur la reconnaissance et la pleine acceptation de la valeur suprême de la personne humaine et garantie par des institutions offrant un cadre pour son expression la plus complète » (souligné par nous).

63. Opinion du juge Dickson, in *R. c. Oakes* (1986), 1 *RCS* 103.

64. À cet égard, il est regrettable que la Grande Chambre (préc.) n'ait pas repris à son compte la belle formulation de l'arrêt de chambre dans l'affaire *Refab Partisi et a. c. Turquie* (31 juillet 2001, § 42 : « La Convention européenne des droits de l'homme doit se comprendre et s'interpréter comme un tout. Les droits de l'homme constituent un système intégré visant à protéger la dignité de l'être humain ») (souligné par nous).

signe religieux durant son service, qu'il « semble difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves » (déc. 15 février 2001, *Lucia Dablab c. Suisse*, req. n° 42393/98). Il a, régulièrement, réitéré l'importance du pluralisme des comportements (*Handyside*, préc., § 49) comme des principes de l'autonomie personnelle (voy. *supra*) et de la non discrimination⁶⁵. Forcément, l'entreprise d'identification des valeurs propres à la *société démocratique* l'a aussi contraint à aborder, en dépit des difficultés considérables que soulève toute interrogation de cette nature⁶⁶, la délicate question de l'existence d'une hiérarchie des droits et libertés au sein de la Convention⁶⁷.

Pour autant, il ne suffit pas de viser ces valeurs pour être assuré que la Cour de Strasbourg satisfait pleinement son office de *gardien du temple*, de sauvegarde des valeurs fondatrices de la Convention européenne, alors qu'il est très soucieux d'opérer « l'adaptation de la Convention au changement social », de « (l)'ajuster constamment... à l'évolution des mœurs et des mentalités, afin de la préserver de tout anachronisme »⁶⁸ et, donc, d'en délivrer une lecture toujours actualisée. Cette mission, il lui faut l'assumer dans des sociétés fortement laïcisées, dominées par l'hypertrophie des droits subjectifs où, en raison de « l'effritement des liens internes entre la religion, l'éthique et le droit, ce qui est caractéristique des sociétés pluralistes, il devient difficile de comprendre ce qui rend le droit légitime »⁶⁹, alors qu'il s'adresse à « une société européenne en plein changement, traversée par des questions de société divisant les États eux-mêmes et les populations au sein de chaque État »⁷⁰. Il lui

65. F. Sudre et H. Surrel (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008. Néanmoins, la *société démocratique* ne saurait se limiter au principe de libre discussion dans la mesure où elle implique que certaines valeurs soient hors du libre débat (interdit de la torture, des discriminations raciales, sexuelles et autres, existence de « *vérités historiques notoires* » comme la *Shoah*...).

66. T. Meron, « On Hierarchy of International Human Rights », *American Journal of International Law*, 1986, p. 1-23 ; F. Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux ? Y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH ? », in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruylant/LGDJ, 1995, p. 381-398 ; D. Breillat Eillat, « La hiérarchie des droits de l'homme », in *Mélanges P. Ardant*, LGDJ, 1999, p. 353 ; J. Mourgeon, *Les droits de l'homme*, PUF, 8^e éd., 2004, p. 9-10 ; D. Shelton, « Mettre en balance les droits de l'homme : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 153-194 ; P. Gérard, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 203 ; V. Saint-James, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », in J. Andriantsimbazovina et a. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 477-481.

67. Voy. la thèse récente de M. Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Univ. Montpellier I, juin 2009.

68. F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, 7^e éd., 2008, p. 30.

69. M. Rosenfeld, « "Droit et démocratie" : un ouvrage de référence », *RDP*, 2007 (dossier spécial : *Habermas et le droit*), p. 1508.

70. J. Andriantsimbazovina, « Harmonie ou disharmonie de la protection des droits de l'homme en Europe ? Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2005 », *Cab. Dr. Europ.*, 2006, p. 737.

appartient de la mettre en œuvre dans des *sociétés désenchantées* – marquées par le *polythéisme des valeurs*, le « nivellement des valeurs », la difficulté d'arbitrer rationnellement les *conflits de valeurs*⁷¹ – et où, par conséquent, le « libéralisme axiologique ouvre... à chacun le droit de faire entendre son point de vue »⁷². Bref, la détermination des contours des valeurs constitutives du *droit constitutionnel européen* lui est demandée à un moment où, traduisant la prégnance actuelle du postulat de la *finitude de la raison humaine*⁷³, sont largement déployées les thèses prétendant que la définition du bien (de la vérité) ne peut être qu'une définition procédurale⁷⁴ – c'est-à-dire procédant d'un dialogue ouvert, mené dans la transparence par l'ensemble des acteurs sociaux, le consensus déterminant le juste.

Alors que certains auteurs envisagent carrément sa suppression⁷⁵ ou l'accusent, sommairement, de trahir son office en favorisant le surgissement d'une sorte d'*homme sadien*⁷⁶, il faut rendre justice à l'œuvre prétorienne du juge de Strasbourg qui a su préserver les idéaux de la civilisation européenne dans nombre de domaines (encadrement de la violence publique meurtrière, obligations positives inhérentes au respect de la vie, définition des conditions de détention, condamnation de l'esclavage domestique, garanties de la sûreté individuelle, exigences du procès équitable, protection contre les ingérences touchant le secret de la vie privée, le domicile et la correspondance, protection de la vie privée et familiale des étrangers, sauvegarde de la liberté de conscience, préservation des convictions religieuses, défense de la liberté de communiquer des informations et des idées – particulièrement, quant à la liberté de la presse ou encore quant à la liberté d'expression des agents publics, défense de la liberté d'association et de réunion, condamnation des discriminations, sauvegarde du droit au respect des biens...) ⁷⁷. Ce qui n'exclut pas les zones d'ombre, notamment à propos des principes du respect de la vie et de la dignité de la personne humaine.

71. A. Viala, « Valeurs et principes (Distinction) », in J. Andriantsimbazovina et a. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, p. 971-974.

72. A. Viala, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », in J.-J. Sueur (dir.), *Interpréter et traduire*, Bruylant, 2007, p. 212-213 ; B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les valeurs ?*, Le Monde/PUF, 2005.

73. J. Lenoble, « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in J. Lenoble (éd.), *La crise du juge*, Bruylant, 1996, p. 146 : « la raison moderne ne trouve plus que dans la reprise indéfinie d'un débat argumenté l'hypothétique garantie d'un sens ressenti comme vrai. Cela débouche sur un autre rapport du juge à la norme et sur une théorie du jugement juridique qui fasse mieux droit à l'irréductible finitude de la raison humaine ».

74. J. Habermas, « Pluralisme et morale », *Esprit*, juillet 2004, p. 9 et s. ; D. Rousseau, « Questions de Constitution », *Revue Administrative*, 1994, p. 372-373. Pour une critique de cette approche, voy. J.-L. Chabot, « La fonction médiatrice du droit », in J.-L. Chabot et a. (dir.), *Figures de la médiation et lien social*, L'Harmattan, 2006, p. 143-159.

75. V. Haïm, « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ? », *D.*, 2001, p. 2998 et s.

76. B. Edelman, « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, n° 49, 2009, p. 107-133.

77. Voy. GACEDH.

Certes, le droit garanti par l'article 2 s'est vu reconnaître une prééminence formelle : ainsi, l'arrêt *Streletz et a. c. Allemagne* (Gr. Ch., 22 mars 2001, § 94) le présente comme un droit qui « constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et [...] forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme » ; l'arrêt *Odièvre* (préc., § 45) le définit comme une « valeur supérieure garantie par la Convention » et l'arrêt *Pretty* (préc., § 37), comme un droit « sans lequel la jouissance des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire » ; quant au récent arrêt *Zavoloka c. Lettonie* (7 juillet 2009, § 35), il qualifie l'article 2 de « disposition la plus fondamentale de la Convention ». Cependant, en dépit du caractère axiologique d'un droit qui, au-delà de sa dimension subjective (protection contre l'ingérence des autorités publiques), inclut une fonction objective, un principe directeur de leur activité (préservation de la vie), la Cour de Strasbourg relativise et fragilise le respect de la vie. C'est le cas quand elle accorde la priorité à la liberté d'avorter de la femme – dont la santé, largement entendue, est en jeu – sur le droit à la vie du *nasciturus*, « à supposer même que dans certaines circonstances, le fœtus puisse être considéré comme étant titulaire de droits protégés par l'article 2 de la Convention » (déc. 5 septembre 2002, *Boso c. Italie*, n° 50490/99)⁷⁸. Relatif à un avortement consécutif à une grossière erreur médicale, l'arrêt *Vo c. France* a confirmé sa pusillanimité lorsque se trouve en jeu la protection de la vie de l'enfant à naître⁷⁹. D'une part, elle s'y déclare « convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention » (préc., § 85)⁸⁰ ; d'autre part, alors que, dans une *société démocratique*, la protection pénale permet de souligner le respect des valeurs fondamentales (op. dissid. Ress, § 1), elle juge que l'article 2 de la Convention « n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale » (§ 90), alors pourtant qu'elle l'estime nécessaire à propos des activités à caractère industriel susceptibles de mettre en jeu le droit à la vie comme l'exploitation de sites de stockage de déchets (*Oneryildiz c. Turquie*, Gr. Ch., 30 novembre 2004, § 93, 116-117), du viol (*M. C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, § 166) ou encore des pratiques d'*esclavage domestique* (*Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, § 112)⁸¹.

