



HAL
open science

Standards européens et exceptions nationales

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► **To cite this version:**

Marthe Fatin-Rouge Stefanini. Standards européens et exceptions nationales : Etude dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme. La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?, 9, Bruyant, 2014, 978-2-8027-4208-1. halshs-01464325

HAL Id: halshs-01464325

<https://shs.hal.science/halshs-01464325>

Submitted on 10 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Standards européens et exceptions nationales

Etude dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme

Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Directrice de recherches au CNRS UMR 7318 – ILF-GERJC

Quelle est la place de l'exception nationale dans le cadre du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme et précisément face à ce qui est qualifié de standards européens ? L'exception nationale a-t-elle tout simplement sa place dans le cadre du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme ?

Ces interrogations supposent que soient préalablement définies d'une part, la notion de standard européen et, d'autre part, celle d'exception nationale.

Le terme de standard provient du droit anglosaxon¹ ; il désigne le recours à des notions indéterminées² laissant une certaine marge d'appréciation à celui qui l'applique³. Le standard se caractérise donc, d'après la doctrine, par son caractère vague, indéterminé⁴, et parfois même évolutifs. En réalité, il y a lieu de distinguer le standard au sens commun du terme, du standard au sens juridique du terme. Ainsi que l'explique Elsa Bernard, alors que dans son sens courant le standard fait référence à un « modèle pré-constitué », « en droit, au contraire, l'application du standard mène à l'individualisation des solutions »⁶. Dans le langage juridique, la notion de standard fait référence à « un modèle hypothétique qui reste à construire par l'entité chargée de mettre en œuvre le standard »⁷. S'il se distingue de la règle de droit *stricto-censu*, il n'est pas étranger à la règle. Stéphane Rials, en particulier, a pu démontrer que l'on opposait à tort le standard à la règle, ceci provenant d'une traduction incorrecte de *Rules and Standards* dans l'œuvre de Roscoe Pound⁸. Le standard ne serait

¹ Voir C. BLOUD-REY, « Standard », D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1439.

² Pour Stéphane Rials, le standard est « une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci », S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980, p. 120.

³ R. Pound parle de « Margin of discretion », cité par C. BLOUD-REY, *op. cit.*, p. 1440.

⁴ Si la doctrine peine à trouver une définition de la notion de standard, elle s'accorde sur un point : son caractère indéterminé. Pour un état de la doctrine sur cette définition, voir en particulier E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, 2010, p. 31.

⁵ Elsa Bernard note à ce propos que « l'appartenance d'une notion à la catégorie des standards n'est pas définitive : les standards naissent, vivent et disparaissent en fonction du traitement qui leur est réservé par les différents organes qui contribuent à l'élaboration du droit », *op. cit.*, p. 21.

⁶ E. BERNARD, *op. cit.*, p. 8.

⁷ *Id.*, p. 9.

⁸ *Id.*, p. 23.

qu'un mode d'expression (ou encore « mode de formulation ») de la règle⁹. Ainsi, pour S. Rials, « le standard n'est pas la règle de droit, il est dans la règle de droit ». Selon S. Leturcq, « tout au plus pourrait-on dire qu'il existe des règles au sens strict et des règles à standard »¹⁰ énoncées sous la forme de principes.

Le droit international en général, et le droit de la Convention EDH en particulier se prêtent par nature aux standards. Ces derniers sont, en effet, l'expression même d'un compromis entre les Etats signataires du texte sur les termes qu'il contient. Les droits et libertés garantis par la Convention ont été conçus comme des standards minima de droits et libertés pour tous les Etats parties à la Convention¹¹.

Dans sa tentative de définition de la notion de standard, Stéphane Rials souligne lui aussi la polysémie du terme et la pluralité des définitions données à cette notion. Il identifie toutefois un dénominateur commun à tous les standards : « l'idée de normalité »¹². Le standard, tel qu'entendu dans cette étude, renvoie, d'abord, aux droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme et ses Protocoles et constituant de véritables directives s'adressant aux juges (normes de références standards), ensuite, aux standards définis par les juges de la Cour EDH eux-mêmes, comme règle commune minimale, enfin, aux standards de contrôle c'est-à-dire au standard dans sa définition fonctionnelle comme « instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité »¹³ utilisé par les juges dans le cadre de l'application du droit de la Convention EDH.

La définition de l'exception pourrait, à première vue, sembler plus aisée à cerner. Dans le vocabulaire courant, elle est définie comme « ce qui est hors de la règle commune, qui paraît unique »¹⁴. Elle est comprise comme la situation qui échappe ou encore déroge à la règle. Dans le *Dictionnaire de la culture juridique*¹⁵, François Saint-Bonnet indique que « L'exception ne doit son existence qu'à la règle de droit ». Elle peut se situer en dehors de la

⁹ S. RIALS, *op. cit.*, p. 33 : « Le standard est simplement une technique d'expression particulière de la règle ».

¹⁰ S. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'Homme*, LGDJ, T. 125, p. 104.

¹¹ En ce sens, l'article 53 de la Convention.

¹² S. RIALS, *op. cit.*, p. 61.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Dictionnaire Larousse*, « Exception ».

¹⁵ D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, « Exception, nécessité, urgence ».

règle ou, au contraire, y être intégrée, ou encore mettre la règle en échec¹⁶. En principe, l'exception est déterminée ou interprétée de manière précise par rapport à la règle. Comment appréhender alors la place de l'exception par rapport au standard ?

Si l'on s'en tient à la définition commune, l'exception peut sembler comme en contradiction avec le standard : le standard apparaissant comme ce qui est « normal »¹⁷ et l'exception comme ce qui est « anormal » voire qui exprime une « anormalité très forte »¹⁸. Si le standard est la norme, l'exception n'a pas sa place puisqu'elle déroge à la norme, elle se situe en dehors de la normalité, donc du standard. D'ailleurs, dans le dictionnaire *Larousse*, par exemple, la définition de « normal » est la suivante : « Qui est conforme à une moyenne considérée comme une norme, qui n'a rien d'exceptionnel ». Cependant, dans son acception juridique, le standard est aussi un mode de formulation de la règle de droit. Or, de la même façon qu'il existe une règle à standard, ne peut-il exister une exception à standard ? La question qui se pose est alors celle de savoir comment se situe l'exception par rapport à une règle à standard ? Le standard peut-il concevoir des exceptions ? Est-ce que l'exception peut elle-même contenir un standard ?

Standard et exception ne paraissent en effet pas obligatoirement contradictoires car il peut y avoir des exceptions faisant l'objet de standards, ceci est particulièrement le cas dans le cadre de la Convention EDH. Ainsi, le § 3 a de l'article 4 de la Convention prévoit que ne peut être considéré comme travail forcé ou obligatoire, « tout travail requis *normalement* d'une personne soumise à la détention (...) »¹⁹. Le § 3 de l'article 4 peut être considéré comme déterminant les exceptions à la règle de l'interdiction de travail forcé et obligatoire, en tant que les cas énumérés sont exclus de la règle posée, pour autant ces exceptions contiennent des standards. De même, la notion de « nécessités locales » figurant à l'article 56 de la Convention, ne peut-elle être considérée comme un standard au sens donné par S. Rials c'est-à-dire comme « une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci »²⁰, laissant au juge le soin d'apprécier si les nécessités

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ S. RIALS, *op. cit.*, p. 62.

