

Communication pour le VIIIème Congrès national de l'AFDC

Anna Maria Lecis Cocco Ortu
Doctorante en Droit public comparé
Université de Sienne

“La comparaison en tant que méthode de détermination du standard de protection des droits dans le système CEDH”

(Atelier 4: Droit constitutionnel et droit comparé)

I. Introduction et prémisses méthodologiques.

Le titre de cette communication impose tout d'abord de délimiter le terrain de l'étude qui va être exposée, pas seulement géographiquement mais surtout conceptuellement, pour clarifier de quelle comparaison on entend s'occuper et faire des prémisses méthodologiques sur l'utilisation de ce concept par rapport à l'activité de la Cour européenne des droits de l'homme (autrement connue comme la Cour de Strasbourg) et des cours nationales, dans le système de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH).

L'utilisation de l'argument de droit comparé, ainsi que le phénomène du dialogue entre cours, sont au cœur du débat juridique depuis plusieurs années. Les études¹ qui se sont occupées de ce thème, convergentes surtout sur les causes du phénomène, son admissibilité, sa légitimité dans les ordres juridiques en fonction des différentes théories de l'interprétation et sa réelle proportion, en ont révélé une plus grande diffusion dans les pays de *common law* (à l'exception des États-Unis, où la question est toujours controversée) et un étouffement dans les pays de *civil law*, à l'égard desquels on a souvent parlé de références cachées,² ou même (presque) nulles,³ puisque les théories de

1 Parmi d'autres, G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, 2010; V. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, 2010, G.F. Ferrari, A. Gambaro (dir.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2006; B. Markesinis, J. Fedtke (dir.), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, il Mulino, 2009; A.M. Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review* n. 29, 1994, p. 102 sqq.; M.C. Ponthoreau, *Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, in F. Mélin-Soucramanien (dir.) *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005 p. 167, T. Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2011, p. 199.

2 Les pays de civil law peuvent être classifiés dans la catégorie du “*doing it but not admitting*”, B. Markesinis, J. Fedtke, *The Judge as Comparatist*, *Tulane Law Review*, n. 80, 2005, p. 11, en particulier p. 26 sqq.; les auteurs incluent l'Italie et la France dans cette catégorie d'après leur classification sur l'utilisation du droit comparé par les juges. Un “usage clandestin” de sources d'inspiration étrangères est d'ailleurs percevable chez la plus part des Cours constitutionnelles, qui se conduiraient ainsi pour ne pas être accusés de porter atteinte à la Constitution, M.C. Ponthoreau, *L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique*, in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résoluement*, Puf, Paris, 2009, p. 537.

3 En ce qui concerne l'activité de la Cour constitutionnelle italienne, voir V. Zeno-Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una ricerca sul nulla?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, p. 1993 sqq., avec la réplique par A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, *ibidem*, 2006, p. 983 sqq. et la contre-réplique par V. Zeno-Zencovich, *Una postilla ad Antonio Baldassarre*, *ibidem*, p. 992 sqq.

l'interprétation constitutionnelle et de l'argumentation de tradition romano-germanique seraient d'obstacle, selon la doctrine majoritaire, à l'admissibilité de la comparaison.

Cette opposition – en tout cas jamais nette – disparaît lorsque l'on considère, en ce qui concerne l'objet de la circulation, la catégorie plus générale de droit "externe" (c'est à dire toute source du droit *externe* par rapport au système rappelant, soit sources normatives soit décisions judiciaires, étrangères ou internationales)⁴ et, en ce qui concerne le concept du "dialogue", même les hypothèses de ce qu'on appelle dialogue "obligé",⁵ c'est-à-dire qui s'effectue entre cours supranationales et cours de Pays faisant partie d'une Convention, dans le cadre d'un système à plusieurs niveaux.⁶

En fait, la création d'organisations internationales valorisant le respect des droits de l'homme avec leurs propres systèmes juridictionnels (notamment le Conseil de l'Europe et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avec la Cour de Strasbourg) a entraîné comme conséquence, d'un côté, le fait que les juges nationaux doivent prendre en considération dans leurs procédures de décision le droit international et supra-national, y compris les décisions des juges et, de l'autre, que les Cours supra-nationales⁷ doivent considérer les systèmes normatifs nationaux pour équilibrer l'exigence d'harmonisation dans la protection des droits fondamentaux et ceux de la défense de la souveraineté des États et des différentes identités nationales.

C'est le cas du système CEDH qui, bien qu'il ne puisse pas aisément être inséré dans une étude comparative sur l'utilisation du droit étranger et du dialogue entre cours, justement à cause du rapport particulier entre la Cour de Strasbourg et les juges nationaux, qui ne permet pas de parler d'un droit proprement "étranger" ni d'un dialogue entre juridictions équivalentes (opératives au même niveau), il est toutefois intéressant à analyser en soi même, en ce qui concerne l'utilisation *sui generis* de l'argument de droit comparé par la Cour de Strasbourg et, en perspective, par les cours nationales.

Beaucoup d'auteurs retiennent qu'il ne s'agit pas de véritable comparaison juridique.⁸

4 V. Jackson, *op. cit.*, p. 1 sqq.

5 G. DeVergottini, *Oltre il dialogo*, *cit.*, p. 41.

6 À propos du débat sur l'existence et la réelle proportion du dialogue entre juges en Europe, voir par exemple F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard, *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

7 Dans le domaine juridique européen, la définition de "cour supranationale" décrit normalement la Cour de Justice de l'Union Européenne, alors que la Cour Européenne des droits de l'Homme serait plutôt une cour internationale. Néanmoins, au moment actuel de l'intégration européenne, lorsque la CEDH a atteint dans les systèmes juridiques des États parties un niveau au moins supralégislatif, parfois même constitutionnel, et que la Cour de Strasbourg remplit le rôle d'une sorte de "quatrième niveau de juridiction", on veut bien utiliser la définition de cour supranationale aussi pour cette dernière.

8 Sur la difficulté de considérer les renvois aux législations nationales comme une véritable comparaison: G. DeVergottini, *Oltre il dialogo*, *op. cit.*, p. 11 e 181 sqq., mais aussi P.G. Carozza, *Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human*

Toutefois, on adoptera pour cette étude une conception minimale de “comparaison”, ou bien d’argument de droit comparé, en se référant non seulement à la comparaison qui fonde la *ratio decidendi*, par moyen de la détection à travers l’analyse comparative d’un principe du droit applicable, mais aussi à chaque renvoi aux sources externes, effectué dans un raisonnement juridique, assorti d’autres argumentations, pour parvenir à l’interprétation de la norme. On prendra donc en considération l’argument comparatif relevant en tant qu’instrument subsidiaire pour la formation de matériaux utiles à la décision.⁹ Dans ce sens, une activité comparative, avec une comparaison que l’on a défini “interétatique”,¹⁰ est déployée par la Cour de Strasbourg dans la doctrine de la marge d’appréciation, qui comporte une réduction du pouvoir discrétionnaire des États à l’augmentation du consensus, en exigeant une analyse comparative des législations des États parties pour la détermination des standards minimaux de protection des droits que ces derniers doivent respecter.