78. *RTD civ.*, 2003, p. 471, chron. J.-P. Marguenaud.

79. *JCP G*, 2004, II, 10158, note M. Lévinet ; *Dr. fam.*, 2004, Comm. n° 194, obs. P. Murat.

80. Dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, le juge européen précise que les embryons *in vitro* « ne peuvent se prévaloir du droit à la vie protégé par l'article 2 » (Gr. Ch., 10 avril 2007, § 54-56, révocation par l'ex compagnon de la requérante de son consentement à la conservation et à l'utilisation des embryons créés par eux conjointement).

81. *JCP G*, 2005, II, 10142, note F. Sudre ; *D.*, 2006, p. 346, note D. Roets.

Quant à la dignité de la personne humaine qui, comme l'a écrit Muriel Fabre-Magnan, « est au cœur du système juridique »⁸², on sait à quel point tant la légitimité même de son invocation que la détermination de sa portée sont fortement controversés⁸³. Et, comme « (d)u même argument de la dignité découlent toutes les attitudes normatives »⁸⁴, il n'est guère étonnant que la Cour européenne partage à son égard les approximations d'autres juridictions⁸⁵. Apparu opportunément dans les arrêts britanniques *Tyrrer* (25 avril 1978, § 33), *S. W. et C.* (22 novembre 1995, § 44), le recours au principe de dignité s'avère être un *recours à éclipses*⁸⁶. Judicieusement mobilisé dans nombre d'affaires intéressant la prohibition de la torture, des traitements inhumains ou dégradants – comme, par exemple, à propos des conditions de détention (*Kudla c. Pologne* (Gr. Ch., 26 octobre 2000, § 94, *GACEDH*, n° 14), des fouilles intégrales des prisonniers (*Valasinas c. Lituanie*, 24 juillet 2001, § 117) ou des châtiments corporels (*D. et a. c. Turquie*, 22 juin 2006, § 49), il est

82. *Introduction générale au droit. Cours et méthodologie*, PUF, 2009, p. 145.

83. A. Sériaux, « La dignité humaine, principe universel du droit ? », *Acta Philosophica. Rivista internazionale di filosofia*, vol. 6 (1997), p. 289-301 ; O. Cayla, « Jeux de nains, jeux de vilains », in G. Lebreton (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, L'Harmattan, 1998, p. 151-164 ; B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.*, 1999, p. 282 s. ; H. Moutouh, « La dignité de l'homme en droit », *RDP*, 1999, p. 159-196 ; C. Neirinck, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in P. Pédrot (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne. Mélanges C. Bolze*, Economica, 1999, p. 39-50 ; S. Marcus-Helmons (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs, les limites irréductibles*, Université catholique de Louvain, Bruylant, 1999 ; B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la CEDH*, La documentation Française, 1999 ; J. Fierens, « La dignité humaine comme concept juridique », in J. Ferrand et H. Petit (dir.), *L'Odyssée des droits de l'homme*, t. I (*Fondations et Naissances des droits de l'homme*), L'Harmattan, 2003, p. 171-184 ; S. Hennette-Vauchez (présentation de Jean Mouly) », *op. cit.*, p. 51-57 ; S. Hennette-Vauchez, « Une dignitas humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits*, n° 48, 2008 (*La liberté du consentement, le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs »*1), p. 59-85 ; B. Mathieu, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 34-49.

84. O. Cayla, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janvier 2003, p. 14. François Borella relève également cet usage éclectique qui dévoile, « loin du ciel des principes », un « concept évolutif, selon les conceptions changeantes de l'opinion » (« Le concept de dignité de la personne humaine », in P. Pédrot (dir.), *op. cit.*, p. 35).

85. Commentant la conciliation opérée par le Conseil constitutionnel entre le principe de dignité et la liberté de la femme enceinte dans la décision *IVG II* (déc. n° 2001-446 DC, 27 juin 2001, *cette Revue*, 2001, p. 619-631, obs. G. Nicolas), Bertrand Mathieu note opportunément qu'« (i)l n'est plus alors le principe fondateur des droits fondamentaux, mais un principe éthique mal défini et plastique propre à couvrir toutes les dérives » (*La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 38).

86. M. Fabre-Magnan, M. Lévinet, J.-P. Marguenaud, F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement (présentation de J. Mouly) », *op. cit.*, p. 51-57.

superbelement ignoré dans les affaires de sadomasochisme (*Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997 ; *K. A. et A. D. c. Belgique*, 17 février 2005) où sa présence s'imposait. Il sert de support à une motivation compassionnelle dans l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (préc., § 90)⁸⁷, est en partie neutralisé dans l'étonnant arrêt *Tremblay c. France* (11 septembre 2007, § 24-25)⁸⁸ ; dans l'arrêt *Evans* (préc., § 89), il vient consolider le droit du donneur de gamètes de retirer son consentement à la conservation d'embryons congelés⁸⁹ et intervient à propos du recrutement et du maintien sous les drapeaux d'un homme de soixante-dix ans dans l'affaire *Tastan c. Turquie* (4 mars 2008, § 32)⁹⁰. La perplexité de l'observateur s'accroît à l'examen de la jurisprudence européenne sur les fonctions qu'elle assigne à la notion d'*autonomie personnelle*⁹¹. Dans certains cas, son invocation vient, pertinemment, fonder une obligation positive de répression de violences physiques, dans la mesure où « une approche rigide » de la poursuite des abus sexuels – comme celle qui consisterait à exiger la preuve d'une résistance physique en toutes circonstances – risquerait d'avoir pour conséquence de laisser certains types de viol non punis et, ainsi, de mettre en péril la protection effective de l'autonomie sexuelle des individus (*M. C. c. Bulgarie*, préc., § 166, non-lieu après le viol d'une adolescente de 14 ans par deux hommes au motif qu'il n'avait pas été établi qu'elle avait opposé une résistance ou appelé à l'aide)⁹². Malheureusement, dans d'autres hypothèses, le principe de l'*autonomie personnelle* prévaut sur celui de

87. P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 1157 s.

88. La Cour européenne n'entend pas établir si la prostitution est en elle-même « inhumaine » ou « dégradante » au sens de la Convention dans la mesure où « il n'y a pas de consensus européen quant à la qualification de la prostitution en elle-même au regard de l'article 3 », alors même que la France est partie à la Convention des Nations Unies pour la répression de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949, laquelle affirme clairement son « incompatibilité avec la dignité et la valeur de la personne humaine » (§ 24). « C'est en revanche avec la plus grande fermeté qu'elle juge la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte » (§ 25).

89. Pour le juge européen, le dispositif de l'État défendeur, qui donne aux personnes intéressées la certitude que leurs gamètes ne pourront être utilisés sans leur consentement, « procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté » (§ 89).

90. « Le recrutement et le maintien [...] sous les drapeaux (de l'intéressé) ainsi que le fait qu'il ait dû participer à des entraînements réservés à des recrues beaucoup plus jeunes que lui [...] ont été particulièrement douloureux et ont porté atteinte à sa dignité ».

91. M. Lévinet, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », préc. (spéc. p. 12-18).

92. *RDP*, 2004, p. 803-806, obs. H. Surrel. Au même paragraphe, la Cour européenne ajoute : « Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les États membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique ».

dignité comme dans la désormais célèbre affaire de sadomasochisme *K. A. et A. D.* qui a donné lieu à une riche glose doctrinale⁹³. En l'occurrence, au nom du prétendu *droit de disposer de son corps*⁹⁴, étant donné que se trouve en cause le « droit d'entretenir des relations sexuelles (qui) découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle » (§ 84), le juge européen fait dépendre la légitimité du « droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible » du seul « respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques » (§ 85-86). Du coup, le « droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible » ne peut rencontrer comme limite que le nécessaire « respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti ». Ici, les implications du *droit à l'autonomie personnelle* sont effrayantes puisque, au nom d'une « liberté sexuelle (qui) primerait donc désormais tous les autres droits de l'homme »⁹⁵. Une telle approche de l'autonomie personnelle, qui légitime le « droit [...] de se déposséder »⁹⁶, est emblématique des dérives promises par la consécration du droit à l'*autonomie personnelle*. Elle dévoile un juge qui, manifestement soucieux de ne pas s'exposer au reproche de *moralisme*, cantonnant la morale sexuelle à une simple morale privée, magnifie le critère aléatoire du consentement⁹⁷, accréditant l'idée qu'il est possible de « faire n'im-

93. *D.*, 2005, p. 2973 s., note M. Fabre-Magnan ; *RTD civ.* 2005, p. 341 et s., chron. J.-P. Marguenaud ; *JCP G*, 2005, I, 159, n° 12, chron. F. Sudre ; *RDP*, 2006, p. 806, obs. M. Lévinet ; *Les Petites Affiches*, 1^{er} août 2006, p. 7, note P. Malaurie ; M. Fabre-Magnan, M. Lévinet, J.-P. Marguenaud, F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement (présentation de Jean Mouly) », *op. cit.*, p. 6-20. *Addé* : J.-P. Marguenaud, « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », in O. Dubos et J.-P. Marguenaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens. Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, éd. Pédone, 2007, p. 85-92 ; D. Roman : « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508 s. ; « "À corps défendant". La protection de l'individu contre lui-même », *D.*, 2007, p. 1284-1293 ; J.-L. Renchon, « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? », in *Mélanges F. Delpérée*, Bruylant/LGDJ, 2007, p. 1309 s. ; M. Lévinet, « La Cour européenne des droits de l'homme aux prises avec la pénalisation du sadomasochisme. Réflexions critiques sur les dérives de l'autonomie personnelle », in *L'identité sexuelle, Essais de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 7, Dalloz, 2008, p. 187-200 ; J.-P. Marguenaud, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, n° 49, 2009 (*La liberté du consentement, le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs »*)(2), p. 19-27.