¹⁸ *Id.*, p. 66 (à propos de l'utilisation du terme « exceptionnel »).

¹⁹ Souligné par nous.

²⁰ *Op. cit.*, p. 120.

locales avancées par les Etats peuvent justifier la non application territoriale de la Convention donc une exception à l'application de la Convention²¹ ?

Dès lors, l'exigence de précision de l'exception, dans le cadre d'une règle à standard, est-elle aussi importante que face à une règle strictement définie ?

Deux appréhensions de l'exception pouvaient être étudiées dans le cadre de cette contribution :

- l'exception comme désignant ce qui est soustrait ou ce qui déroge à la règle de droit, d'une part. Ainsi, les points a) à f) de l'article 5 § 1 de la Convention EDH peuvent être considérés comme des exceptions au droit à la liberté et à la sûreté proclamé par cette disposition²². Peut-être également considérée comme une exception au principe selon lequel la mort ne peut être infligée intentionnellement, les cas où « elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire » énumérés à l'article 2 § 2 de la Convention. De même, l'article 2 § 2 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention EDH prévoit-il la possibilité d'exceptions au droit à un double degré de juridiction en matière pénale²³. Enfin, la Cour a pu qualifier d'« exceptions » les limitations autorisées par la Convention elles-mêmes ou ses protocoles aux droits garantis. Ces restrictions possibles aux droits fondamentaux sont notamment prévues aux articles 8 à 11 de la Convention, à l'article 1^{er} relatif au droit de propriété du Protocole n° 1, à l'article 2 § 3 et § 4 du Protocole n° 4 et à l'article 1^{er} § 2 du Protocole n° 7. Dans la décision *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, par exemple, la Cour EDH a précisé que les « exceptions visées à l'article 11 appellent à l'égard des partis politiques, une interprétation stricte »²⁴. La doctrine qualifie cependant plus couramment ces limitations de restrictions que d'exceptions aux droits garantis par la Convention²⁵. Quant à la clause permettant de suspendre l'application de la Convention en cas de circonstances exceptionnelles c'est-à-dire « de guerre ou autre danger public menaçant la vie de la nation », elle est directement désignée non comme une exception mais comme une « dérogation » à la Convention par l'article 15 lui-même²⁶.

²¹ Voir K. GRABARCZYK, « Le pluralisme en « trompe-l'œil » : la clause d'application territoriale de la Convention européenne des droits de l'Homme » ? in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruylant, 2010, coll. Droit et justice, n° 91, p. 151.

²² La Cour les qualifie d'ailleurs ainsi, voir par ex. CEDH, Gr. Ch., 27 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, § 148.

²³ « Ce droit peut faire l'objet d'exceptions pour des infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi ou lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ou a été déclaré coupable ou condamné à la suite d'un recours contre son acquittement » (art. 2 § 2, Protocole n° 7).

²⁴ § 46.

²⁵ Voir en particulier F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, PUF, 11^e éd. mise à jour, 2012, p. 218.

²⁶ Sur cette question, voir la contribution d'H. Tigroudja dans ce même ouvrage.

- l'exception nationale, d'autre part, va désigner le fait pour un Etat de mettre en avant une spécificité pour lui permettre d'échapper à une application stricte de la Convention. En ce sens, beaucoup de justifications avancées par les Etats pour se soustraire à l'application de la Convention pourraient être considérées comme des exceptions nationales. L'exception nationale entendue dans cette étude fait écho à la doctrine de l'exceptionnalisme qui renvoie pour sa part à l'idée de la revendication d'une identité nationale ou régionale par les Etats sur le plan international, leur conférant de ce fait un caractère « exceptionnel »²⁷. Si l'exceptionnalisme américain a fait l'objet de plusieurs études, les autres exceptionnalismes nationaux ont fait l'objet de moins d'attention. Au fond, chaque Etat pourrait se considérer comme exceptionnel et revendiquer de ce fait un traitement particulier. Cependant, cela va à l'encontre du principe d'égalité entre les Etats qui préside les rapports de droit international. Cette position laisse également supposer un certain relativisme des valeurs qui met en péril la vocation universelle des droits et des libertés proclamés sur le plan international comme européen. Sans entrer plus avant dans ce débat ou dans une étude qui consisterait à répondre à la question de l'existence d'exceptionnalismes nationaux en Europe, dans le cadre de cette contribution la notion d'exception nationale sera entendue largement pour appréhender diverses situations rencontrées dans les relations des Etats avec la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, l'exception nationale désigne les particularismes nationaux mis en avant par les Etats comme moyen de défense pour justifier qu'il n'y a pas violation de la Convention. Ces spécificités peuvent parfois être revendiquées par les Etats comme faisant partie de leur identité²⁸. Ces particularismes peuvent être perçus comme des exceptions tolérées dans la mesure où ils sont pris en considération et jugés compatibles avec la Convention.

En effet, si l'exception nationale au sens strict, comme dérogation permanente à la Convention, n'a pas sa place dans le système européen, le particularisme national, expression d'une exception nationale au sens large du terme, n'a pas vocation à être éradiqué de façon systématique dans le cadre régional de garantie des droits et libertés fondamentaux. Un lien peut même être établi entre l'élaboration d'un standard et le fait de ménager la diversité des

²⁷ C'est en ce sens qu'est revendiqué « l'exceptionnalisme américain », voir sur cette question L. HENNEBEL et A. VAN WAYENBERGHE (dir.), *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 2009, 366 p.

²⁸ Sur l'identité constitutionnelle des Etats dans le cadre du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, voir D. SZYMCZAK, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens n° 1, Pedone, Paris, 2011, pp. 45-60.

situations nationales. Le standard européen peut être ainsi perçu comme un mode d'expression de l'exception nationale (I). Le standard est également utilisé pour l'évaluation d'une conduite par rapport à la norme. En ce sens, le standard européen est un moyen d'appréciation de l'exception nationale en ce qu'il permet au juge d'évaluer la compatibilité de l'exception nationale à la Convention (II).

I – Le standard européen comme mode d'expression de l'exception nationale

Le droit international est un droit fondé sur le pluralisme, il se construit à partir de la diversité nationale. C'est un droit de consensus élaboré à partir de situations différentes.

Il suppose l'adhésion des Etats. Dès lors, dans un système fondé sur le consensus, le standard s'avère nécessaire pour ménager les exceptions nationales (A). L'existence de standards est à cet égard la manifestation même de la diversité. Il en résulte que loin de la nier, les standards établis dans le cadre du système de la Convention EDH sont attentifs aux exceptions nationales voire les valorisent (B).