Cette activité de comparaison développée par la Cour déploie ses effets sur les systèmes nationaux à travers le renvoi fait par les juges nationaux à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Cela n’est certainement pas un exemple d’utilisation du droit comparé, mais plutôt, comme on l’a dit, de circulation verticale et obligée.¹¹ Cependant, ce type de dialogue ouvre à un ultérieur champ d’application de l’argument de droit comparé. En fait, pour le système actuel de protection des droits à plusieurs niveaux au sein du Conseil de l’Europe, qui implique une intégration mutuelle entre les cadres nationaux de protection constitutionnelle et le système juridique supranational,¹² il importe que chaque ordre juridique soit influencé par les extensions de garanties des droits développées dans d’autres juridictions, à travers le rôle d’harmonisation de la Cour de Strasbourg. L’approche comparatiste devient ainsi utile non seulement, d’une part, à la Cour européenne pour

Rights, Notre Dame Law Review, n. 73, 1998, p. 1218-1219, qui, bien qu’en reconnaissant le manque des caractères méthodologiques propres de la comparaison juridique, choisit la définition de “comparaison interétatique”; par contre, sur l’importance de l’activité comparatiste de la Cour de Strasbourg: V. Gremontieri, *Comparative Law and Human Rights in Europe*, in A. M. Rabello (dir.), *European Legal Traditions and Israel*, Nevo Publishing, Jerusalem, 1994, p. 369, et C. L. Rozakis, *Il giudice europeo come comparatista*, in B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero, op. cit.*, p. 455 sq. Toutefois, en considérant qu’il n’y a toujours pas en doctrine juridique une définition partagée à l’unanimité de comparaison ni de méthodes propres du droit comparé, on permettra d’adopter pour cette étude une conception minimale de “comparaison”, en se référant à l’utilisation de chaque argument de droit comparé ou de droit étranger dans le raisonnement judiciaire.

9 P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in G. Alpa (dir.), *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 24.

10 P.G. Carozza, *Uses and Misuses of Comparative Law, cit.*, p. 1218-1219. L’auteur souligne qu’il préfère employer la définition de “comparaison interétatique” plutôt que celle d’ “analyse comparative” ou “méthode comparative”, parce qu’il apparaît que, dans les décisions où la Cour utilise la comparaison, il y a «peu d’analyse et moins encore de méthode.»

11 T. Groppi, *Bottom up globalization?, op.cit.*

12 La définition de “système à plusieurs niveaux” est due à I. Pernice, qui l’a forgée en se référant au système constitué par le droit communautaire et national. Il conduirait à une intégration entre le droit constitutionnel interne et le droit constitutionnel européen qui donnerait lieu à une sorte de “constitution composée”, où les deux niveaux constitutionnels ne peuvent être distingués en termes de hiérarchie.

l'évaluation du consensus européen, mais aussi aux juridictions nationales, qui pourraient (ou devraient?) utiliser l'argument de droit comparé lorsqu'elles doivent garantir le respect de ces droits jouissant de plusieurs niveaux de protection. Il s'agit d'une comparaison destinée à l'interprétation de la norme à appliquer: lorsqu'une cour nationale est saisie d'une violation de droits protégés par des dispositions conventionnelles, ou par des dispositions nationales du même contenu, elle doit prendre en compte le standard minimum imposé par la Convention qui est, toutefois, une limite mobile et variable. Par conséquent, la référence aux législations des États parties s'impose par effet d'une sorte de double renvoi, c'est à dire un renvoi mobile au droit vivant de la jurisprudence CEDH et au droit vivant des ordres juridiques des États parties. L'utilisation de la comparaison peut être ainsi un instrument pour engager une véritable coopération entre les juridictions nationales et la Cour de Strasbourg pour déterminer le niveaux minimaux de protection et le noyau intangible des droits fondamentaux.

Dans la présente analyse, on essayera de démontrer que la comparaison est un moyen indispensable pour la détermination du *standard* de protection des droits dans l'ordre juridique CEDH, dont devraient se servir tant la Cour de Strasbourg, selon modalités et conditions plus claires et constantes que celles jusque là utilisées, tant les juridictions des systèmes nationaux.

Malgré son essentialité toutefois, l'utilisation de la comparaison par la Cour de Strasbourg montre beaucoup de points critiques qui méritent d'être analysés pour parvenir à la proposition de critères constants d'application de l'argument de droit comparé, censés assurer à la Cour une majeure légitimation devant les États.

L'incohérence des juges européens dans le recours à l'argument de droit comparé est d'ailleurs une conséquence directe de l'application hétérogène et indéterminée de la doctrine de la marge d'appréciation,¹³ dans laquelle on peut observer le plus souvent la comparaison et dans laquelle il faut rechercher les raisons d'une telle incohérence. On soutiendra par ailleurs que ces mêmes raisons, qui fondent l'utilisation inconstante et hétérogène de la doctrine de la marge d'appréciation, exigeraient plutôt une application plus rigoureuse et cohérente de la comparaison, ainsi qu'une participation des juridictions nationales à la détermination des standards minimaux, pour opposer, le cas échéant, aux raisons de l'harmonisation celles de la diversification.

Dans cette étude, on va d'abord analyser la doctrine de la marge d'appréciation, son fondement juridique et les critères utilisés par la Cour pour la détermination de la marge dans son *case law*,

13 Tant et si bien que certains auteurs ont refusé de définir la marge d'appréciation une "doctrine", «pour l'absence totale de celle spécificité théorique et de cette cohérence qu'exige une doctrine juridique.» S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Files* n. 17, Council of Europe Publishing, 2000, p. 32; E. Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, *New York University Journal of International Law and Politics*, 1991, p. 843-854, qui la décrit comme une invention dépourvue de tout fondement juridique.

afin d'en décrire les caractères et en vérifier la cohérence.¹⁴

On examinera ensuite les applications pratiques de la doctrine, avec l'appui de cas importants, afin de décrire le rôle de la comparaison et du *consensus inquiry* pour la détermination de la marge.

En analysant une certaine jurisprudence de la Cour, on essayera de démontrer que la comparaison est un instrument essentiel et indispensable, même si ambigu, pour déterminer le *standard* minimal de protection, et que ses critiques peuvent être réduits par l'utilisation d'une majeure rigueur méthodologique, d'une analyse plus riche et, par conséquent, par la rédaction des motivations plus complètes.