94. M. Lévinet, « Le principe de *libre disposition de son corps* dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-M. Larralde (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruylant, 2009, p. 71-110 ; M. Fabre-Magnan, M. Lévinet, J.-P. Marguenaud, F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle... », *op. cit.*, p. 20-33.

95. M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/Belgique*) », *D.*, 2005, p. 2976.

96. M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 32.

97. M. Marzano et A. Milon, « Le corps transgressé : du consentement au souci de soi », in D. Borillo et D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 114-116 ; M. Fabre-Magnan, M. Lévinet, J.-P. Marguenaud, F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement (présentation de Jean Mouly) », *op. cit.*, p. 34-50 ;

porte quoi de l'homme, mais à condition que cela se réalise dans la liberté »⁹⁸, alors que, comme l'a justement relevé Michela Marzano, le plein exercice de celle-ci « suppose la visée d'un bien pour soi » et que « (f)aire du consentement le seul critère capable de départager le légitime et l'illégitime au nom du respect des libertés fondamentales de l'être humain amène à vider de l'intérieur les droits de l'homme »⁹⁹.

II – LA CONVENTION ET LE CARACTÈRE INTÉGRATEUR DE LA « SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE » EUROPÉENNE

Comme l'affirme le très important arrêt *Lingens c. Autriche* (8 juillet 1986, § 42) – qui fixe les principes généraux relatifs à la liberté d'expression politique – la notion de *société démocratique* « domine la Convention tout entière » (souligné par nous). En raison de la place de la démocratie dans l'économie générale de la Convention, « la Cour (européenne) s'y réfère [...] pour appuyer l'interprétation favorable aux droits individuels de clauses dans lesquelles le critère ne figure pas expressément »¹⁰⁰. La notion de *société démocratique* ne vise pas seulement les institutions, les droits et libertés proprement politiques dans la mesure où, tout en prenant un relief particulier en matière de *droits politiques*¹⁰¹, elle irradie l'intégralité du dispositif conventionnel. Ce sont tous les droits et libertés qui sont essentiels à la *société démocratique*. En effet, ainsi que l'a écrit Patrick Wachsmann, « le lien intime unissant la proclamation des libertés fondamentales et, en retour, la démocratie leur permet de s'épanouir. À cet égard, tous les droits ont une dimension politique »¹⁰². Il y a là une donnée difficile à récuser même si elle comporte la tentation – réductrice (voy. *Propos conclusifs*) – de réduire la démocratie au respect des droits de l'homme¹⁰³ et rend problématique toute recherche d'une typologie efficiente des « droits constitutifs de la *société démocratique* »¹⁰⁴.

M. Marzano, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, n° 48, 2008 (*La liberté du consentement, le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs »/1*), p. 109-130.

98. C. Delsol, *Eloge de la singularité. Essai sur la modernité tardive*, La Table Ronde, 2000, p. 57. *Addé* : S. Tzitzis, *La Personne, l'humanisme et le droit*, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 16-20.

99. « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle... », p. 128.

100. F. Ost, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre », in F. Ost et M. de Kerkhove, *Entre l'esprit et la lettre : les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1998, p. 292 s.

101. Y. Lecuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2009.

102. « Participation, communication, pluralisme », *AJDA*, 1998, p. 176.

103. J. Andriantsimbazovina, « Les droits de nature politique selon la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges J.-C. Gautron*, Pédone, 2004, p. 8.

104. Voy., par ex. : F. Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH ? », in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruylant, 1995, p. 386-390.

S'ajoutant au substantiel corpus prétorien soulignant l'importance majeure des droits inhérents au principe de *prééminence du droit*, l'arrêt *Handyside* contient des enseignements précieux pour identifier les « principes propres à une “société démocratique” ». Traitant de la liberté d'expression, il vient préciser qu'elle « constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun ». Mais sa portée va bien au-delà : en indiquant « qu'il n'est pas de “société démocratique” » sans la reconnaissance des trois valeurs cardinales que sont « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture » (préc., § 49), le juge européen met en évidence des éléments qui intéressent, globalement, le pluralisme des idées, le pluralisme institutionnel ou encore le pluralisme des comportements.

La Cour de Strasbourg le reconnaît volontiers, la « *première concrétisation* » des principes de la *société démocratique* relève des constitutions nationales (*Parti communiste unifié de Turquie et a.*, préc., § 28). Comme les États répondent du respect de la Convention au travers de l'exercice de « l'ensemble de leur “juridiction” » (*ibid.*, § 29), ils ne disposent d'aucune immunité constitutionnelle et, donc, leur « organisation institutionnelle et politique » doit « respecter les droits et principes inscrits dans la Convention » (§ 30). Sous réserve de la diversité des traditions nationales relatives aux modes de scrutin et aux conditions d'éligibilité, ils doivent veiller à assurer l'effectivité du droit à de libres élections : consacrant « un principe caractéristique » d'un régime politique authentiquement démocratique, l'article 3 du Protocole 1 « revêt... (en effet) dans le système de la Convention une importance capitale » (*Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, § 47). Les droits qu'il garantit « sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'État de droit » (*Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), Gr. Ch., 6 octobre 2005, § 58)¹⁰⁵ et « (t)oute dérogation au principe du suffrage universel risque de saper la validité démocratique du corps législatif ainsi élu et des lois » (*ibid.*, § 62)¹⁰⁶. Par ailleurs, la

105. « Une fois le choix du peuple librement et démocratiquement exprimé, aucune modification ultérieure dans l'organisation du système électoral ne saurait remettre en cause ce choix, sauf en présence de motifs impérieux pour l'ordre démocratique » (*Lykourezos c. Grèce*, 15 juin 2006, § 52, déchéance du mandat parlementaire en application d'une modification constitutionnelle postérieure à l'élection, « en méconnaissance du principe de la confiance légitime » (*ibid.*, § 57) ; *Paschalidis, Koutmeridis et Zabarakis c. Grèce*, 10 avril 2008, § 30 et 33, déchéance du mandat à la suite d'une nouvelle interprétation « *imprévisible* » de la loi concluant que les bulletins de vote blancs doivent être pris en compte pour le calcul du quotient électoral).

106. La notion de *société démocratique* comporte une dimension locale. Ainsi, dans l'affaire *Abmed et a. c. Royaume-Uni* (2 septembre 1998), où de hauts fonctionnaires des collectivités locales critiquaient les restrictions qui leur avaient été imposées en matière politique (impossibilité de briguer un mandat électif, obligation de démissionner d'un poste de responsabilité politique), le juge européen estime que, visant un impératif de neutralité poli-

société démocratique dicte nécessairement une forte synergie entre le droit à des élections libres et d'autres libertés conventionnelles. C'est le cas avec la liberté d'expression, dans la mesure où les droits des articles 10 et 3 du Protocole 1 « sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre » (*Bowman c. Royaume-Uni*, 19 février 1998, § 42), mais aussi pour les libertés protégées par l'article 11 parce que « (l)a protection des opinions et de la liberté de les exprimer constitue l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association » (*Parti communiste unifié de Turquie et a.*, § 42) et, plus généralement, puisqu'« il existe indéniablement un lien entre toutes ces dispositions, à savoir la nécessité de garantir le respect du pluralisme d'opinions dans une société démocratique par l'exercice des libertés civiles et politiques » (*Zdanoka c. Lettonie*, préc., § 115). En effet, comme le droit à de libres élections « ne saurait se concevoir sans le concours d'une pluralité de partis politiques représentant les courants d'opinion qui traversent la population d'un pays », leur « contribution irremplaçable au débat politique », explique que ces partis jouent un « rôle essentiel pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie » (*Parti communiste unifié de Turquie et a.*, § 43-44).

De façon récurrente, le juge de Strasbourg réaffirme le lien privilégié entre *société démocratique* et principe du pluralisme, lequel « repose [...] sur une véritable reconnaissance et sur le respect de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des croyances religieuses et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques » (*Gorzelik et a. c. Pologne*, Gr. Ch., 17 février 2004, § 92)¹⁰⁷. Son insistance sur « la relation directe entre la démocratie, le pluralisme et la liberté d'association » (*Gorzelik et a.*, § 88) et de réunion (manifestation) représente, par ailleurs, un intérêt essentiel pour la défense des cultures minoritaires¹⁰⁸. À ses yeux, « l'existence de minorités et de cultures différentes dans un pays constitue un fait historique qu'une société démocratique devrait tolérer, voire protéger et soutenir selon les principes du droit international » (arrêts grecs *Sidiropoulos*, 10 juillet 1998, § 41 et *Tourkiki Enosi Xanthis et a.*, 27 mars 2008, § 51). Pour le juge européen, la *société démocratique* est une société « où la diversité n'est pas perçue comme une menace mais comme une source d'enrichissement » (*Timishev c. Russie*, 13 décembre 2005, § 56) ; aussi, sur le terrain de l'article 11, l'obligation positive de veiller au respect

tique, l'ingérence poursuivait le but légitime de la protection des droits des électeurs et des membres des assemblées locales « à un régime politique véritablement démocratique au niveau local » (§ 54).

107. Et d'ajouter : « L'interaction harmonieuse des personnes et des groupes aux identités variées est indispensable à la cohésion sociale ».