A- Le standard nécessaire à l'exception nationale

Le standard est particulièrement approprié en droit international en ce sens qu'il est le moyen d'obtenir un consensus nécessaire au plus grand nombre. Le caractère vague du standard va permettre de préserver les particularismes nationaux, son caractère souple et évolutif va favoriser l'adéquation du standard aux attentes du moment liées aux époques, aux lieux et aux circonstances. En effet, qu'il soit textuel ou jurisprudentiel, le standard facilite l'adaptation de la règle de droit²⁹. Or, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, qui vise à un renforcement de valeurs communes en matière de droits fondamentaux, se prête particulièrement à l'utilisation de standards³⁰. D'ailleurs, la plupart des articles de la Convention et de ses protocoles relatifs aux droits et libertés garantis prévoient ou donnent

²⁹ Voir en ce sens, E. BERNARD, *op. cit.*, pp. 49-50 : « Le standard favorise l'adaptation de la règle juridique (...) Il est aussi un instrument d'attente du droit, puisqu'il permet d'accéder à des compromis politiques que la règle de droit rigide et directement opérationnelle interdit. Pour ces différentes raisons liées à la fonction du standard, c'est consciemment que les autorités qui contribuent à la formation du droit y ont recours ».

³⁰ Sur les standards de la Convention européenne des droits de l'Homme, voir plus particulièrement, S. LETURCO, *op. cit.*

lieu à un standard apprécié par le juge³¹. Ainsi en va-t-il de la notion de « peines ou traitements inhumains ou dégradants » à l'article 3, de la notion de « travail forcé ou obligatoire » à l'article 4, de la notion de détention régulière à l'article 5, des buts légitimes permettant une restriction aux libertés énoncées aux articles 8 à 11 de la Convention ou encore de la notion d'« intervalles raisonnables » pour l'organisation d'élections libres à l'article 3 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme...

Le standard facilite donc la connexion entre le système conventionnel et les systèmes nationaux. On retrouve là l'une des définitions du standard comme « dispositif téléphonique permettant l'interconnexion entre plusieurs postes », qui évoque l'idée d'une mise en relation des droits nationaux avec le système conventionnel. Le standard dans ce cas se nourrit de l'expérience nationale mais l'inverse est également vrai, l'expérience nationale évolue sous l'influence du standard. Cette mise en relation va permettre de déterminer l'exception nationale compatible de celle qui est incompatible avec la Convention.

L'exception *stricto sensu* au droit de la Convention européenne des droits de l'homme peut se manifester de diverses manières : la non-ratification, la réserve et la déclaration interprétative. La non-ratification est la modalité par essence de préservation par les Etats eux-mêmes de leur souveraineté et partant d'une exception nationale forte. Ainsi, certains Etats, bien que membres du Conseil de l'Europe, n'ont pas souhaité ratifier l'ensemble des protocoles additionnels à la Convention EDH. Par exemple, nombreux sont les Etats, dont la France, qui n'ont pas ratifié le Protocole n° 12 additionnel à la Convention relatif à la lutte contre les discriminations. De la même façon, la Suisse, par exemple, n'a pas ratifié le premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme en raison du nombre de réserves trop important qu'elle aurait dû y faire³². En particulier, le caractère secret du scrutin découlant de l'article 3 de ce Protocole, consacrant un droit à des élections libres, n'est pas compatible avec le mode d'élection à main levée existant encore dans certains cantons. De la même façon, la portée accordée par la Cour EDH au droit de propriété garanti à l'article 1 s'est avérée peu compatible avec le droit Suisse.

³¹ La Convention contient également des règles au sens strict (article 5 § 1 et article 7 de la Convention, par exemple).

³² Voir à ce sujet la réponse à une question adressé au Conseil National sur la non-ratification de ce protocole par la Suisse : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20133075

Viennent ensuite les réserves et déclarations interprétatives. Elles sont, pour leur part, la manifestation d'un souci de réalisme dans les relations internationales, un moyen de ménager les Etats afin de les conduire à adhérer au système proposé moyennant des concessions à titre temporaire. Les réserves et déclarations constituent en effet une conséquence nécessaire du principe de souveraineté des Etats qui préside en droit international même si, en matière de droits fondamentaux, l'autonomie constitutionnelle des Etats se trouve, de fait, de plus en plus limitée³³. Les réserves et déclarations interprétatives sont très nombreuses mais font l'objet d'un contrôle de la Cour, à la différence d'une non adhésion qui consiste à s'exclure au moins partiellement du système de la Convention. Les réserves et déclarations interprétatives ont, en principe, un caractère temporaire en ce qu'elles sont censées permettre une « normalisation » de la situation à l'initiative des Etats eux-mêmes. En pratique, beaucoup de réserves et déclarations persistent dans le temps.

La véritable exception nationale, qui consisterait pour un Etat à s'affranchir d'une règle que tous les autres Etats doivent respecter, n'existe pas en dehors des cas expressément prévus par certains articles de la Convention. En effet, dans le système européen des droits de l'Homme, il n'existe pas de privilège étatique y compris fondé sur la Constitution elle-même (CEDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*³⁴). Ainsi, Jean-François Flauss, soulignait-il « Tout comme elle n'admet pas le jeu d'une « exception constitutionnelle » plaçant le droit constitutionnel institutionnel d'un Etat hors du champ de contrôle européen, la Cour européenne écarte aussi la prétention des Etats à exciper d'une sorte d'« exception historique » qui en soi légitimerait *de plano* une entorse au droit de la convention »³⁵. Nombre d'affaires montrent que dans bien des cas la spécificité nationale invoquée est niée³⁶. Au-delà, la volonté des Etats de vouloir préserver une certaine idée de l'identité nationale, dont la méconnaissance peut-être pénalement sanctionnée, peut être suspecte au regard des garanties découlant de la Convention³⁷.

³³ Voir sur ce point, L. BURGORGUE-LARSEN, « L'« autonomie constitutionnelle » aux prises avec la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2001, pp. 31-64.

³⁴ La Cour rappelle au § 30 : « l'organisation institutionnelle et politique des Etats membres doit-elle respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles (...) ou simplement législatives (...). Dès lors que l'Etat concerné exerce par elles sa « juridiction », elles se trouvent soumises à la Convention ». Voir également, CEDH, 29 oct. 1992, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande*.

³⁵ J.-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n° 65, 2006, p. 7.

³⁶ Voir not. CEDH, Gr. Ch., 22 déc. 2009, *Sedjic et Finci c. Bosnie-Herzégovine* appliquant le Protocole n° 12 relatif au principe de non-discrimination à propos d'une disposition constitutionnelle obligeant à déclarer son appartenance à l'un des trois « peuples constituants » pour pouvoir se présenter aux élections.

³⁷ Voir par exemple à propos de la « turcité » ou « identité turque », CEDH, 14 septembre 2010, *Dink c. Turquie*, violation des articles 2 et 10 de la Convention.