On soutiendra enfin qu'il serait souhaitable que les États jouent un rôle actif dans l'identification de la marge d'appréciation, en mettant en place un "dialogue" non seulement dans la relation verticale avec la Cour supranationale, mais aussi en s'engageant dans un dialogue "horizontal", par l'effet d'une sorte de double renvoi que la Convention demande, en tant que *living instrument*, d'abord à la jurisprudence strasbourgeoise, puis à l'évolution dans les sociétés et les législations des autres pays du système CEDH, pour la détection du *standard* de protection dans le cadre de l'évolution normative et sociale.¹⁵

La nécessité pour les États membres de ne pas ignorer la comparaison pour la détermination du *standard* n'implique pas une adaptation passive à l'uniformisation dans la protection des droits, au détriment des identités nationales, mais assume une fonction importante au niveau dialogique, offrant la possibilité aux États membres de participer à la détermination de la marge, en faisant valoir les raisons de la différenciation.

La doctrine de la marge d'appréciation est utilisée dans les argumentations de la Cour chaque fois qu'il y a un problème de mise en balance entre les droits des individus et les intérêts de l'État. Dans le choix des cas intéressants pour cette étude, on a choisi de focaliser l'analyse sur le *case law* de Strasbourg concernant l'identité de genre et l'orientation sexuelle, associées avec le droit à la vie familiale. Cette jurisprudence est une claire illustration de la façon dont la marge d'appréciation est réduite, à l'augmentation de la convergence, et de comment la jurisprudence de la Cour peut évoluer, en enregistrant les modifications du consentement.

L'évolution qui, ainsi décrite, apparaît simple et automatique, est néanmoins intéressante à analyser pour mettre en évidence les différents arguments par lesquels le consensus, et donc le *standard*

14 On peut déjà anticiper que la plupart des auteurs excluent la possibilité de représenter la doctrine d'une façon cohérente. Certains auteurs parviennent même à nier à la marge d'appréciation la définition de "doctrine", justement pour le manque de cohérence et de spécificité qui caractérise les doctrines juridiques.

15 En outre, il y a aussi la nécessité d'utiliser la comparaison pour l'interprétation de normes nationales, même de dispositions constitutionnelles, exigeant l'application de la protection des droits qui sont aussi garantis par le système CEDH; voir *infra* par. IV.

minimal de protection, a été identifié, ainsi que l'utilisation différente de la comparaison. De plus, le caractère de variabilité particulière du consensus à ce sujet, nous suggère que même les États peuvent utiliser la méthode comparative, comme on le soulignera.

II. La marge d'appréciation

1. La doctrine de la marge d'appréciation en tant que principe interprétatif de la CEDH.

La doctrine¹⁶ de la marge d'appréciation est l'une des pierres angulaires de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, en tant qu'instrument par lequel les juges européens cherchent de concilier l'objectif de l'application uniforme de la Convention avec le respect de la souveraineté de l'Etat, ainsi que avec le but, maintenant plus fortement ressenti devant la menace que la mondialisation pose pour les cultures et les traditions locales, de la protection des identités nationales.¹⁷

Importée de la jurisprudence administrative française,¹⁸ elle fait sa première apparition dans la jurisprudence d'abord de la Commission et ensuite de la Cour, au début dans le domaine des dérogations prévues par l'article 15.

Ensuite, la doctrine commence à être appliquée à toutes les dispositions qui prévoient la protection des droits, avec la possibilité pour les États de les limiter à certaines conditions. Notamment, la marge d'appréciation a été ainsi utilisée dans les décisions concernant les articles munis de celles qu'on appelle *accomodation clauses*, c'est-à-dire de clauses qui permettent des restrictions «nécessaires dans une société démocratique»,¹⁹ en devenant plus tard un principe général pour l'interprétation de la Convention dès qu'il y a une question de balance entre les droits conventionnels et les intérêts nationaux.²⁰ Sur la base de la marge d'appréciation, la Cour a pu reconnaître aux États le pouvoir discrétionnaire d'adopter des mesures qui, bien qu'interférant dans la garantie des droits prévus par des dispositions conventionnelles, sont justifiées en tant que «nécessaires dans une société démocratique à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la

16 Sur la contestabilité de la définition de doctrine, S. Greer, *op.cit.*, *supra* note 10.

17 À la fonction abstraite de conciliation entre unité et pluralisme se rejoint, dans la résolution de cas, l'utilité tout à fait contextuelle de la balance entre protection des droit et tutelle des interets nationaux. Voir P. Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or individous cultural relativism?*, *Human Rights Law Review* vol. 19 n. 1, 1998, p. 3; P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (dir.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 145 sqq.; G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa, Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011, p. 128.

18 Le mot, traduit ensuite dans d'autre langues en donnant lieu aux expressions comme "margin of appreciation" ou "margine d'apprezzamento", a été forgé par le Conseil d'État français et plus tard emprunté par d'autres juridictions administratives des Pays de tradition continentale, F. Donati, P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (dir.), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, e S. Greer, *op. cit.*

19 Par ex. artt. 8, 9, 10, 11 CEDH et art. 2 du Protocole (*liberté de circulation*).

20 C'est pourquoi elle est appliquée aussi aux dispositions qui n'ont pas de clause d'interférence ou qui le prévoient implicitement, i.e. artt. 5, 14, de la Convention et artt. 1 et 2 du Protocole n. 1.

santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»²¹

C'est dans l'application de la doctrine de la marge d'appréciation qu'on peut voir la comparaison par la Cour de Strasbourg dans la forme de *consensus inquiry* en tant que critère, non unique, pour la détermination de l'ampleur de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales et d'évaluation sur l'éventuelle évolution du *consensus standard* de protection. Une étude sur l'utilisation de la marge par la Cour, sa base juridique et les critères utilisés pour sa détermination, permettront de comprendre quelle est la fonction effectivement accomplie par la comparaison dans ce contexte, afin d'en mettre en lumière le potentiel et les critiques et de parvenir ainsi à une évaluation de l'opportunité de son utilisation.