108. C. Picheral, « Pluralisme et droits des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. Lévinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant (à paraître).

effectif de la liberté d'association et de réunion « revêt une importance particulière pour les personnes ayant des opinions impopulaires ou appartenant à des minorités, et ce parce qu'elles sont plus susceptibles d'être victimes de discrimination » (*Baczkowski et a. c. Pologne*, 3 mai 2007, § 64)¹⁰⁹. Garantie par l'article 10, la liberté d'expression revêt une importance fondamentale (*GACEDH n° 57-59*)¹¹⁰ en tant que « pierre angulaire des principes de la démocratie et des droits de l'homme protégés par la Convention » (Commission européenne des droits de l'homme, Rapport 30 novembre 1993, *Vogt c. Allemagne*, § 71). Elle « vaut non seulement pour les “informations” ou “idées” accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction de la population » (*Handyside*, § 49) et, sans que cela la dispense du respect de la déontologie journalistique, la référence à la *société démocratique* légitime une large compréhension à l'égard de la presse, qualifiée de « chien de garde de la société démocratique » (*Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 59 ; *Thorgeir Thorgeison c. Islande*, 25 juin 1992, § 63).

Naturellement, il ne saurait exister de *société démocratique* sans que soit garantie, dans sa plénitude, la liberté de pensée, de conscience et de religion (*Kokkinakis c. Grèce*, préc., § 33, *GACEDH n° 54*)¹¹¹. C'est l'objet de l'article 9 de la Convention qui protège le droit d'avoir des convictions – comme celui d'en changer sans subir de contrainte ni de préjudice – et celui de les manifester, sous réserve de restrictions dont la légitimité est appréciée en tenant compte de « la nécessité de maintenir un véritable pluralisme religieux, inhérent à la notion de société démocratique » (*Manoussakis et a. c. Grèce*, 26 septembre 1996, § 44). Telle qu'elle est conçue dans la *société démocratique européenne*, la liberté de religion comporte un aspect négatif (elle « implique, notamment (la liberté) d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou de ne pas la pratiquer ») (*Buscarini c. Saint-Marin*, 18 février 1999, § 34), suppose de la part de l'État de satisfaire à des obligations positives afin de permettre

109. Refus d'autoriser une association de défense des droits des homosexuels d'organiser un défilé à Varsovie au motif qu'elle n'avait pas fourni un plan d'organisation de la circulation requis par la loi. Voy., également, l'arrêt *Ouranio Toxo et a. c. Grèce* (20 octobre 2005, § 35) : étant donné que « le pluralisme repose, entre autres, sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions et des identités ethniques et culturelles », l'État voit peser sur lui des obligations positives afin d'assurer l'effectivité de la liberté d'association.

110. J.-F. Flauss, « La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression », in E. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008, p. 97-136.

111. « Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une “société démocratique”, au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents ».

son effectivité (97 membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gllani et 4 a. c. Géorgie, 3 mai 2007, § 134) et postule forcément une dimension prosélytique¹¹², faute de quoi, « “la liberté de changer de religion ou de conviction” [...] risquerait de demeurer lettre morte » (*Kokinakis*, § 31). Il faut ajouter que la détermination des « délicats rapports entre l'État et les religions » (*Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, § 84) *a priori* « exclut toute appréciation de la part de l'État sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci » (*Manoussakis*, préc., § 47)¹¹³, mais oblige à préciser la posture des autorités publiques qui, tout à la fois, sont appelées : à prendre des mesures à l'égard de « représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse » qui « peuvent passer pour une violation malveillante de l'esprit de tolérance dans une société démocratique » (*Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, § 47-48, *GACEDH* n° 58) ; à contrôler les éventuelles dérives sectaires (*Manoussakis*, § 40 ; *Paturel c. France*, 22 décembre 2005, § 31) ; à « limiter la liberté de manifester une religion, par exemple, le port du foulard islamique, si l'usage de cette liberté porte atteinte à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité » (*Refah Partisi et a.*, § 92), par exemple en refusant le cas échéant l'accès des établissements d'enseignement à des élèves arborant des signes religieux, afin que « la manifestation [...] de leurs croyances religieuses [...] ne se transforme pas en un acte ostentatoire de nature à constituer une source de pression et d'exclusion » (déc. 24 janvier 2006, *Köse et 93 a. c. Turquie*, n° 26625/ 02) ; à veiller à ce que, dans la mise en œuvre du droit à l'instruction (art. 2 Protocole 1) – qui, « (d)ans une société démocratique [...] (est) indispensable à la réalisation des droits de l'homme » (*Leyla Sabih c. Turquie*, Gr. Ch., 10 novembre 2005, § 137) –, elles fassent en sorte « que les informations ou les connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste », sans « poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions philosophiques et religieuses des parents » (*Kjeldsen et a. c. Danemark*, 7 décembre 1976, § 53, *GACEDH* n° 56)¹¹⁴, tout en étant attentives au fait que « lorsqu'au lieu de le conforter, le droit des parents

112. A. Débet, « Signes religieux et jurisprudence européenne », *Archives de philosophie du droit (La laïcité)*, tome 48, 2005, p. 121 s. ; M. Lévinet, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la question du prosélytisme religieux », in *Mélanges Y. Ben Achour*, Centre de publications univ., Tunis, 2008, p. 171-187.

113. Relatif à une intervention injustifiée de l'État dans un conflit interne à une communauté *vieille-orthodoxe*, le récent arrêt *Mirulobovs et a. c. Lettonie* rappelle (la formulation figurait déjà au § 78 de l'arrêt *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* du 26 octobre 2000) cet impératif qui s'impose, « sauf dans des cas très exceptionnels » (15 septembre 2009, § 80).

114. Ces principes ont été solennellement réaffirmés dans deux importants arrêts rendus en 2007 (*Folgero et a. c. Norvège*, Gr. Ch., 29 juin ; *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, 9 octobre).

au respect de convictions religieuses entre en conflits avec le droit de l'enfant à l'instruction, les intérêts de l'enfant priment » (déc. 30 juin 1993, *Nilsson c. Suède*, n° 17678/91 ; déc. 27 avril 1999, *Martins Casimiro et Cerveira Martins c. Luxembourg*, n° 44888/98). Confronté au double défi du pluralisme entre religions et du pluralisme interne à telle confession religieuse, l'État partie à la CEDH peut légitimement chercher à « concilier les intérêts des divers groupes » (*Kokkinakis*, § 33) mais en veillant au « devoir de demeurer neutre et impartial » (*Haut Conseil spirituel de la communauté musulmane c. Bulgarie*, 16 décembre 2004, § 93), c'est-à-dire en respectant l'autonomie institutionnelle des communautés religieuses (*Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, 26 octobre 2000, § 62 ; *Mirolobous et a. c. Lettonie*, préc., § 80 et 89), ce qui signifie qu'il « n'a pas besoin de prendre des mesures » pour s'assurer qu'elles « demeurent ou soient placées sous une direction unique » : les tensions consécutives à leurs divisions traduisant les « conséquences inévitables du pluralisme », son rôle « ne consiste (donc) pas à supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais à veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent les uns les autres » (*La Métropole de Bessarabie et a. c. Moldavie*, 13 décembre 2001, § 116). Comme « il devient clair que la question des rapports entre société, politique et religion est désormais au cœur des débats que suscite la définition d'une identité européenne »¹¹⁵, il ne faut pas s'étonner de voir le juge de Strasbourg insister sur « le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État » (*Leyla Sabih*, préc., § 107) mais également sur « le rôle de l'État en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions » (*Refah Partisi et a.*, § 119)¹¹⁶. Dans l'un de ses arrêts majeurs en la matière¹¹⁷, ne s'est-il pas, pédagogiquement, attaché à rappeler « la place qu'occupe la religion dans une société démocratique » (*Refah Partisi et a.*, § 90)¹¹⁸. Comme, dans une *société démocratique*, « (l')État de droit est forcément un État sécularisé, laïcisé, ce qui entraîne l'autonomie du système juridique sur le plan organique, formel et matériel »¹¹⁹, le juge européen y définit, à l'intention de l'ensemble des États contractants, un modèle de comportement qui prohibe tout modèle d'État et de société organisé selon les règles religieuses. Du coup, le fait de prôner l'introduction dans

115. R. Mehdi, « L'Union européenne et le fait religieux. Éléments du débat constitutionnel », *cette Revue*, 2003, p. 227.

116. M. Lévinet, « Laïcité et société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in G. Gonzalez (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p. 81-114.

117. M. Lévinet, « L'incompatibilité entre État théocratique et Convention européenne des droits de l'homme. À propos de l'arrêt rendu le 13 février 2003 par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Refah Partisi et a. c. Turquie* », *cette Revue*, 2004, p. 207-221.

118. De manière fort didactique, les § 90 et s. de l'arrêt sont précédés d'un intitulé significatif : « *La démocratie et la religion dans le système de la Convention* » (souligné par nous).

119. Ben Achour, *Introduction générale au droit*, Centre de publications univ., Tunis, 2005, p. 126.

l'ensemble des rapports de droit d'une distinction entre les particuliers fondée sur la religion contredit la Convention dans la mesure où il s'agit d'un système qui « catégoriserait » les particuliers selon leurs croyances religieuses « et leur reconnaîtrait des droits et libertés non pas en tant qu'individus, mais en fonction de leur appartenance à un mouvement religieux ». Or, un tel dispositif « supprime le rôle de l'État en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions dans une société démocratique » puisqu'il « obligerait les individus à obéir, non pas à des règles établies par l'État » à ce titre, « mais à des règles statiques de droit imposées par la religion concernée » (§ 119). La condamnation se fait plus sévère lorsque se trouve affirmée qu'« (i)l est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la charia » (§ 123), constat qui tient à la nature de loi religieuse de la shari'a (appréhendue comme « reflétant fidèlement les dogmes et les règles divines édictées par la religion ») et au fait qu'elle contient des règles d'inspiration religieuse portant atteinte aux valeurs de la *société démocratique* (règles de droit pénal, statut de la femme).