Les réserves et déclarations interprétatives³⁸, elles-mêmes, ne sont pas laissées à la libre appréciation des Etats. D'une part, certaines dispositions de la Convention EDH au sens large (incluant ses Protocoles) ne peuvent pas faire l'objet de réserves (ainsi en va-t-il des deux protocoles relatifs à la peine de mort). D'autre part, elles sont soumises à un contrôle pratiqué par la Cour elle-même³⁹ à partir des conditions déterminées par l'article 57 de la Convention⁴⁰. Les réserves et les déclarations interprétatives n'ont vocation qu'à être des dérogations temporaires à la règle. Elles ont donc une fonction correctrice en ce sens que la réserve a idéalement vocation à être levée et l'Etat va s'employer à faire évoluer son droit national pour le rendre compatible avec les exigences européennes comme ce fut le cas, par exemple, de la disposition de la Constitution italienne relative à la clause concernant la Maison de Savoie⁴¹.

La volonté pour les Etats de s'affranchir du droit de la Convention pour préserver une exception nationale peut se manifester devant la Cour par le fait de soulever une exception préliminaire qui, dans ces cas, aura pour but de soutenir l'inapplicabilité de la Convention au litige donc de soustraire ce conflit à la compétence de la Cour⁴². Cette exception préliminaire sera appréciée par la Cour⁴³. Ainsi dans l'affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », la Cour a-t-elle rejetée l'exception préliminaire d'incompétence *ratione materiae* soulevée par le Gouvernement belge se fondant sur le fait que le litige soulevé relevait « du domaine réservé à l'ordre juridique belge » et ne relevait pas des garanties assurées par la Convention et ses protocoles⁴⁴. Ce rejet était lié au fait que, selon la Cour, il ne s'agissait pas d'une question d'incompétence mais d'une question de fond.

³⁸ La déclaration interprétative - qualification formelle unilatérale de la part des Etats - qui serait en fait, sur le fond, une réserve dissimulée sous une autre appellation, est soumise au respect des conditions relatives aux réserves : Voir CEDH, *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, § 49 et *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995.

³⁹ CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, précité.

⁴⁰ Sur le fondement de l'article 57 de la Convention qui dispose : « 1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.

2. Toute réserve émise conformément au présent article contient un bref exposé de la loi en cause ».

⁴¹ Par la loi constitutionnelle n° 1 du 23 octobre 2002, l'Italie a privé d'effet, à compter du 10 nov. 2002, les al. 1 et 2 de la XIIIe disposition dite transitoire de la Constitution qui avait donné lieu à une réserve au Protocole n° 4, article 3, § 2. Voir sur cette question, CEDH, 24 avril 2013, *Victor-Emmanuel de Savoie c. Italie* (radiation de rôle).

⁴² Voir par exemple, CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, pour les exceptions qui seraient liées aux réserves ou aux déclarations interprétatives.

⁴³ D. DE BRUYN et alii, *Les exceptions préliminaires dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Coll. Droit et Justice, n° 18, 1997, 181 p.

⁴⁴ Arrêt du 9 février 1967 (exception préliminaire), comm. J. SALMON et E. SUY, *Revue Belge de droit international*, 1967, n° 2, pp. 611-628. Le Gouvernement précisait que « la législation linguistique et scolaire se confond largement avec la structure politique et sociale de l'Etat, qui relève par excellence de ce domaine ; que

La Convention a également prévu des exceptions dans certains articles de la Convention. Outre l'article 15, relatif à l'état d'exception en lui-même, le passé colonial de certains Etats au moment de l'élaboration de la Convention a conduit à l'élaboration de la clause d'application territoriale figurant actuellement à l'article 56 de la Convention. Cependant, la Cour a pris soin d'encadrer soigneusement cette « exception » afin de ne pas laisser de place à l'arbitraire. En particulier, elle a interprété de manière stricte la notion de « nécessités locales », neutralisant en grande partie les potentialités de cette disposition⁴⁵. La France a cependant pu bénéficier de cette clause dans l'arrêt *Py c. France*⁴⁶. Toutefois, nécessité locale et particularismes, qu'ils soient nationaux ou locaux, ne se confondent pas. Si les nécessités locales permettent rarement de déroger à la Convention et font l'objet d'une interprétation stricte par la Cour, les particularismes, en revanche, se sont, dans de nombreux cas, révélés compatibles avec la Convention.

B – Le standard attentif à l'exception nationale

Le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme vise un idéal commun de garanties en matière de droit et libertés fondamentaux élaboré à partir d'une hétérogénéité de situations nationales. Cette hétérogénéité n'est pas niée, la diversité étant même à certains égards valorisée⁴⁷ comme expression du principe de pluralisme⁴⁸, dont le respect est imposé par la Cour aux Etats mais que la Cour respecte également à l'égard des Etats⁴⁹. Le système mis en place dans le cadre de la Convention EDH vise d'ailleurs à une harmonisation des droits nationaux et, dans l'affaire *Sunday Times* en particulier, la Cour a eu l'occasion de préciser qu'« harmonisation » ne signifie pas « uniformité absolue »⁵⁰. Ce système repose sur

la Convention, en tant que déclaration de droits, ne relève pas de l'organisation des pouvoirs publics ; que le Conseil d'Etat et le Parlement belges l'ont bien entendu ainsi à l'époque où il s'est agi de la ratifier ».

⁴⁵ Sur cette question voir K. GRABARCZYK, *op. cit.*, pp. 151-168.

⁴⁶ CEDH, 11 janv. 2005, *Py c. France*.

⁴⁷ Voir D. SZYMCZAK, *op. cit.*, pp. 49-54.

⁴⁸ Ainsi, dans l'arrêt du 17 février 2004, *Gorzelić et autres c. Pologne*, la Grande chambre souligne-t-elle que « le pluralisme repose aussi sur la reconnaissance et le respect véritable de la diversité de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques » (§ 92).

⁴⁹ Michel Levinet distingue ainsi le pluralisme « interne » du pluralisme « international » pour rappeler que « La Convention européenne n'a pas été conçue comme un instrument de garantie des droits et libertés destiné à ignorer les singularités des Etats parties », M. LEVINET (dir.), « Propos introductifs », *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁰ CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. R.U.*, § 61.

le principe de subsidiarité⁵¹, réaffirmé par le Protocole n° 15, qui laisse une place prépondérante au droit national donc à la diversité des traditions et dispositifs juridiques nationaux⁵². Le système de la Convention EDH se fonde ainsi sur une logique minimaliste, celle de la détermination d'un patrimoine commun. Elle ne se veut pas substitutive aux ordres juridiques nationaux qui jouent par ailleurs un rôle de premier plan dans l'application de la Convention⁵³.

L'attention portée à l'exception nationale se manifeste notamment par l'une des façons de déterminer le standard européen : la recherche de l'existence d'un consensus. Lorsqu'il est déterminé à partir des expériences nationales, le consensus apparaît véritablement comme une norme commune, ce qui suppose de vérifier si les ordres juridiques nationaux évoluent dans le même sens sur la protection de certains droits⁵⁴ ou si, au contraire, les expériences nationales divergent sans qu'un consensus ne puisse se dégager⁵⁵.