2. *Origines et fondement juridique de la doctrine de la marge d'appréciation.*

Le concept de la marge d'appréciation est utilisé pour la première fois par la Cour Européenne des droits de l'homme dans le contrôle sur les violations de la Convention par les États lorsqu'ils avaient fait une déclaration de dérogation en vertu de l'art. 15.²²

Bien que le principe du pouvoir discrétionnaire des États dans l'appréciation du respect des conditions de ces dérogations ait été forgé par la Commission en *Grèce c. Royaume Uni* de 1956,²³ dans la jurisprudence de la Cour on trouve une première application de ce principe sans que la notion de la marge d'appréciation soit explicitement introduite et consacrée comme principe d'interprétation de l'art. 15.²⁴ Dans l'affaire *Lawless c. Irlande*,²⁵ en effet, pour décider sur l'éventuelle violation des obligations conventionnelles par l'Irlande, à cause de la détention sans procès d'un citoyen irlandais soupçonné d'être un membre de l'IRA, la Cour a reconnu que, considéré comme acquis le sens suffisamment clair de l'expression «danger public menaçant la vie de la nation», l'État peut légitimement déterminer la récurrence de cette condition, la Cour ne disposant que de la compétence à évaluer le caractère raisonnable d'une telle déduction. Dans cette affaire, en particulier, la Cour a noté que le gouvernement irlandais avait raisonnablement déduit l'existence de l'état d'urgence par un certain nombre de facteurs, qui avaient été allégués en tant que

21 Les diverses *accommodation clauses* varient d'un article à l'autre en ce qui concerne la liste des intérêts publics au nom desquels un droit peut être limité, mais il y a une condition commune pour de telles restrictions, qui consiste dans la nécessité de garantir la démocratie.

22 Pour un sommaire de la jurisprudence sur l'art. 15 et l'évolution de la doctrine, S. Greer, *The Margin of Appreciation*, *op. cit.*, p. 8 sqq.; F. Donati, P. Milazzo, *op. cit.*, p. 65 sqq.; J. Macdonald, *The Margin of Appreciation*, in J. Macdonald, F. Matschr, H. Petzold (dir.), *The European System*, p. 85 sqq.; E. Kastanas, *Unité e diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, p. 111 sqq.

23 *Greece v. United Kingdom*, App. No. 176/56. Dans ce cas-là, toutefois, on parle de *discrétion*, pas encore de marge d'appréciation.

24 F. Donati, P. Milazzo, *op. cit.*, p. 65 sqq.

25 *Lawless c. Irlande*, n. 332/57, 1961.

raisons de la dérogation.

C'est lors de la première affaire interétatique tranchée par la Cour sur les dérogations en vertu de l'art. 15 qu'elle aura l'occasion de mieux définir la notion de marge d'appréciation, en la reliant au principe de subsidiarité grâce à la référence très connue à la *better position*. En *Irlande c. Royaume Uni*,²⁶ en effet, la Cour a déclaré la nécessité de reconnaître aux États une large marge d'appréciation dans l'évaluation de l'existence des circonstances internes constituant l'état d'urgence, ainsi que l'adéquation de la mesure, parce qu'ils sont «mieux placés.»²⁷

Cet argument selon lequel les autorités nationales sont mieux placées que le juge européen, qui sera reproposé souvent dans la jurisprudence appliquant la marge, surtout hors des hypothèses de dérogation en vertu de l'art. 15, représente un des fondements juridiques de la doctrine: le principe de subsidiarité.²⁸

Depuis cette décision, on assiste à l'affirmation d'une large interprétation du principe de subsidiarité, tel qu'il était déduit à travers une lecture systématique des art. 1,²⁹ 13,³⁰ 35 al. 1³¹ et 53,³² selon laquelle il importe que les États assument en premier lieu la protection des droits garantis par la CEDH, pas seulement par la voie judiciaire (art. 13 et 35), mais aussi par la voie normative et *de facto* (art. 1 et 53). Il est donc de la compétence de chaque État de choisir les modalités qui plus lui conviennent pour poursuivre les objectifs de protection visés par la Convention, d'où découle l'exigence de reconnaître aux États un certain pouvoir discrétionnaire dans ce choix.

26 *Irlande c. Royaume Uni*, r. n. 5310/71, 1978.

27 «Il incombe d'abord à chaque État contractant, responsable de “la vie de (sa) nation”, de déterminer si un “danger public” la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15 par. 1 (art. 15-1) leur laisse en la matière une large marge d'appréciation.» *Irlande c. Royaume Uni*, par. 207.

28 On peut lire une définition du principe de subsidiarité dans la protection internationale de droit à plusieurs niveaux dans P. G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, 97, 2003, p. 38-40: «Subsidiarity is the principle that each social and political group should help smaller or more local ones accomplish their respective ends without, however, arrogating those tasks to itself, [...] like a thin and less filling analogue to the meatier term “federalism”», qui, dans le domaine de la protection des droits fondamentaux, permet d'intégrer «international, domestic, and subnational levels of social order on the basis of a substantive vision of human dignity and freedom, while encouraging and protecting pluralism among them.»

29 Article 1. Obligation de respecter les droits de l'homme. «Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.»

30 Article 13. Droit à un recours effectif. «Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.»

31 Article 35. Conditions de recevabilité. «1. La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive.»

32 Article 53. Sauvegarde des droits de l'homme reconnus. «Aucune des dispositions de la présente convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie.»

Le principe de subsidiarité assume donc une fonction normative substantielle, ainsi que procédurale. C'est d'ailleurs là, selon certains auteurs, l'essence de la subsidiarité considérée en tant que principe général, et pas comme une simple technique de la répartition des compétences: le rôle de médiation entre l'harmonisation supranationale et l'uniformisation, entre le pluralisme et les différenciations locales.³³ Ainsi, la "marge d'appréciation" utilisée par la Cour de Strasbourg ne serait qu'une variante de ce principe.³⁴

C'est précisément dans le principe de subsidiarité, tel qu'il vient d'être décrit, que l'on peut voir le fondement de l'extension de la doctrine aux dispositions différentes de l'art. 15, conformément à la pratique qui avait été introduite en même temps par la Cour,³⁵ avec des décisions comme celle de l'affaire linguistique Belge,³⁶ *DeWilde Ooms and Versyp*³⁷ et, ensuite, au moment même où *Irlande c. Royaume-Uni* était en train d'être tranchée, dans l'affaire *Handyside*.