Les principes propres à une *société démocratique* incluent également la prohibition des discriminations, la protection de la vie et de l'intégrité de la personne ainsi que le respect de la prééminence du droit. Sans surprise, le juge européen voit dans *le principe consacré par l'article 14* « l'un des principes fondamentaux de la démocratie » (*Refah Partisi et a.*, § 119). Dans cette affaire, se trouve clairement fustigé le projet, imputé au parti politique requérant, de vouloir instaurer un *système multi-juridique*, c'est-à-dire un système qui, visant à établir « une différence de traitement entre les justiciables dans tous les domaines du droit public et privé selon leur religion ou leur conviction », « n'a aucune justification au regard de la Convention, et notamment [...] de son article 14, qui prohibe les discriminations » (§ 119). Fondé sur la charia, un tel régime « se démarque nettement des valeurs de la Convention », notamment en raison de « la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique » (§ 123) (le § 128 cite « la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession »). Relatif à un refus d'accéder à une partie du territoire russe, opposé à une personne en raison de son origine tchéchène, l'arrêt *Timishev c. Russie* (13 décembre 2005, § 58) indique qu'« il n'existe pas de différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne qui soit à même d'être objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine fondée sur les principes du pluralisme et du respect des différentes cultures ». De même, dans son arrêt *D. H. et a. c. République tchèque*, « rappelant l'importance fondamentale de la prohibition de la discrimination raciale », la Cour de Strasbourg précise que « l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas

faire l'objet d'une telle discrimination » (Gr. Ch., 13 novembre 2007, § 204). *Les droits garantis par les articles 2 et 3* consacrent, chacun, « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe » (*Mc Cann et a. c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 27 septembre 1995, § 195, *GACEDH* n° 10 ; *Soering*, 7 juillet 1989, § 88, *GACEDH* n° 15)¹²⁰. Les exigences inhérentes à la *société démocratique* font peser sur les États des obligations positives – substantielles comme procédurales – à même de concrétiser leur place éminente dans le système de la Convention. Dans une *société démocratique*, existe une *obligation positive de préserver la vie*, qu'il s'agisse d'encadrer le recours à la violence publique meurtrière ou de traiter de situations ne résultant pas de l'emploi de la force publique (*Osman c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 28 octobre 1998, *GACEDH* n° 11), dans la mesure où « la première phrase de l'article 2, § 1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction » (*L. C. B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 36). Par ailleurs, en insistant sur le « rejet par les Parties contractantes de la peine capitale, qui ne passe plus pour avoir sa place dans une société démocratique » (*Öcalan c. Turquie*, Gr. Ch., 12 mai 2005, § 207, *GACEDH* n° 12), le juge de Strasbourg met opportunément l'accent sur l'importance du mouvement européen de délégitimation de la peine de mort (§ 163 : « les territoires relevant de la juridiction des États membres » du Conseil de l'Europe « forment à présent une zone exempte de peine de mort »).

Enfin, comme l'a relevé Patrick Wachsmann, « la liaison est constante entre l'appel à la prééminence du droit et la référence à la société démocratique »¹²¹. Assurément, le *principe de la prééminence du droit* est « l'un des principes fondamentaux » de la *société démocratique* (*Klass et a. c. RFA*, 6 septembre 1978, § 55 ; *Brogan c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, § 58). Socle sur lequel repose l'intégralité du droit européen des droits de l'homme et, donc, le *droit constitutionnel européen* (des droits et libertés), l'idée de prééminence du droit « inspire la Convention tout entière » (*Engel et a. c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *GACEDH* n° 4), ce qui implique une protection adéquate contre l'arbitraire des immixtions des

120. S'agissant de la question de la qualification de « torture » ou de « traitements inhumains et dégradants », la Cour « estime que certains actes autrefois qualifiés de "traitements inhumains et dégradants", et non de "torture", pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir. La Cour estime en effet que le niveau d'exigences croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » (*Selmouni c. France*, Gr. Ch., 28 juillet 1999, § 101, *GACEDH* n° 13) (souligné par nous). Dans sa décision *Ould Dab c. France* (17 mars 2009, n° 13113/03), le juge européen indique que « l'interdiction de la torture occupe une place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme ».

121. « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges J. Schwob*, Bruylant, 1997, p. 260.

autorités publiques dans l'ensemble des droits garantis par la Convention (l'exigence de légalité, inscrite dans le § 2 des articles 8 à 11, vaut pour l'ensemble de ses dispositions puisque, pour être compatible avec la prééminence du droit dans une *société démocratique*, tout dispositif juridique interne doit comporter des garanties contre l'arbitraire). D'une part, le comportement des autorités publiques doit s'inscrire dans les limites des règles de droit préexistantes – lesquelles doivent définir avec suffisamment de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré (*Kruslin c. France*, 24 avril 1990, § 30-36, *GACEDH* n° 5) ; d'autre part, sans exclure la possibilité d'un contrôle par d'autres organes, le principe de la prééminence du droit s'appuie sur la justice¹²², « institution essentielle à toute société démocratique » (*Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, § 34), ce qui sous-entend l'existence d'un système juridictionnel effectif (indépendance, impartialité, compétences nécessaires) dans la mesure où les tribunaux contribuent à l'enracinement et à la stabilité de la démocratie (de façon régulière, le juge européen se réfère à « la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer au justiciable dans une société démocratique » (*Piersack c. Belgique*, 1^{er} octobre 1982, § 30)¹²³. Naturellement, l'impact du principe de la prééminence du droit est particulièrement sensible quand sont concernés certains droits, comme le *droit à la liberté et à la sûreté* (*De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 juin 1971, § 65, *GACEDH* n° 19) – étant donné « l'importance du droit à la liberté dans une société démocratique » (*Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, § 37) et au fait que, « dans une société démocratique adhérant à la prééminence du droit [...] une détention arbitraire ne peut jamais passer pour "régulière" » (*Winterwerp*, préc., § 33) –, le *droit à un procès équitable garanti par l'article 6* (*Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, § 25 ; *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 34-35), « eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique » (*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 24, *GACEDH* n° 2)¹²⁴, le

122. Pour le juge de Strasbourg, liée à la notion de *société démocratique*, la prééminence du droit « implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire, car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière » (*Klass et a.*, préc., § 55). Et d'ajouter qu'un système institutionnel « soumis au principe de la prééminence du droit », comporte « essentiellement », un contrôle « efficace de l'exécutif », exercé, sans préjudice du contrôle parlementaire, « par un pouvoir judiciaire indépendant » (*Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 66).

123. Pour un autre exemple, voy. *Chemir c. République tchèque*, 7 juin 2005, § 55 : « il est d'une importance fondamentale que les tribunaux d'une société démocratique inspirent confiance aux justiciables, à commencer, au pénal, par les détenus ».

124. L'affirmation est répétée à propos des droits de la défense (*Artico c. Italie*, 13 mai 1980, § 33 ; *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, § 59), ce qui justifie le rappel solennel de sa jurisprudence traditionnelle par la Cour dans l'affaire *Öcalan c. Turquie* : « le droit pour l'accusé, de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique » (préc., § 146).

droit au respect du principe de la légalité des délits et des peines (art. 7)¹²⁵, le *droit à un recours effectif*, prévu par l'article 13, « disposition (qui) a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un "grief défendable" fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié » (*Conka c. Belgique*, 5 février 2002, § 75) ou encore « le droit fondamental qu'est le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction » (*Zoulotoukhine c. Russie*, Gr. Ch., 10 février 2009, § 78), garanti par l'article 4 du Protocole 7 (*ne bis in idem*)¹²⁶. Dans ces domaines, la référence à la prééminence du droit produit des effets décisifs sur la possible renonciation aux droits (*De Wilde, Ooms et Versyp*, préc., § 65 ; *Deweere c. Belgique*, 27 février 1980, § 49 ; *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, 25 février 1992, § 38 ; *Poitrimol c. France*, 23 novembre 1993, § 31 ; *Sejdovic c. Italie*, 10 novembre 2004, § 30)¹²⁷. Pour autant, les impératifs inhérents au principe de la prééminence du droit irradiant l'ensemble de la Convention, comme le montre le seul exemple de la formulation retenue au § 83 de l'arrêt *Conka* (préc.) : « il convient de souligner que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérent à l'ensemble des articles de la Convention ».

Les développements qui précèdent sont loin de rendre compte de la totalité des implications que produit la référence à la *société démocratique* dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme et, par voie de conséquence, dans *la protection des droits de l'homme au sein du droit constitutionnel européen*. Pour faire bonne mesure, il faudrait ajouter que, comme « l'idée de société démocratique appara(ît) comme une référence normative essentielle »¹²⁸, elle implique que les États contractants soient habilités à mobiliser les moyens nécessaires pour en assurer la sauvegarde. Ce souci de la préservation de la *société démocratique* passe

125. « La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public » (déc. 17 mars 2009, *Ould Dab c. France*, préc.).

126. Dans cet arrêt, la Cour précise qu'il faut entendre cette disposition « comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes » (§ 82).