Cette attention se manifeste également par une prise en compte du contexte dans lequel l'exception nationale est invoquée. Ainsi la Cour s'est montrée parfois sensible à un contexte historique, culturel, social propre à justifier une décision nationale jugée compatible avec la Convention alors qu'elle aurait pu être condamnable dans d'autres circonstances, dans d'autres lieux. Ainsi, les « circonstances exceptionnelles » liées à la réunification allemande ont-elles pu légitimer des mesures qui, autrement, auraient pu être considérées comme portant atteinte au droit de propriété⁵⁶. De la même façon, la situation de transition démocratique⁵⁷ ou

⁵¹ Voir notamment CEDH, Gr. Ch., 19 fév. 2009, *A. et autres contre Royaume-Uni*, § 154. Dans l'arrêt du 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, la Cour rappelle que « Découlant d'une lecture combinée des articles 1 et 19 de la Convention, la subsidiarité est l'un des piliers de la Convention » (§ 61).

⁵² Voir notamment G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les systèmes nationaux des Etats contractants », *Droit et Justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, Pedone, 1999, p. 391 ; F. SUDRE, « Libertés fondamentales, société démocratique et diversité nationale dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in A.-M. LE POURHET (dir.), *Droit constitutionnel local. Egalité et liberté locale dans la Constitution*, PUAM/Economica, 1999, p. 384 ; M. LEVINET (dir.), *op. cit.*, pp. 2 et 3.

⁵³ Voir notamment 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, pp. 81-92.

⁵⁴ Par ex. à propos de la dépénalisation de l'homosexualité, CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, § 60 ou de la peine capitale CEDH, 7 juil. 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, § 102.

⁵⁵ Par ex. CEDH, *Handyside*, *op. cit.*, § 48 ; CEDH, 24 mai 1988, *Muller et autres c. Suisse* ; CEDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*.

⁵⁶ CEDH, 20 fév. 2003, *Forrer-Niedenthal c. Allemagne*, § 48 et CEDH, Gr. Ch., 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, § 113. Voir également quant à l'existence d'une situation exceptionnelle et à propos de la même disposition : CEDH, Gr. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*.

⁵⁷ Par exemple, CEDH, Gr. Ch., 20 mai 1999, *Rekvenyi c. Hongrie*, § 41 et CEDH, Gr. Ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie* dans laquelle la Cour a souligné, à propos de l'article 3 du Protocole n° 1, « la nécessité d'apprécier toute législation électorale à la lumière de l'évolution politique du pays concerné, ce qui implique que des caractéristiques inacceptables dans le cadre d'un système peuvent se justifier dans le contexte d'un autre » (§ 115, c). Voir également le § 133.

le contexte historique d'un Etat a pu, parfois, justifier une forme de tolérance de la part de la Cour⁵⁸.

Au-delà, au nom du pluralisme, la Cour affiche un certain respect pour les traditions et particularismes nationaux ou locaux dans la mesure où ceux-ci ne rentrent pas en conflit avec les droits garantis par la Convention⁵⁹. L'effort de contextualisation du litige⁶⁰ opéré par la Cour est particulièrement présent à propos des rapports entre l'Etat et la religion ⁶¹. L'affaire de la présence de crucifix dans les écoles publiques est symptomatique, à cet égard, de l'importance accordée par la Cour au contexte national historique, culturel, religieux. Ainsi, dans l'arrêt *Lautsi c. Italie* rendue le 18 mars 2011, la grande chambre rappelle que « la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'État défendeur ». Toutefois, toute tradition invoquée est appréciée par la Cour quant à sa compatibilité avec la Convention. Ainsi, la Cour a-t-elle souligné que « l'évocation d'une tradition ne saurait exonérer un État contractant de son obligation de respecter les droits et libertés consacrés par la Convention et ses Protocoles »⁶².

L'exception nationale, comme expression d'une pratique ou d'une législation nationale isolée par rapport à d'autres Etats membres du Conseil d'Europe, n'est donc pas nécessairement contraire aux standards européens ⁶³, ces derniers pouvant être définis de manière suffisamment large pour permettre une compatibilité.

La compatibilité de l'exception nationale avec les droits garantis par la Convention et ses protocoles ainsi que les standards également dégagés par la Cour elle-même se mesure justement à l'aune de l'étendue de la marge d'appréciation des Etats au regard du droit en cause. En raison de son indétermination, cependant, le standard a pour caractéristique de laisser au juge un pouvoir d'appréciation plus ou moins important en fonction de différents

⁵⁸ Voir notamment CEDH, 13 mars 2003, *Refah Partisi c. Turquie*, § 125.

⁵⁹ Voir notamment CEDH, 25 fév. 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* (estimant que la tradition du châtiment corporel en Ecosse n'était pas contraire à l'article 3 de la Convention).

⁶⁰ Au sens de prise en compte du contexte historique, culturel... etc. national ou local car, de toute façon, quels que soient les litiges, le contrôle opéré par la Cour est de type concret donc prête attention au contexte dans lequel la question de conventionnalité se pose.

⁶¹ CEDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* ; CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*. Dans cet arrêt la Cour rappelle qu'« il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société (...) et le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes (...). La réglementation en la matière peut varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public (...) » (§ 109).

⁶² § 68.

⁶³ Voir, par exemple, *F. c. Suisse*, 18 déc. 1987, § 33.

facteurs. Dans sa mise en œuvre, le standard suppose une appréciation de cas concrets permettant de distinguer les exceptions tolérées des violations de la Convention.

II – Le standard européen comme moyen d’appréciation de l’exception nationale

Comme pour toute exception, l’exception nationale dans le cadre de la Convention EDH est censée répondre à un intérêt supérieur. Le standard va ainsi permettre de mesurer la pertinence de l’exception nationale et, par voie de conséquence, de déterminer la compatibilité de l’exception nationale avec la Convention (A). Cela conduit à s’interroger sur la manière dont est construit le standard, sujet qui a d’ailleurs cristallisé un certain nombre de critiques adressées à la Cour ces dernières années et qui s’est traduit par une forme de « repli identitaire » de la part de certains Etats. Le standard européen semble échapper de plus en plus aux Etats, il devient source de marginalisation voire de négation de l’exception nationale (B).

A – Le standard, instrument de mesure de l’exception nationale

Pour Roscoe Pound, le standard exprime « une mesure moyenne de conduite sociale correcte »⁶⁴. Cette idée de conduite « moyenne » se retrouve dans le dictionnaire de la terminologie de droit international où l’expression « standard » est définie comme un « terme désignant le comportement moyen des Etats civilisés par référence auquel on apprécie la correction du comportement d’un Etat en la matière considérée »⁶⁵. Le standard permet donc un jugement de valeur et une marge de discrétion pour celui qui l’applique qui peut différer d’un droit à l’autre et, plus généralement, d’un standard à l’autre. S. Rials rappelle ainsi que « Lorsque le standard est d’origine textuelle, le juge exerce un pouvoir normatif complémentaire de celui mis en œuvre par l’autorité qui l’a posé au nom de cette autorité (...). Il arrive par ailleurs que le juge (...) ait recours au standard pour formuler une règle de droit par lui créée dans le cadre d’un pouvoir normatif originaire »⁶⁶.