Dans cette dernière décision, *Handyside c. Royaume-Uni*,³⁸ l'on peut lire une explication plus détaillée de la théorie de la *better position* dans un terrain d'application différent de celui concernant l'art. 15. Lors de cette affaire, qui représente une étape fondamentale dans l'évolution et l'affinement de la doctrine hors des hypothèses visées par l'art. 15, la Cour se trouvait à juger l'infraction éventuelle de l'article 10 (*liberté d'expression*) par les autorités anglaises au détriment de l'éditeur Handyside, sanctionné pour avoir publié un livre pour enfants (*The Little Red Handbook*), qui comprenait un chapitre concernant les pratiques sexuelles. La Cour accepta les arguments avancés par le gouvernement britannique, qui affirmait avoir légitimement soumis, conformément à l'art. 10 al. 2 de la CEDH (clause d'interférence), la liberté d'expression à une restriction, telle que celle prévue par l'*Obscene Publications Act* de 1959 pour la protection de la morale. Les juges européens d'abord réaffirment que c'est de compétence de l'État d'évaluer s'il y a une hypothèse justifiant la restriction – dans ce cas, la menace pour la morale – alors qu'ils ne doivent que vérifier la proportionnalité de la mesure. Ensuite, ils vont néanmoins plus loin, avec une analyse substantielle de la notion de morale, dont ils cherchent une définition commune dans

33 De cet avis, P. Pustorino, *Commento all'art. 53* in S. Bartole, B. Conforti et G. Raimondi (dir.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, p. 747.

34 Voir P. G. Carozza, *Subsidiarity*, *op. cit.*, p. 39-40, qui toutefois souligne que la marge d'appréciation ne serait que une déclinaison du principe, circonscrite au *reasoning* judiciaire: «The margin of appreciation, for instance, is basically a doctrine of judicial decision making in specific cases. It does not pretend to be a broad principle describing the politico-legal structure of human rights as a whole, but is instead aimed at reaching the best outcome on a case-by-case basis.» *Ibidem*, p. 69.

35 H.C. Yourrow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer, The Hague, 1996, p. 25 sqq.

36 *Affaire linguistique belge*, n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 1968.

37 *DeWilde Ooms and Versyp c. Belgique*, nn. 2832/66, 2835/66, 2899/66, 1971.

38 *Handyside v. UK*, n. 5493/72, 1976. Pour un commentaire de la décision qui souligne le fondement de la marge d'appréciation, voir G. Repetto, *Alle origini del margine di apprezzamento, tra self restraint e inquadramento del pluralismo: il caso Handyside*, sur diritti-cedu.unipg.it.

les Pays européens. Vu que l'on ne trouve pas «dans le droit interne des différents États membres, une notion européenne uniforme de la morale», ils reconnaissent à l'État une plus grande marge dans l'évaluation de la balance des intérêts en jeu. Ils laissent toutefois ouverte la possibilité de revirement, en considérant que «les positions prises par les différents systèmes varient de temps en temps et de place en place, spécialement à notre époque qui se caractérise par une évolution rapide et intense des opinions sur ce sujet.»³⁹

C'est sur ce passage de l'argumentation que se fonde le critère du consensus, ensuite développé dans l'affaire *Sunday Times*.⁴⁰ La Cour, dans l'évaluation de la légitimité des restrictions sur les droits, ne doit pas réaliser un contrôle seulement formel, mais aussi substantiel, censé assurer la juste mise en balance entre intérêt public poursuivi et droit soumis à la restriction, et de garantir la protection du noyau dur, même envers les limitations légitimes du droit. Cette évaluation substantielle, qui se fonde nécessairement sur la considération des intérêts en jeu, ne peut pas négliger, considérant comme acquise la conception de la Convention en tant que *living instrument*, une comparaison de positions européennes sur le sujet, pour déterminer l'ampleur de la marge à reconnaître à l'État.

3. *Nature et applications de la doctrine: les raisons de l'inconstance.*

La mention du principe de subsidiarité pourrait faire penser à la marge d'appréciation comme à une sorte de critère de répartition des compétences entre niveau supranational et niveau national,⁴¹ selon lequel la Convention, dans l'interprétation que lui donne la Cour, fixe les buts, alors que les États peuvent choisir les modalités pour les poursuivre. Cette affirmation, cependant, ne comprend que l'aspect formel de la marge d'appréciation, ne prenant pas en considération la conception substantielle de la doctrine, qui sera de plus en plus déterminante, surtout dès que la marge d'appréciation sera utilisée de façon constante dans des affaires concernant des dispositions différentes de l'art. 15. Selon la conception purement formelle, un pouvoir discrétionnaire est reconnu aux autorités de l'État dans la limitation de certains droits indépendamment de l'objectif poursuivi par celles-ci avec la limitation: la Cour n'exerce aucun contrôle substantiel sur la balance entre la tutelle du droit et l'intérêt de l'État, mais lorsque la Convention permet une limitation, elle reconnaît à l'État son "droit" d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire, justifié par un intérêt nécessaire de protection. Il s'agit de la conception que l'on trouve surtout à la naissance de la

39 *Handyside c. Royaume Uni*, par. 48.

40 *Sunday Times c. Royaume Uni*, n. 6538/74, 1979.

41 J. Schokkenbroek, *Judicial Review by the European Court of Human Rights: Constitutionalism at European Level*, in R. Bakker, A.V. Heringa, F. Stroink (dir.), *Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review*, MAKLU, 1995, p. 153 sqq., en particulier p. 163.

doctrine de la marge, par exemple en *Lawless*, mais qui est déjà atténuée avec *Irlande c. Royaume Unis*, où la Cour intervient sur la base du principe de subsidiarité pour assurer la tutelle substantielle des droits nécessaires pour la démocratie.

Par contre, l'emploi de la doctrine de la marge, selon le *substantial concept*, comporte que la Cour ne reconnaisse pas les États en violation de la Convention lorsqu'ils limitent les droits au nom d'un intérêt collectif légitime, en exerçant cependant une sorte de contrôle de proportionnalité dans l'analyse de la légitimité de la limitation, notamment en considérant la portée de la restriction, c'est à dire la restriction substantielle.⁴²

Il nous semble d'ailleurs que cette dernière acception indique la seule voie praticable à la lumière des autres principes-guide pour l'application de la Convention, notamment l'effectivité, l'autonomie interprétative de la Cour et le caractère dynamique de la Convention (la Convention comme *living instrument*), qui imposent la garantie d'un niveau minimum de protection des droits, en tant que paramètre mobile émanant de la jurisprudence de la Cour et de l'interprétation évolutive, même à la lumière de l'évolution dans les sociétés et dans les systèmes juridiques de référence.

De cela découle le double visage de la marge (marge large, qui se traduit en pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales sans aucune interférence de la Cour dans le choix politique et normatif sur les modalités de réalisation, opposé à la marge réduite, où le pouvoir discrétionnaire cède devant l'évolution interprétative).⁴³ La marge représente un moyen de *self restraint* de la Cour, pas un droit des États reconnu et acquis une fois pour toutes et qui par conséquent peut être revendiqué. Une conception formelle-structurelle de la marge répondrait plutôt à cette dernière conception, alors que seulement une conception assiologique-substantielle peut assurer que la Cour puisse exercer son *self restraint* en recherchant le cas échéant le correct équilibre parmi les principes de l'effectivité, de l'autonomie, du caractère dynamique de la CEDH et de subsidiarité. C'est ici que le consensus joue son rôle, en tant que moyen pour la détermination de la ligne de frontière entre discrétionnalité et uniformité, et donc comme critère interprétatif (ou justificatif)⁴⁴ dans le choix entre les deux possibles applications de la marge.