127. P. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la liberté individuelle*, Bruylant, 2001.

128. P. Gérard, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2007, p. 2006.

autant par l'exercice d'une fonction de régulation que de défense proprement dite¹²⁹, laquelle autorise, le cas échéant, le recours à des moyens exceptionnels.

Cette préservation suppose un arbitrage – souvent délicat – entre droits et libertés antagoniques. Le juge européen l'a clairement reconnu dans son arrêt *Chassagnou et a. c. France*, « (la) constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun constitue le fondement d'une "société démocratique" » (29 avril 1999, § 113, *GACEDH* n° 67). Aussi, lorsqu'il est appelé à se prononcer sur la façon dont ces conflits de droits ont été gérés, il le fait en considération des exigences de la *société démocratique*¹³⁰. Philippe Gérard rappelle, à cet égard, que « La détermination des limites de certains droits, de même que l'appréciation de leur valeur ou de leur poids en cas de conflit avec des prérogatives concurrentes se révèlent dépendantes des fonctions qu'exercent ces droits dans une société démocratique ». Et de donner l'exemple de la liberté d'expression dont la « définition (de) la valeur ou (du) poids [...] (a été conduite) en tenant compte du contexte démocratique dans lequel cette liberté remplit une fonction d'intérêt général »¹³¹. La récente accentuation dans la jurisprudence européenne de la nécessité de parvenir à un équilibre entre le droit à la liberté d'expression – particulièrement quand elle emprunte la voie de la presse – et le droit à la réputation vient confirmer la justesse de cette analyse. Le juge de Strasbourg semble, en effet, désormais s'orienter vers un rééquilibrage entre liberté d'expression et droit à la protection de la réputation – ce dernier relevant de l'article 8 en tant que « *partie du droit au respect de la vie privée* » (*Radio France c. France*, 30 mars 2004, § 31 ; *Chauvy et a. c. France*, 29 juin 2004, § 70¹³² ; *Pfeifer c. Autriche*, 15 novembre 2007, § 35¹³³) – et considère, dans l'arrêt de principe *Petrina c. Roumanie*, que « l'obligation positive découlant de l'article 8 (adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux) [...] doit entrer en jeu si les affirmations en cause dépassent les limites des critiques acceptables sous l'angle de l'article 10 » (14 octobre 2008, § 39)¹³⁴. Cette inflexion juris-

129. M. Nowak, « Limitations imposées aux droits de l'homme dans une société démocratique », *RUDH*, 1992, p. 402-409.

130. P. Ducolombier, *Les conflits de droits devant la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse Univ. Strasbourg, 2008.

131. *Op. cit.*, p. 205.

132. Diffamation des époux Aubrac dans un livre sur l'arrestation de Caluire en 2003.

133. À propos d'un journaliste accusé d'avoir déclenché une *chasse à l'homme* ayant poussé au suicide un professeur poursuivi pour avoir relativisé les crimes nazis, la Cour indique que « la réputation d'une personne, même quand elle est critiquée dans le contexte d'un débat public, représente une partie de son identité personnelle et de son intégrité psychologique ».

134. *JCP G* 2009, I, 104, n° 9, chron. F. Sudre ; *RTD civ.* 2008, p. 648, chron. J.-P. Marguenaud. L'affaire concernait le rejet d'une plainte pour diffamation visant des journalistes auteurs d'une campagne de presse présentant un homme politique comme ex-agent de la *Securitate*.

prudentielle confirme que « le respect de la réputation constitue un droit fondamental autonome » (op. concord. L. Loucaides *s.l. Lindon, Otschakovsky-Laurents et July* (Gr. Ch., 22 octobre 2007), ce dernier arrêt étant, à cet égard, emblématique (le resserrement du contrôle sur l'exercice de la liberté d'expression est visible aussi à propos de la question de la protection des sources journalistiques comme le montre l'arrêt *Stoll c. Suisse*, Gr. Ch., 10 décembre 2007, *GACEDH* n° 57).

La préservation de la *société démocratique* suscite des ingérences (condamnation pénale, dissolution, interdictions de réunions et de manifestations, interdictions professionnelles, révocation, saisie de publications, refus d'autorisations, surveillance de la correspondance, des communications...) dont la proportionnalité¹³⁵ est appréciée à l'aune de ce qui est jugé approprié à la pérennité de la *société démocratique*. À l'instar de la fonction qu'elle a reconnue à la presse (voy. *supra* § 17), la Cour de Strasbourg assure, comme l'a écrit son actuel président, une mission de « chien de garde de la société démocratique » ; elle est « un chien qui garde les valeurs de la Convention »¹³⁶. En effet, *société démocratique* et droits et libertés ne se confondent pas¹³⁷. Une jurisprudence ancienne – maintes fois confirmée (*Parti communiste unifié de Turquie et a.*, préc., § 32 ; *Zdanoka*, préc., § 100) – affirme « inhérente au système de la Convention une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels » (*Klass et a.*, préc., § 59)^{138, 139}. Ainsi, comme l'a précisé l'arrêt *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France*, compte tenu du « consensus européen sur la volonté de réglementer strictement la publicité des produits en faveur du tabac », de l'importance de « la lutte contre le fléau social que constitue le tabagisme », « des considérations primordiales de santé publique [...] peuvent primer sur [...] certains droits fondamentaux comme la liberté d'expression » (5 mars 2009,

135. S. Van Droghenbroeck, *La proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001 ; P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005.

136. J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Mélanges G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 88.

137. J. Andriantsimbazovina, « L'État et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges G. Cohen-Jonathan*, tome I, Bruylant, 2004, p. 57 et s.

138. À propos du renvoi vers l'Ouganda d'une sidéenne ressortissante de cet État, la Cour rappelle que « le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention » (*N. c. Royaume-uni*, Gr. Ch., 27 mai 2008, § 44).

139. Cela vaut particulièrement dans le cadre de la vie politique : « le pluralisme et la démocratie se fondent sur un compromis exigeant des concessions diverses de la part des individus et des groupes d'individus, qui doivent parfois accepter de limiter certaines des libertés dont ils jouissent afin de garantir une plus grande stabilité du pays dans son ensemble » (*Refab Partisi et a.*, préc., § 99).

§ 46-47)¹⁴⁰. Plus généralement, les dangers qui menacent la démocratie – particulièrement au sein de pays marqués par des expériences historiques douloureuses (cauchemar du nazisme, totalitarisme communiste, régime théocratique) – justifient la posture de la « *démocratie apte à se défendre* » (« *wehrhafte demokratie* ») (*Vogt c. Allemagne*, Gr. Ch., 26 septembre 1995, § 51, *GACEDH* n° 59 ; *Rekvényi c. Hongrie*, 20 mai 1999, § 41 ; *Sidabras et Dziutas c. Lituanie*, 27 juillet 2004, § 54). Du coup, « le droit légitime d'une société démocratique de se protéger contre les agissements d'organisations terroristes » élargit la marge nationale d'appréciation, par exemple sur le terrain de la liberté de la correspondance (*Klass et a.*, § 41-42), de visites domiciliaires (*Murray c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1994, § 47) ou en matière de liberté d'expression (*Zana c. Turquie*, 25 novembre 1997, § 55). Dans ce dernier domaine, la Cour de Strasbourg reconnaît « l'intérêt légitime d'un État démocratique à ce que sa fonction publique œuvre aux fins énoncées à l'article 10, § 2 » – ce qui implique le respect d'une exigence de loyauté démocratique – étant entendu qu'il lui revient « en tenant compte des circonstances de chaque affaire de rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l'individu à la liberté d'expression et l'intérêt légitime d'un État démocratique » (*Vogt*, préc., § 53). Par ailleurs, un État peut « protéger l'intégrité du processus démocratique en excluant la participation aux travaux d'un corps législatif démocratique de ceux qui avaient joué un rôle actif et dirigeant dans un parti directement impliqué dans la tentative de renversement par la violence du régime démocratique nouvellement établi » (*Zdanoka*, préc., § 122, *GACEDH* n° 63). La nécessité de la préservation de la *société démocratique* autorise même une nouvelle approche de l'interprétation de l'article 1 du Protocole 1 consacrant le droit à des élections libres qui, depuis l'arrêt *Zdanoka*¹⁴¹, est appréhendé comme appelant des « normes » de contrôle européen plus compréhensives de l'autonomie nationale et, donc, « moins strictes » que celles utilisées pour légitimer les ingérences fondées sur la clause d'ordre public des articles 8 à 11 de la Convention (§ 115 a). Ainsi, en présence d'une privation du droit d'être élu, le contrôle européen « se limite pour l'essentiel à vérifier l'absence d'arbitraire dans les procédures internes conduisant à priver un individu de l'éligibilité » (§ 115 e). Et l'arrêt d'ajouter que « (s)i pareille restriction ne peut guère être admise dans le contexte d'un système politique donné, tel que celui par exemple d'un pays qui est doté d'un cadre éta-

140. Condamnation à une amende de 30 000 euros et à verser 10 000 euros de dommages et intérêts au *Comité national contre le tabagisme* à la suite de la publication d'une photo d'un champion automobile arborant une combinaison où apparaissait le logo d'une marque de cigarettes.