Le standard est un instrument de mesure qui sera déterminant pour la marge d’appréciation des Etats⁶⁷. Cette marge nationale d’appréciation, clairement rappelée dans le Protocole n° 15,

⁶⁴ Communication à l’American Bar Association ; Social control, p. 48 cité par S. RIALS, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁵ J. BASDEVANT (Dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, p. 581.

⁶⁶ *op. cit.*, p. 195.

⁶⁷ Sur la notion de marge nationale d’appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme, voir notamment F. TULKENS et L. DONNAY, « L’usage de la marge d’appréciation par la Cour

constitue l'expression d'une reconnaissance de la diversité au sein du Conseil de l'Europe et d'un respect de la souveraineté des Etats⁶⁸. Ainsi, F. Sudre souligne-t-il que « Toute la dialectique du contrôle du juge européen réside dans le souci de faire place à l'autonomie nationale tout en préservant le droit commun et se résume dans la notion de « marge d'appréciation » qui vient définir le rapport de compatibilité devant exister entre les mesures nationales et la norme conventionnelle »⁶⁹. Cependant, il convient de relever que toutes les dispositions de la Convention ne laissent pas une marge d'appréciation aux Etats⁷⁰ et que l'étendue de celle-ci varie en fonction de différents éléments : « les circonstances, les domaines, le contexte ; la présence ou l'absence de dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats »⁷¹. La Cour a également précisé que « la nature du droit conventionnel en jeu, son importance pour l'individu et le genre des activités en cause » sont des éléments qui peuvent être déterminants quant à l'ampleur de la marge nationale d'appréciation⁷².

Lorsqu'un standard est établi, qu'il soit d'origine textuelle ou jurisprudentiel, qu'il soit issu d'un consensus parmi les systèmes nationaux ou qu'il ait été construit par la Cour par l'effet d'une interprétation dynamique de la Convention, la marge nationale d'appréciation se réduit au profit de la norme « commune ». *A contrario*, l'absence de standard, au sens de norme commune, laissera une amplitude plus grande à la marge d'appréciation nationale⁷³. L'exception nationale peut donc s'exprimer dans le cadre de cette marge nationale d'appréciation⁷⁴. Pour M. Delmas-Marty et J.-F. Coste, la marge nationale d'appréciation représenterait d'ailleurs « un droit pour chaque Etat à invoquer sa différence pour justifier

européenne des droits de l'Homme », *Revue de sc. crim. et de droit comparé*, 2006, pp. 3-23. Voir également, plus largement, M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 753-780

⁶⁸ F. Sudre, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in M. Levinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, op. cit., p. 52.

⁶⁹ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, op. cit., pp. 230-231.

⁷⁰ Les domaines privilégiés de la marge nationale d'appréciation laissée aux Etats sont les articles 8 à 11 de la Convention, les articles 1^{er} et 3 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme. Cependant, la marge nationale d'appréciation « investit très largement de nouvelles contrées », selon F. TULKENS et L. DONNAY, op. cit., pp. 10-13 dont les articles 5, 6, 13 et 14 de la Convention et même les droits dits indérogeables (article 2 et 3 de la Convention).

⁷¹ CEDH, 28 nov. 1984, *Rasmussen c. Danemark*, § 40.

⁷² CEDH, 25 sept. 1996, *Buckley c. Royaume-Uni*, § 74.

⁷³ Pour une affaire récente en matière de liberté d'expression politique, voir CEDH, Gr. Ch., 22 avril 2013, *Animal defenders International c. Royaume-Uni* (notamment § 123).

⁷⁴ Cette marge nationale d'appréciation est notamment importante en ce qui concerne le respect de l'article 3 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour prenant en compte les « facteurs historiques et politiques propres à chaque Etat », voir not. CEDH, Gr. Ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*.

d'un certain écart par rapport à la Convention »⁷⁵. Ainsi, pour la Cour, une spécificité nationale, un contexte « politico-historique » peut justifier une ample marge d'appréciation laissée aux Etats⁷⁶.

Le domaine de la morale et celui de la religion sont des domaines à propos desquels la Cour n'a pas cherché à établir de standard issu d'un consensus⁷⁷. Pour autant, l'absence de standard, au sens de norme commune, ne signifie pas une marge de discrétion totale laissée à l'Etat. La Cour se montre particulièrement attentive aux justifications de l'exception nationale⁷⁸. Il en résulte que, même en l'absence de standard, la Cour va pratiquer un contrôle de la nécessité de l'ingérence, qui pour sa part constitue un standard de contrôle, à travers l'examen de la pertinence et de la suffisance des motifs invoqués pour justifier l'exception nationale. Elle opère en particulier un contrôle de proportionnalité, qui fait écho à l'idée de raisonabilité.

L'exigence de proportionnalité occupe une place prépondérante dans le système de la Convention. Elle répond à l'idée même de mesure, de normalité que suppose la notion de standard. Elle représente elle-même un standard de contrôle. Ainsi X. Philippe indique-t-il que « la technique du standard constitue un instrument privilégié du contrôle de proportionnalité, inséré dans les méthodes du juge, à un double point de vue. D'une part, parce que les éléments qui la caractérisent font appel à la notion de proportionnalité. D'autre part, parce que la proportionnalité et nombre de concepts qui en sont dérivés sont eux-mêmes des standards »⁷⁹. L'exigence de proportionnalité est évoquée à travers plusieurs dispositions de la Convention et permettra d'apprécier la pertinence de l'exception nationale invoquée. Elle est utilisée en particulier, parmi d'autres standards, dans l'appréciation des buts légitimes susceptibles de justifier des restrictions aux articles 8 à 11 de la Convention. Elle a été également étendue par la Cour à d'autres dispositions de la Convention. Par exemple, pour

⁷⁵ M. DELMAS-MARTY et J.-F. COSTE, « Les droits de l'Homme : logiques non standard », *Le Genre Humain*, Paris, Seuil, 1998, p. 136.

⁷⁶ Voir not. CEDH, Gr. Ch., *Zdanoka c. Lettonie*, *op. cit.*, § 121, à propos d'une violation invoquée de l'article 3 du Protocole n° 1 : « La restriction litigieuse (...) de se présenter à la députation, doit s'apprécier compte dûment tenu de ce contexte politico-historique très spécifique et de l'ample marge d'appréciation dont l'Etat jouit en conséquence à cet égard (...) ».

⁷⁷ Voir notamment CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, § 48 ; CEDH, 29 oct. 1992, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande*, § 68 ; CEDH, 4 déc. 2003, *Gündüz c. Turquie*, § 37 et *Leyla Sahin c. Turquie*, *op. cit.*

⁷⁸ Ainsi, bien qu'il s'agisse d'une question de rapport entre l'Etat et la religion, la Cour a censuré l'obligation faite aux députés de Saint-Marin de serment sur les Evangiles pour violation de l'article 9 de la Convention : CEDH, 18 février 1999, *Buscarini et autres c. Saint-Marin*.