L'opinion prépondérante reconduit donc la *ratio* de la marge à la *better position* et au principe de subsidiarité, selon une acception "normative-substantielle", pour laquelle non seulement les États sont appelés à garantir en première instance la tutelle juridictionnelle aux droits prévus par la Convention, mais c'est de leur compétence aussi de prévoir les moyens normatifs d'actuation (et

42 A. G. Letsa, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 705-732.

43 «Some interpretational tool is needed to draw the line between what is properly a matter for each community to decide at local level and what is so fundamental that it entails the same requirement for all countries whatever the variations in traditions and culture. In the European system that function is served by the doctrine of the margin of appreciation» P. Mahoney, *op. cit.*, p. 1.

44 R. St. J. Macdonald, *The Margin of Appreciation*, *op. cit.*; P.G. Carozza, *Uses and misuses*, *op. cit.*, p. 1225-1226.

éventuellement limitatifs) des mêmes droits, en harmonie avec leurs systèmes. À un tel principe prévalant, beaucoup d'auteurs ajoutent d'autres raisons, les unes plus juridico-formelles, les autres d'opportunité et politique juridique.

Les premières font référence aux soi-disant *accomodation clauses*,⁴⁵ à l'imprécision dans la lettre des dispositions⁴⁶, au principe universel pour lequel les autorités publiques jouiraient toujours d'une marge de discrétionnalité dans l'exercice de leurs fonctions.⁴⁷ De ces facteurs est tirée la marge d'appréciation reconnue aux États comme un critère d'interprétation émanant de la Convention elle-même, qui imposerait une interprétation contextuelle grâce à la structure *open-textured* des normes conventionnelles,⁴⁸ ainsi que des principes généraux du droit.

Les raisons du second ordre, par contre, en faisant référence à des facteurs tels que la carence de légitimation de la Cour et l'impossibilité pour elle-même de garantir l'exécution de ses décisions (qui est laissée aux États)⁴⁹, reconduiraient la marge d'appréciation à des évaluations d'opportunité politique de la Cour, qui retiendrait de devoir "faire un pas en arrière" pour éviter la confrontation avec les États sur le terrain des choix politiques.⁵⁰

De cette variété de fondements juridiques et politiques dériverait l'incohérence dans l'application de la doctrine, qui fait objet de critique pas seulement par les détracteurs de la marge d'appréciation,

45 P. Tanzarella, *op. cit.*, p. 150; T. A. O'Donnel, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Quarterly*, 1982, p. 474 sqq; F.G. Jacobs, *The "Limitation Clauses" of the European Convention on Human Rights*, in A. De Mestral (cur.) *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Yvon Blais, Cowansville, 1986, p. 21 sqq.

46 R. Sapienza, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 sqq.; M. Melchior, *Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in F. Matscher – H. Petzold (dir.), *Protecting Human Rights*, pp. 411 sqq.; P. Tanzarella, *op. cit.*, p. 156.

47 T. A. O'Donnel, *op. cit.*, p. 477, qui toutefois, bien qu'affirmant que le principe de subsidiarité se fonde sur le principe universel de discrétionnalité des autorités nationales et sur l'imprécision des dispositions conventionnelles, cite les affaires *Handyside* et *Linguistique Belge*, pour souligner comment la Cour a manifesté, depuis les premières applications de la doctrine, la nécessité de poser une limite à la discrétionnalité lorsque les États ne sont pas retenus capable de garantir le noyau fondamental des droits.

48 G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 126.

49 Art. 46 CEDH. Force obligatoire et exécution des arrêts "1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. 2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution. [...] 4. Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette partie de son obligation au regard du paragraphe 1. 5. Si la Cour constate une violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre. Si la Cour constate qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres, qui décide de clore son examen."

50 R. St. J. Macdonald, *The Margin of Appreciation*, en R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 123 ; T.A. O'Donnel, *op. cit.*, p. 477 et S. Greer, *op. cit.* À l'appui de cette position, quelques auteurs, parmi lesquels S. Greer, allèguent même la faiblesse de la position de la Cour donnée par la possibilité pour les États de sortir de la Convention. Si à distance d'années, avec un fonctionnement consolidé de la Convention, cet argument n'apparaît plus persuasif, par contre demeure valide celui de la carence de légitimation de la Cour (de où l'exigence de rappeler les législations des États dans le *consensus inquiry*, pour arroger ainsi une légitimation démocratique indirecte de son réviement), ainsi qu'avec celui de la dépendance de l'effective réalisation de la Convention, en dernière analyse, des États-mêmes.

mais aussi par ceux qui, bien qu'en reconnaissant l'utilité, en souhaitent un emploi plus cohérent, en mesure de mettre les décisions de la Cour à l'abri des critiques d'utilisation arbitraire et de détermination du consensus (ou de l'absence de consensus) à la carte, selon la décision à laquelle on désire parvenir.⁵¹ Ces mêmes raisons, donc, se réfléchiraient sur l'activité comparative de la Cour dans la recherche du consensus, comportant la carence de méthode et d'analyse détaillée, pour garantir une majeure élasticité et une adaptation du critère *case-by-case*. On retient par contre que justement ces facteurs, qui semblent en justifier l'emploi arbitraire, demanderaient plutôt une méthode plus constante et définie d'application de la doctrine et, notamment, de l'analyse comparative.

En particulier, les raisons du premier ordre, même si elles justifient une certaine diversification dans l'application de la Convention, doivent toutefois céder le pas à l'uniformité devant le *core* des droits, le noyau minimum intangible, qui doit être interprété évolutivement et donc en tenant compte du consensus comme variable. Afin que ce dernier soit un moyen valable et légitime pour limiter la discrétionnalité, toutefois, il est évident qu'il doit être déterminé selon des modalités constantes, prédéterminées et surtout justifiées par la Cour dans ses décisions.