141. Pour certains auteurs, il constitue un « revirement de jurisprudence d'envergure » (*AJDA*, 2006, p. 1718, chron. J.-F. Flauss).

bli d'institutions démocratiques depuis des dizaines d'années ou plusieurs siècles, elle peut être jugée acceptable [...] compte tenu du contexte historico-politique ayant conduit à son adoption et de la menace que représente pour le nouvel ordre démocratique la résurgence d'idées qui risqueraient de conduire à la restauration d'un régime totalitaire si on les laissait gagner du terrain » (§ 133). Pour autant, seuls « des motifs impérieux pour l'ordre démocratique » sont de nature à légitimer des restrictions aux droits politiques sauf à porter atteinte à la substance même du droit d'être élu et d'exercer un mandat (arrêts turcs *Kavakçi*, 5 avril 2007 et *Sobaci*, 29 novembre 2007). Partant, la déchéance automatique du mandat parlementaire du fait de la seule appartenance à un parti politique dissous, indépendamment des activités politiques menées à titre personnel, porte atteinte à la substance du droit à de libres élections de même qu'« au pouvoir souverain de l'électorat » (arrêts turcs : *Sadak et a.*, 11 juin 2002, § 40 ; *Kavakçi*, préc., § 44-46 ; *Sobaci*, préc., § 32)¹⁴².

La défense de la *société démocratique* peut conduire à interdire ou à dissoudre les partis et groupements politiques. Cependant, en harmonie avec les suggestions émises tant par la *Commission de Venise*¹⁴³ que par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁴⁴, le juge de Strasbourg considère que « seules des raisons convaincantes et impératives (peuvent) justifier des restrictions à la liberté d'association » (*Parti communiste unifié de Turquie et a.*, § 46), y compris dans le cas d'une interdic-

142. Relatifs à la déchéance du mandat et à l'interdiction d'être membres fondateurs, adhérents, dirigeants ou commissaires aux comptes d'un autre parti politique pendant 5 ans, les deux derniers arrêts sont très discutables dans la mesure où les intéressés, membres du *Fazilet Partisi*, dissous par la Cour constitutionnelle en tant que centre d'activités contraire au principe de laïcité, s'étaient prononcés pour un État théocratique et le port du foulard islamique dans les établissements d'enseignement, les locaux de l'administration publique et au Parlement.

143. *Lignes directrices sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et mesures analogues*, 10-11 décembre 1999. Elle recommande de cantonner la dissolution aux « cas où les partis prônent l'utilisation de la violence ou l'utilisent comme un moyen politique pour faire renverser l'ordre constitutionnel démocratique ».

144. *Résolution 1308 (2002) relative aux restrictions concernant les partis politiques dans les États membres* : § 11, ii. « les restrictions ou dissolutions de partis politiques ne peuvent être que des mesures d'exception, ne se justifiant que dans les cas où le parti concerné fait usage de violence ou menace la paix civile et l'ordre constitutionnel et économique du pays » ; § 11, v. « l'interdiction ou la dissolution d'un parti politique ne peut intervenir qu'en dernier ressort » (addé *Résolution 1622 (2008), Fonctionnement des institutions démocratiques en Turquie : développements récents*, § 10 et 11). (Rés. 1622 (2008), 26 juin 2008, *Fonctionnement des institutions démocratiques en Turquie : développements récents*, § 7). Tout comme l'Union européenne, l'Assemblée parlementaire a exercé une forte pression à propos de la procédure engagée en vue d'obtenir la dissolution du parti actuellement au pouvoir en Turquie – l'AKP – et qui s'est terminée par l'arrêt de la Cour constitutionnelle turque du 23 juillet 2008, lequel s'est limité à infliger à cette formation politique de simples sanctions financières : « préoccupée par le fait que, indépendamment de son aboutissement, l'action judiciaire engagée contre le parti au pouvoir, le Premier ministre et le Président de la République nuit sérieusement à la stabilité politique du pays, ainsi qu'au fonctionnement démocratique des institutions de l'État » (§ 8).

tion temporaire (*Parti populaire démocrate-chrétien c. Moldova*, 14 février 2006, § 77). Elle fait dépendre la légitimité de l'action partisane du respect de deux conditions tenant aux moyens utilisés – « être à tous points de vue légaux et démocratiques » – et au changement avancé – « être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux » (*Refah Partisi et a.*, § 98)¹⁴⁵. Aussi, est in conventionnelle une dissolution motivée par le fait que le parti se réfère au « peuple », à la « nation », à des « citoyens » « kurdes » et à la nécessité de reconnaître leur « existence », mais ne prône pas leur séparation du reste de la population de l'État (*Parti communiste unifié de Turquie et a.*, § 56) dans la mesure où « l'une des caractéristiques principales de la démocratie réside dans la possibilité qu'elle offre de résoudre par le dialogue et sans recours à la violence les problèmes que rencontrent un pays, et cela même quand ils dérangent » (*ibid.*, § 57). Les partis politiques peuvent défendre l'instauration d'une fédération où Turcs et Kurdes seraient représentés sur un pied d'égalité et sur une base volontaire puisqu'« il est de l'essence de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un État, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même » (*Parti socialiste et a. c. Turquie*, 25 mai 1998, § 47). Pareillement, « le droit à l'autodétermination et la reconnaissance de droits linguistiques ne sont pas, comme tels, contraires aux principes fondamentaux de la démocratie » (*Yazar, Karata, Aksoy et le Parti du travail du peuple (HEP) c. Turquie*, 9 avril 2002, § 57). À l'opposé, « un parti dont les responsables incitent à recourir à la violence ou proposent un projet politique qui ne respecte pas la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît ne peut se prévaloir de la protection de la Convention contre les sanctions infligées pour ces motifs » (*Refah Partisi et a.*, § 98). La conséquence est que le projet imputable à un parti de créer un État théocratique et le possible recours au *djihad* comme méthode politique sont – surtout s'il dispose d'un potentiel réel pour le réaliser¹⁴⁶ – forcément incompatibles avec la Convention (*supra*, § 18)¹⁴⁷. Il en va de

145. Cette jurisprudence libérale vaut pour les associations de défense des cultures minoritaires : « le fait qu'un groupe appelle à l'autonomie ou même réclame la sécession d'une partie du territoire national » ne saurait justifier une interdiction automatique de ses réunions publiques (*Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, 2 octobre 2001, § 97).

146. Dans l'arrêt *Refah Partisi et a.*, le juge européen fait preuve à cet égard d'un grand réalisme (§ 108 et 132), conscient « qu'il n'est pas du tout improbable que des mouvements totalitaires, organisés sous la forme de partis politiques, mettent fin à la démocratie, après avoir prospéré sous le régime démocratique. L'histoire européenne contemporaine en connaît des exemples » (§ 99).

147. La non-condamnation de la Turquie dans l'affaire *Refah Partisi et a.* ne doit pas être mal comprise. Elle s'explique par le fait que ce parti visait l'instauration de la charia. Pour autant, l'arrêt indique qu'« un parti politique qui s'inspire des valeurs morales imposées par une religion ne saurait être considéré d'emblée comme une formation enfreignant les

même d'un parti dont les statuts et le programme politique appelleraient à la *dictature du prolétariat* (*Partidul Comunistilor (Nepceeristi) et Ungareanu c. Roumanie*, 3 février 2005, § 54) comme des partis qui, se livrant à l'apologie du terrorisme, donnent « une image nette d'un modèle de société... en contradiction avec le concept de "société démocratique" » (*Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, 30 juin 2009, § 90-91, partis dissous en raison de leurs liens avec l'ETA).

Restent les moyens exceptionnels de défense de la *société démocratique*. En premier lieu, *la possibilité de déroger* à un grand nombre de droits garantis par la Convention « en cas de guerre ou d'autre danger public pour la vie de la nation », en vertu des dispositions de son article 15¹⁴⁸. Grâce à lui, en effet, « la démocratie dispose d'un arsenal de riposte »¹⁴⁹. Pour autant, si comme le juge européen l'a récemment confirmé¹⁵⁰, l'État qui l'invoque dispose d'une « ample marge d'appréciation » quant au choix des mesures, conformément à la lettre même du premier paragraphe de cet article, il lui appartient de vérifier, en particulier lorsqu'une mesure dérogatoire porte atteinte à un droit conventionnel fondamental – tel que le droit à la liberté –, que celle-ci représente « une réponse véritable à la situation d'urgence », se justifie « pleinement au regard des circonstances spéciales de cette situation » et qu'il existe « des garanties contre les abus » (*A. et a. c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 19 février 2009, § 184)¹⁵¹. En second lieu, il faut évoquer brièvement *la clause d'interdiction de l'abus de droit de l'article 17* car « nul ne doit être autorisé à se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique » (*Refab Partisi et a.*, § 99). Destinée à permettre la déchéance de la protection conven-

principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils ressortent de la Convention » (§ 100). La précision est bienvenue pour les formations s'inscrivant dans la tradition démocrate-chrétienne. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a abondé dans ce sens depuis : « *Le laïcisme ne peut... pas s'appliquer aux partis politiques, car il existe de nombreux exemples de tels partis inspirés par les valeurs morales d'une religion dans la plupart des États membres du Conseil de l'Europe* » (Résolution 1622 (2008), préc. § 7).

148. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9^e éd., 2008, n° 156-159 ; F. Tulkens, « Dérogation », in J. Andriantsimbazovina et a. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 267-271.

149. P. de Fontbressin, « La démocratie et les partis liberticides », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. II/2007, p. 386.

150. *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 207 ; *Brannigan et Mc Bride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, § 59.