⁷⁹ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, coll. « Sciences et droit administratif », Economica, PUAM, 1990, p. 253.

apprécier le caractère discriminatoire ou non d'une différence de traitement (art. 14). La restriction invoquée doit être proportionnée au but légitime poursuivi, ce qui suppose un « juste équilibre » entre l'importance de l'objectif poursuivi par les autorités nationales et l'impératif de respect des droits⁸⁰. L'examen de ce caractère proportionné permet de tenir compte de la diversité des intérêts en présence propres à justifier ou non l'ingérence donc, si c'est le cas, l'exception nationale. L'examen de la proportionnalité prend notamment en considération le caractère limité dans le temps d'une ingérence justifiée par un contexte politico-historique⁸¹. La permanence de la restriction pouvant au contraire donner lieu à la reconnaissance d'une violation de la Convention⁸².

En revanche, le standard présente un point faible, sa variabilité, qui n'est que le défaut de l'une de ses principales qualités, la souplesse. La variabilité est un facteur d'incertitude donc un facteur d'insécurité juridique pour les Etats lorsqu'il s'agira pour le juge d'apprécier une exception nationale. Cette absence de prévisibilité que la variabilité induit est sévèrement critiquée dans le cadre de la Convention EDH, d'autant plus lorsque le standard, dans sa mise en œuvre, s'affranchit d'un « dénominateur commun » aux droits internes des Etats parties à la Convention donc de la « norme commune ».

B – Le standard, source de marginalisation de l'exception nationale

Conséquence logique de « l'emprise conventionnelle sur les systèmes juridiques nationaux »⁸³, l'exception nationale inconstitutionnelle ou conventionnellement douteuse s'atténue et disparaît progressivement pour ne laisser persister que les particularismes nationaux conventionnellement compatibles. Il en découle une marginalisation de l'exception nationale sous l'effet de cette « rationalisation », plus ou moins importante selon les domaines concernés. Laurence Burgorgue-Larsen l'écrivait en 2001 à propos de l'« autonomie constitutionnelle des Etats » : « Le champ constitutionnel est (...) peu à peu tombé sous le coup de la tutelle strasbourgeoise. (...) les poches d'« autonomie constitutionnelle relèvent

⁸⁰ Voir S. LETURCQ, *op. cit.*, pp. 301-305.

⁸¹ Affaire *Zdanoka*, *op. cit.*, § 135.

⁸² CEDH, Gr. Ch., 6 janv. 2011, *Paksas c. Lituanie*, § 110.

⁸³ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'« autonomie constitutionnelle » aux prises avec la Convention européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 31.

aujourd'hui de l'exception plus que du principe. Le Phénix constitutionnel n'est pas prêt de renaître de ses cendres... »⁸⁴. Il en va de même pour les exceptions nationales en général.

Or, ces dernières années, c'est la manière même de déterminer le standard qui a été remis en question. Le standard établi à partir d'un consensus des Etats considéré comme légitime est distingué du standard « construit » par la Cour elle-même, se détachant des expériences nationales, et s'inspirant du droit international en général, du droit étranger extra-européen, voire même de tendances ou d'évolutions futures supposées⁸⁵. Certes, il est de la nature même du standard de pouvoir évoluer facilement. Cette propriété constitue d'ailleurs l'un des avantages de la règle à standard par rapport à la règle au sens strict. L'évolution des standards posés par les textes conventionnels est, en outre, dans la nature même du système de la Convention EDH, qui vise un « idéal commun »⁸⁶. La Cour a rappelé à de nombreuses reprises que « La convention est un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelle »⁸⁷. En effet, l'« interprétation évolutive de la Convention permet l'adaptation des normes qu'elle contient aux nouveaux défis engendrés par le développement complexe des sociétés européennes »⁸⁸. Ainsi, le recours aux notions autonomes⁸⁹ permet à la Cour EDH de donner un véritable « sens européen »⁹⁰ à certaines notions distinct du sens donné à ces termes dans les ordres juridiques nationaux (Ex. sur la notion de biens en matière de droit de propriété, de droit et d'obligations en matière civile, d'accusation en matière pénale, ou encore les notions de domicile, de peine, d'association, d'expulsion, d'arrestation...). De la même façon, au détriment du principe de pluralisme et de la marge nationale d'appréciation⁹¹, la Cour a tendance à établir des standards de manière autonome en

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Voir notamment H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, *op. cit.*, notamment p. 65 et ss. et p. 86. J. L. MURRAY, *op. cit.*, pp. 39-40 à propos de l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, par exemple.

⁸⁶ Sur le rôle de la Cour par rapport à cet objectif, voir A. GARAPON, « Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, n° 87/2011, pp. 439-456.

⁸⁷ CEDH, 25 avril 1978, *Tyler c. Royaume-Uni*, § 31.

⁸⁸ Cour européenne des droits de l'Homme, *Dialogue entre juges*, Strasbourg 2008, p. 13.

⁸⁹ L'interprétation « autonome » est définie comme « une méthode de formation d'un droit commun qui vient pallier l'imprécision des termes conventionnels et l'absence d'homogénéité des droits nationaux, et permettre une définition uniforme des engagements étatiques », in F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 253.

⁹⁰ *Id.*, p. 254.

⁹¹ F. Sudre parle d'« ignorance du pluralisme » voire de « viol du pluralisme », F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 54-55.

s'affranchissant des expériences nationales⁹², voire en contradiction à la pratique d'un certain nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe⁹³. Ainsi F. Sudre souligne-t-il que si « L'interprétation « consensuelle » est un élément essentiel de la variation des limites du pouvoir discrétionnaire reconnu aux Etats (...) Elle est cependant fragilisée par l'indétermination du standard européen (...) qui vient marquer les bornes de la diversité nationale »⁹⁴.

Si dans le standard endogène (déterminé à partir des expériences nationales) l'exception nationale est valorisée, dans le standard exogène, (déterminé par la Cour elle-même) l'exception nationale est écartée puisque le terme retenu aura le sens que lui donne la Cour EDH et ce sens sera de nature à englober des situations nationales que les Etats parties pensaient pouvoir faire échapper à l'application de la Convention. Ainsi, la tradition nationale a de moins en moins les faveurs de la Cour⁹⁵ comme ont pu le dénoncer certains juges notamment dans l'affaire *Kress c. France*⁹⁶. La création de cet « ordre public européen qui transcende les particularités nationales »⁹⁷ marginalise nécessairement les exceptions nationales. Il permet une interprétation uniforme de la Convention qui est favorable à une égalité de traitement des individus et des Etats dans le système de la Convention. Cependant, l'idée d'une simple harmonisation propre à préserver le « pluralisme international » au sein du Conseil de l'Europe cède la place à une logique d'uniformité décidée par la Cour qui s'émancipe de la volonté des Etats.

⁹² CEDH, 22 fév. 1994, *Burghartz c. Suisse*, §§ 26 à 28 (à propos de la situation des deux époux quant au choix du nom de famille) ; CEDH, 11 juil. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, § 103 (à propos du mariage des transsexuels) ; CEDH, 6 oct. 2006, *Hirst c. Royaume-Uni*, § 81 (à propos de l'interdiction du droit de vote des détenus).