Quant aux raisons du second ordre, d'opportunité politique, elles sont les plus critiquées par les détracteurs, puisque, en représentant le véritable fondement de l'emploi arbitraire de la doctrine de la marge selon une logique *case-by-case*, elles témoignent d'une résignation devant l'impossibilité supposée de promouvoir un système universel de protection des droits. Une Cour qui renonce à son rôle d'harmonisation *up-bottom*, en acceptant de se limiter à enregistrer la convergence graduelle vers le *common ground* selon un schéma *bottom-up*, accepte un relativisme qui, dans la matière des droits fondamentaux, va vraiment contre les raisons à la base de la rédaction de la Convention même.⁵²

Dans l'analyse des différents critères de comparaison observés dans la jurisprudence de la Cour, on cherchera de montrer que l'application incohérente et arbitraire de la doctrine de la marge, avec une utilisation de la comparaison qui échappe à toute analyse et justification de méthode, n'est pas la seule solution aux problématiques auxquelles elle tente de répondre. Les raisons d'opportunité

51 Dans cette seconde catégorie: R. St. Macdonald, *op. cit.*, qui souligne le risque que la Cour européenne refuse la responsabilité d'expliquer les raisons juridiques, sur la base desquelles elle parvient à une décision déterminée dans le sens d'une interprétation évolutive ou de la reconnaissance de la discrétionnalité nationale, en employant la marge comme un moyen de justification de ses décisions, même pas pleinement expliquées; J.A. Brauch, *The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, *Columbia Journal of European Law*, n. 11, 2004-2005, p. 113 sqq.

52 Dans ce sens, E. Benvenisti, *Margin of Appreciation*, *op. cit.*, qui voit la doctrine comme une menace à l'unité et uniformité du système; J. A. Brauch, *op. cit.*, p. 113 sqq., qui retient la doctrine un moyen ni utile ni opportun pour l'harmonisation des droits en Europe, justement parce que répondant à des évaluations politiques de la Cour plutôt que juridiques; Juge De Meyer, dans la *dissenting opinion* de *Z. c. Finlande* (r. 9/1996/627/811), qui dit qu'un tel relativisme n'est pas acceptable en parlant de droits fondamentaux.

politiques de la Cour, en effet, sont nulles si l'on développe une méthode de détermination de la marge qui légitime la Cour devant les États, soit à travers des méthodes de détermination du consensus plus articulées et cohérentes et des motivations plus exhaustives qui donnent acte du choix parmi les diverses méthodes, soit à travers la participation des juridictions nationales dans la détermination des *standards minimum*.

III. L'argument comparatif dans la reconstruction du standard commun.

1. Les critères pour la détermination de la marge. La comparaison dans le consensus inquiry.

L'argument comparatif n'est pas l'unique moyen de détermination du *standard minimum* et, par conséquent, de détermination de la marge. Toutefois il est sans doute, depuis les affaires *Handyside* et *Sunday Times*, un des moyens employés par la Cour pour évaluer la légitimité des limitations des droits et, à notre avis, il mérite la plus grande attention pour son caractère critique et les potentialités de son utilisation. Il n'opère pas individuellement, mais c'est quand-même le facteur qui joue un rôle fondamental dans l'interprétation des dispositions conventionnelles, en fondant le choix entre les deux possibles déclinaisons de la marge d'appréciation, c'est à dire entre la marge large – qui laisse la discrétionnalité aux États dans les modalités de tutelle du droit protégé – et la marge réduite – qui légitime l'imposition d'une interprétation évolutive et, par conséquent, d'un niveau minimum de protection plus élevé. On cherchera de démontrer qu'il s'agit d'un moyen essentiel dans la reconstruction du *consensus standard* et qu'il faut rationaliser son emploi incohérent, en exhortant les États à participer à la détermination du *standard*.

Tel critère fera l'objet de la suite de ce cette analyse, après une exposition synthétique et non exhaustive des autres facteurs qui pèsent dans l'analyse de la Cour censée déterminer l'ampleur de la marge. Bien que toute tentative de classifier les applications de la marge, en identifiant de manière systématique la combinaison des critères employés dans les différentes affaires, soit destinée à un résultat insatisfaisant,⁵³ toutefois, sans prétendre fournir des listes exhaustives, on peut affirmer que les principaux critères habituellement employés pour la détermination du *standard minimum* et du point où placer la marge sont les suivants: la nature du droit protégé et le niveau de tutelle que lui accorde la Convention, le contrôle de proportionnalité de la restriction censé assurer le respect du *core* du droit et, enfin, le consensus, reconstitué d'après des modalités qui varient sensiblement de cas à cas.⁵⁴

53 P. Tanzarella, *op.cit.*, p. 159 sqq.; R. Nigro, *Il margine di apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2008, p. 82; T.A. O'Donnel, *op.cit.*, p. 479 sqq.

54 T.A. O'Donnel, *op.cit.*, p. 479 sqq.; H.C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine*, *op.cit.*, p. 86 sqq.; L.R. Helfer, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, en *Cornell International Law*

La nature du droit apparaît comme premier *step* dans l'évaluation de la légitimité de la restriction exercée par les autorités nationales, pour établir le *scrutiny* à appliquer. La doctrine a mis en évidence comment la Cour applique fondamentalement un *strict scrutiny* lorsque la limitation concerne un droit nécessaire dans une société démocratique, qui comporte automatiquement une marge réduite.⁵⁵ Par contre, la Cour effectue un contrôle moins sévère lorsque le droit objet de la limitation est protégé par une disposition dotée de clauses exprimées ou implicites d'interférence, ou lorsque le droit est forgé par la jurisprudence.⁵⁶

Le droit objet de la violation rentrant dans ces dernières catégories, où la marge est de règle plus large, l'analyse se déplace nécessairement sur le plan substantiel, selon la conception assiologique-substantielle de la marge soutenue auparavant, avec l'emploi d'un contrôle de proportionnalité⁵⁷ qui évalue le but de la restriction et du sacrifice important pour le droit, dont le *core* doit rester intact. Dans cet examen, une fois sauvegardés les *core rights* et les noyaux intangibles des autres droits,⁵⁸ la Cour se limite à un contrôle de raisonnabilité, en se retenant des évaluations de nature politique à la base du choix concernant les modalités et l'intensité de la tutelle des droits, sauf au cas où celles-ci soient soutenues par un *common ground*.

C'est à ce point-ci qu'entre en jeu la reconstruction du consentement, pour déterminer quel est ce *core* à protéger, à la lumière de l'interprétation évolutive et donc du *standard* minimum de tutelle que les autorités nationales doivent garantir, même face à des intérêts collectifs poursuivis au niveau national. Et ici on arrive à cette phase du contrôle de légitimité des limitations dont le résultat est plus incertain, puisqu'il n'est pas clair *comment* la Cour applique le critère de la détermination du consensus, ainsi que *quand* elle y fait recours ou *pourquoi* elle opte pour un critère d'enquête plutôt que pour un autre. Le consensus devrait en effet consister dans un *common ground*, une convergence de vues sur l'interprétation et l'application de la tutelle d'un droit par les États, qui puisse justifier le changement d'orientation par la Cour, et donc l'imposition d'un *standard* qui ne peut pas être négligé sur la base de la marge d'appréciation.⁵⁹ Dans ce sens, le *consensus inquiry* joue le rôle de critère de choix entre les deux possibles déclinaisons de la doctrine de la marge: le

Journal, 26, 1993, p. 133 sqq.