151. L'affaire concerne l'application d'un dispositif prévu par le *Anti-Terrorism, Crime and Security Act (2001)*, qui permet au ministre de l'Intérieur de décider de la mise en détention pour une durée indéterminée de toute personne étrangère inexpulsable suspecte de terrorisme, sans que la personne en cause soit mise en examen pour une quelconque infraction, dispositif jugé contraire aux articles 5 et 14 de la Convention européenne par la Chambre des Lords (arrêt 16 décembre 2004). La Cour de Strasbourg estime que, dans la mesure où le risque terroriste émanait aussi bien de nationaux que d'étrangers, « les mesures dérogatoires étaient disproportionnées en ce qu'elles opéraient une discrimination injustifiée entre étrangers et citoyens britanniques » (§ 190).

tionnelle vis-à-vis d'activités liberticides¹⁵², ce mécanisme vise à interdire l'invocation de la Convention européenne par un individu ou un groupe dont les opinions ou les actes tendent à la destruction des droits et libertés qu'elle garantit et, au-delà, les valeurs sur lesquelles elle repose. Souvent illustré par la formule ambiguë de Saint-Just¹⁵³ – *pas de liberté pour les ennemis de la liberté* (*No freedom for the foes of freedom*) –, reposant sur le postulat que « la démocratie est un jeu dont la règle la plus fondamentale est de consentir à être démocrate »¹⁵⁴, il renvoie à la question des limites de la tolérance de la *société démocratique*, laquelle ne saurait être une société frileuse, incapable de préserver les principes supérieurs qui sont à son fondement. Au plus fort de la Seconde Guerre mondiale (à New York, en 1942), le philosophe Jacques Maritain le rappelait fermement : « Une société démocratique n'est pas nécessairement une société désarmée que les ennemis de la liberté peuvent tranquillement conduire à l'abattoir au nom de liberté ». Et d'ajouter : « ce qui distingue en cette matière une société d'hommes libres d'une société despotique, c'est que cette restriction des libertés destructrices ne s'accomplit elle-même, dans une société d'hommes libres, qu'avec les garanties institutionnelles de la justice et du droit »¹⁵⁵. La clause ne joue que si l'intéressé entend se prévaloir de la Convention pour justifier ou accomplir des actes contraires aux droits et libertés qu'elle consacre (*Lawless c. Irlande*, 1^{er} juillet 1961 (fond), § 7). Elle ne saurait le priver ni des *droits intangibles*, ni du droit à la liberté et à la sûreté, ni des droits inhérents au principe de la prééminence du droit (art. 6, 7 et 13). Alors qu'elle est de plus en plus souvent avancée par les États défendeurs (*Vajnai c. Hongrie*, 8 juillet 2008 ; *Soulas c. France*, 10 juillet 2008 ; *Leroy c. France*, 2 octobre 2008¹⁵⁶ ; *Orban et a. c. France*, 15 janvier 2009 ; *Féret c. Bel-*

152. P. Le Mire, « Article 17 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La CEDH. Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 509-522 ; S. Van Drooghenbroeck : « L'article 17 de la CEDH : incertain et inutile ? », in H. Dumont et a. (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruylant, 2000, p. 139-197 ; « L'article 17 de la CEDH est-il indispensable ? », *Rev. trim. dr. b.*, 2001, p. 541-566 ; G. Cohen-Jonathan : « Abus de droit et libertés fondamentales », in *Mélanges L. Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 517 et s. ; A. Spielmann, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », in *Au diapason des droits de l'homme. Ecrits choisis (1975-2003)*, Bruylant, 2006, p. 381-394 ; A. Sajo (dir.), *Abuse : The Dark Side of Fundamental Rights*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2006 ; M. Lévinet, « Le pluralisme confronté à la clause d'interdiction de l'abus de droit de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme », in M. Lévinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant (à paraître).

153. Chez le leader montagnard, elle est indissociable de sa théorie du *gouvernement révolutionnaire* et de la Terreur, opposés au « gouvernement constitutionnel », comme le montre le rapport qu'il présente à la Convention au nom du *Comité de salut public*, le 10 octobre 1793 (voy. B. Manin, « Saint-Just, la logique de la terreur », *Libre*, Payot, 1979, p. 165-231).

154. F. Ost, « Conclusions. Quelle liberté pour les groupements liberticides ? Six questions pour un débat », in H. Dumont et a. (dir.), *op. cit.*, p. 451.

155. *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Desclée de Brouwer, 2005, p. 186-187.

156. *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2009, n° 45, note L. François.

gique, 16 juillet 2009), le juge européen l'utilise, parcimonieusement¹⁵⁷, de deux manières : directement (la requête est alors déclarée incompatible *ratione materiae* avec la Convention) ; indirectement, dans le cadre du contrôle de proportionnalité pour apprécier la « nécessité » d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression.

Demeure l'ultime question de la légitimité d'un tel « socle », issu d'une activité prétorienne dépourvue de lien avec une puissance souveraine, un peuple européen et une authentique constitution européenne ? Mais alors il faut remettre en cause, plus généralement, la légitimité de la promotion spectaculaire de l'office du juge des droits et libertés qui s'inscrit dans un mouvement profond de la culture juridique des démocraties modernes¹⁵⁸ et oblige à repenser la compatibilité du pouvoir prétorien et de la théorie démocratique. Car, comme l'a rappelé Michel Troper, « dès lors que nous sommes soumis à des règles générales produites par des juges, pouvons-nous dire que nous vivons dans une démocratie ? »¹⁵⁹. Et l'auteur d'esquisser une possible réponse consistant à considérer que, n'étant pas un pouvoir exercé par le peuple mais un pouvoir exercé en son nom, la démocratie se définit par « un ensemble de principes (fondamentaux) : l'État de droit », ce qui implique qu'« (e)n imposant le respect de ces principes, les juges sont garants de la démocratie »¹⁶⁰. Certes, il est concevable de questionner ce changement de cette nouvelle relation au pouvoir judiciaire¹⁶¹ et, comme l'a fait Gilles Lebreton, fort énergiquement, à la suite de l'arrêt de chambre rendu le 31 juillet 2001 par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Refab Partisi et a. c. Turquie*, fustiger « le récent développement du concept de "droits fondamentaux", dont la promotion semble exclusivement guidée par la

157. Retenue de façon bienvenue dans l'affaire *Garaudy c. France* (déc. 24 juin 2003, n° 65831/01, *Dall*, 2004, p. 240 et s., note D. Roets ; *Rev. trim. dr. b.*, 2004, p. 653 et s., note M. Lévinet), elle est malencontreusement oubliée dans des espèces où elle semblait s'imposer (*Lebideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, *Rev. trim. dr. b.*, 1999, p. 366 et s., note G. Cohen-Jonathan ; *RDP*, 1999, p. 895, chron. M. Lévinet ; *Refab Partisi et a. c. K. A. et A. D. c. Belgique*, préc. ; *Leroy*, préc. ; Soulas, préc.). Voy., sur cet aspect, M. Lévinet, *op. cit.*

158. J.-P. Costa, « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, n° 84, 1997, p. 75-87 ; André Lajoie, *Jugements de valeurs*, PUF, 1997 ; P. Pescatore, « La légitimité du juge en régime démocratique », *Commentaire*, n° 90, 2000, p. 339-349 ; M. Troper, « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », in *Mélanges G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1571 s. ; S. Breyer, *Pour une démocratie active*, Odile Jacob, 2007 ; F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2007.

159. *Op. cit.*, p. 1580.

160. *Ibid.*, p. 1584-1585. *In fine*, « La véritable démocratie, c'est le pouvoir judiciaire » (p. 1572).

161. Synthétisant les effets de la consécration du concept d'*État de droit*, Jacques Chevalier relève qu'« (i)nvesti du rôle de "gardien des valeurs", le juge est chargé de les défendre contre la volonté capricieuse des majorités et contre la domination d'une raison instrumentale exclusivement soucieuse d'efficacité » (*L'État de droit*, Montchrestien, 2^e éd., 1994, p. 148). *Adde* : A. Lajoie, *op. cit.*, spéc. p. 117 et 194-195 ; E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000, Avant-propos et remerciements, p. 9.

volonté d'interdire au peuple, sous prétexte d'une supraconstitutionnalité aux forts relents de droit naturel, de se mêler du sort des libertés »¹⁶². Mais, quand bien même le juge européen, sans pour autant mériter le reproche – excessif – de « juridiction tyrannique »¹⁶³, ne témoigne pas d'une fidélité exemplaire à l'égard des valeurs fondatrices de la Convention et, plus généralement, de la *justice* qui, aux yeux de l'auteur de la présente communication, « est la vertu qui consiste à accomplir et à respecter le droit, non la vertu qui consiste à le créer »¹⁶⁴, il n'est pas également interdit de réfléchir aux risques de voir les expressions de la démocratie s'éloigner passablement des valeurs de la civilisation européenne, question qui hantait déjà les théoriciens majeurs du libéralisme politique – Benjamin Constant et Alexis de Tocqueville, tout particulièrement – et leur faisait redouter la dictature des majorités, voire leur penchant pour la servitude.

1^{er} novembre 2009

162. « L'Islam devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2002, p. 1509.

163. B. Edelman, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *D.*, 2008, p. 1946 s., voy. la très vive réplique de S. Henneke, « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit *de* critique », *D.*, 2009, p. 238-243. Il faut néanmoins noter que le juge de Strasbourg produit parfois un discours étonnant – sinon exorbitant – comme dans le § 90 de son arrêt *Christine Goodwin* (Gr. Ch., 11 juillet 2002, *GACEDH* n° 43, à propos du droit au respect de la vie privée des transsexuels : « Au XXI^e siècle, la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu. En résumé, la situation insatisfaisante des transsexuels opérés, qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, ne peut plus durer ».

164. J. Hervada, *Introduction critique au droit naturel*, éd. Bière, Bordeaux, 1991, p. 25.