⁹³ Voir H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in M. Levinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, op. cit., pp. 61-86.

⁹⁴ Voir CEDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*. Voir, F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, op. cit., p. 239. Voir, plus largement, sur cette question : Cour EDH, « Quelles sont les limites à l'« interprétation évolutive de la Convention ? », *Dialogue entre juges*, 2011, 53 p.

⁹⁵ Voir not. CEDH, 30 mars 2004, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), § 41.

⁹⁶ CEDH, Gr. Ch. 7 juin 2001, *Kress c. France*, opinion partiellement dissidente commune § 13. Voir également CEDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France*, opinion en partie dissidente des juges Costa, Caflisch et Jungwiert dénonçant : « Il est illogique d'accorder aux Etats une marge d'appréciation, voire une large marge d'appréciation (qui découle du principe de subsidiarité et reconnaît les traditions nationales) quand il s'agit de droits et libertés tout à fait essentiels ; et de vouloirommer les traditions nationales, souvent anciennes et respectées, au profit d'une volonté d'uniformisation procédurale abstraite, qui – sans même le dire – anéantit la marge d'appréciation. C'est là un paradoxe dangereux » (§ 8).

⁹⁷ P. MARTENS, « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen », in *Cour européenne des droits de l'Homme, Dialogues entre juges*, 2008, p. 56.

Cette « marche forcée »⁹⁸, semblant répondre plus à une logique d'intégration que de simple harmonisation, a soulevé de nombreuses critiques⁹⁹. Ce qui est principalement reproché à la Cour est une forme d'opportunisme dans la détermination des standards et, en particulier, l'absence de critères objectifs clairs permettant de savoir comment est déterminée l'existence d'un consensus et la manière dont il en est fait usage¹⁰⁰. La question du droit de vote des détenus¹⁰¹ est emblématique à cet égard puisqu'elle a cristallisé les tensions entre la Cour et certains Etats membres au point de remettre en cause la légitimité de la Cour et de la fragiliser¹⁰². Il a été reproché à la Cour de ne plus se cantonner à sa fonction subsidiaire. D'ailleurs, depuis cette crise, une attention plus importante semble être de nouveau accordée aux traditions nationales au détriment d'une approche « commune » déterminée par la Cour elle-même¹⁰³. Les critiques adressées à la Cour et provenant parfois directement de ses membres¹⁰⁴, la conférence de Brighton et, finalement, l'affirmation claire du principe de subsidiarité, par le Protocole n° 15, n'y sont pas étrangères.

Il est pourtant dans la logique même du système de la Convention d'évoluer vers un renforcement de la protection des droits fondamentaux qui vise à « la réalisation d'une union plus étroite entre ses Etats membres » par « la sauvegarde *et le développement* des droits de

⁹⁸ Frédéric Sudre emploie les termes « d'interprétation évolutive forcenée », F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, op. cit., p. 56.

⁹⁹ Voir notamment P. MARTENS, op. cit., pp. 55-67 ; F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, op. cit., pp. 53-57.

¹⁰⁰ Voir notamment L. BURGORGUE-LARSEN, « Le jeu ambigu du consensus européen dans la détermination de la marge nationale d'appréciation. La vision critique de Françoise Tulkens », *Strasbourg Observers*, 6 sept. 2012 (en ligne sur <http://strasbourgobservers.com>) ; P. MARTENS, op. cit., p. 60 ; J. L. MURRAY, « Consensus : concordance ou hégémonie de la majorité ? », in Cour EDH, *Dialogue entre juges*, 2008, pp. 25-50 ; F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », op. cit. ; H. SURREL, op. cit., pp. 61-86.

¹⁰¹ CEDH, 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) ; CEDH, 4 oct. 2010, *Frodl c. Autriche* ; CEDH, 23 nov. 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni* et CEDH, 22 mai 2012, *Scoppola c. Italie* (n° 3).

¹⁰² Voir not. M. Jacot, « Menaces sur la Cour européenne des droits de l'Homme », *Le Monde*, 28 oct. 2011 et la Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'Homme, Brighton, 19 et 20 avril 2012.

¹⁰³ Outre le rappel du principe de subsidiarité par la Cour elle-même (*A. et autres c. Royaume-Uni* et *Austin et autres c. Royaume-Uni*, op. cit.), voir not. CEDH, 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* dans laquelle la Cour a souligné « il convient de rappeler qu'il existe au sein de l'Europe une multitude de différences historiques, culturelles et politiques qu'il incombe à chaque Etat d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie (...). Etant en prise directe et permanente avec les forces vives de leur pays, avec leur société et avec les besoins de celle-ci, les autorités nationales, tant législatives que judiciaires, sont en principe les mieux placées pour apprécier les difficultés particulières qu'implique la sauvegarde de l'ordre démocratique dans leur Etat (...). Il faut en conséquence reconnaître à l'Etat une certaine latitude pour procéder à pareille appréciation, complexe et tributaire des données propres à chaque pays, qui a joué un rôle crucial dans les choix législatifs examinés en l'espèce.

¹⁰⁴ Par ex. dans l'arrêt *Hirst C. Royaume-Uni* du 6 oct. 2005 voir l'opinion dissidente commune des juges Wildhaber, Lorenzen, Costa, Kovler, Jebens ; dans l'arrêt *Scoppola c. Italie* (n° 2) du 17 sept. 2009, voir l'opinion dissidente du juge Nicolaou.

l'Homme »¹⁰⁵. Une trop grande place laissée à l'exception nationale risque de figer les interprétations de la Convention voire de provoquer un abaissement des garanties offertes¹⁰⁶, donc des standards européens eux-mêmes.

En définitive et en toute logique, l'exception nationale a naturellement vocation à être gommée et à se marginaliser dans un système visant une « communauté de valeurs » qui, en Europe, ne contribue qu'à accélérer un mouvement qualifié d'« irrésistible » par Mireille Delmas-Marty, celui de la globalisation en matière de droits et libertés¹⁰⁷. En effet, le recours au standard, en tant qu'instrument de mise en relation du système européen et du système national, mais également par la souplesse qui le caractérise, favorise la diffusion de ce mouvement de globalisation. Pour autant, il n'exclut pas le respect d'une certaine forme de diversité propre à préserver les identités nationales, elles-mêmes nécessairement évolutives, pour autant qu'elles sont compatibles avec la Convention. Tout est une question de « juste équilibre » à trouver entre aspirations nationales et idéaux européens d'une protection effective des droits et libertés.

¹⁰⁵ Préambule de la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹⁰⁶ Ainsi P. Paczolay dénonçait « l'effet imprévu d'abaisser les standards qui étaient auparavant utilisés par la Cour constitutionnelle » suite à l'arrêt *Rekvenyi c. Hongrie*, *op. cit.*, P. PACZOLAY, « Consensus et discrétion : évolution ou érosion de la protection des droits de l'Homme ? », in Cour EDH, *Dialogue entre juges*, 2008, p. 80.

¹⁰⁷ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, pp. 14-15.