55 T.A. O'Donnell, *op.cit.*, p. 479 sqq.; P. Tanzarella, *op.cit.*, p. 159 sqq.

56 H.C. Yourow, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, Kluwer, 1996, p. 189-191 et S. Greer, *The margin of appreciation*, *op. cit.*, p. 32 sqq.; P. Tanzarella, *op. cit.*, p. 160, observe à ce propos que «c'è chi ha parlato in proposito di distinzione tra *inviolable core rights* e *personal freedoms*, o di *personal vital interests* versus diritti che possono essere limitati in nome di un pubblico interesse».

57 Voir D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra principio di necessità e margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 750.

58 Celle-ci est-elle une sorte de distinction entre droits de "série A" (ceux nécessaires pour la sauvegarde de la démocratie), qui ne peuvent être limités même partiellement, et de "série B" (les autres droits et libertés, pourvues de clauses d'interférence exprimées ou implicites), Voir *supra* note 50.

59 G. Repetto, *Argomenti comparativi*, *op. cit.*, p. P. Tanzarella, *op. cit.*, p. 162.

principe interprétatif de la discrétionnalité nationale (marge large) et celui de l'interprétation évolutive selon l'évolution du *common ground* (marge réduite).⁶⁰

Il a été observé que la “comparaison” n’entre pas en jeu dans cette phase en tant que critère interprétatif, mais plutôt comme critère *justificatif* d’une nouvelle interprétation. La Cour ne parvient pas à une interprétation en partant de l’analyse comparative scientifique des législations des Pays membres, mais, étant donné une instance ayant pour objet une nouvelle interprétation de la Convention, elle recherche dans la comparaison la raison qui justifie son revirement. C’est pourquoi il a été justement observé que: «une évaluation sur les applications de la comparaison dépend plus du *pourquoi* que du *comment* la Cour européenne utilise la comparaison interétatique dans ses décisions.»⁶¹ Le problème est que, comme l’on verra dans l’analyse jurisprudentielle, ce *common ground* n’est pas déterminé toujours de la même manière.

La règle, si de règle on peut parler face à une application jurisprudentielle qui échappe à des classifications cohérentes, semble être la détermination du consensus sur la base du calcul arithmétique des législations des Pays membres (comparaison interétatique). Si celles-ci vont vers une direction commune, alors c’est là que l’on fixe le *standard* minimal auquel les autres doivent s’adapter, même au cas où cela comporte une interprétation évolutive de la Convention. En cela, ce sont donc les législations nationales à influencer l’orientation de la Cour, qui va à son tour influencer du haut vers le bas les États parties qui demeureraient encore étrangers par rapport au *trend* de convergence.⁶²

La Cour n’a jamais explicitement clarifié, et il est impossible de le déduire de façon univoque à partir de sa jurisprudence, le nombre des États dont la législation prévoit un *standard* plus élevé de tutelle ou la protection d’un nouveau droit, pour que ceux-ci deviennent obligatoires même pour les autres.

Le critère prédominant semble être celui de la majorité,⁶³ parfois interprété par la Cour selon une application extrême de la marge d’appréciation et une totale déférence envers les États, pour lesquels elle parvient à une interprétation évolutive seulement devant un changement de consensus unanime ou presque, en se limitant “à enregistrer” les évolutions normatives ou interprétatives déjà produites au niveau national, et en renonçant ainsi à son rôle de promoteur d’une protection majeure des droits fondamentaux et de l’harmonisation parmi les tutelles existantes.⁶⁴

60 P.G. Carozza, *Uses and misuses, op. cit.*, p. 1221;

61 *Ibidem*, p. 1225-1226.

62 *Ibidem*, p. 1221.

63 P. Tanzarella, *op. cit.*, p. 162.

64 L.R. Helfer, *op. cit.*, p. 142. Celle-ci serait une conséquence de la difficulté (sinon même impossibilité) pour la Cour de Strasbourg de déclarer autonomement une évolution interprétative, en devant par contre se limiter “à enregistrer” les évolutions déjà produites dans les Pays membres, pour ne pas trahir le “pacte” à la base de la Convention, qui

Aux antipodes de cette conception timide du *consensus standard*, se place celle selon laquelle, en partant d'arguments d'une autre nature (qu'ils soient sociologiques, scientifiques, etc.) qui fondent l'instance d'une certaine tutelle, la Cour ne retiendrait pas nécessaire une *majority* parmi les législations des États membres, mais seulement un *trend* qui indique comment le consensus européen est en train de bouger vers une certaine direction.⁶⁵

Bien que le critère de la majorité soit le plus apte à mettre la Cour à l'abri des accusations de carence de légitimation, qui est comblée grâce à une sorte de légitimation démocratique interétatique émanant du renvoi à la majorité des systèmes, cependant on retient qu'il ne puisse pas être l'unique critère pour un effectif système régional de protection et promotion des droits de l'homme. La subsidiarité, qui justifie la marge et la déférence de la Cour vers la souveraineté nationale, rencontre toujours la limite de la tutelle minimum et de la garantie du *core* des droits, si bien que même pas le consentement unanime pourrait valoir à limiter le noyau intangible d'un droit conventionnel. C'est pourquoi le *consensus inquiry* oeuvre toujours et seulement en sens positif, pour constater l'admissibilité d'une tutelle nouvelle ou plus intense. Cependant le *noyau intangible* des droits, on le rappelle, est de définition variable, et les droits protégés ne s'épuisent pas dans le compte de ceux qui sont énumérés dans la CEDH, d'après la conception consolidée de la Convention comme *living document*. Il en découle que le consensus ne saurait être l'unique façon de sceller la détermination du noyau intangible d'un droit ou la reconnaissance de droits nouveaux, parce que cela équivaudrait à affirmer, en contraste avec ce que l'on a soutenu auparavant, que la majorité des systèmes juridiques peut valoir à limiter un droit qui s'affirme dans la société mais qui n'est juridiquement reconnu que dans quelques États. Une telle vision, en penchant pour une application aveugle et extrême du principe de subsidiarité, non équilibré par d'autres principes à tutelle de l'uniformité, dépaupériserait la fonction d'harmonisation de la Cour et de promotion de la tutelle des droits, en la transformant en un simple rôle de confirmation de ce qui est décidé au niveau national.

En cela, absolument opportun s'est avéré ce que la Cour a fait lorsqu'elle est parvenue à un revirement dans l'extension d'une tutelle ou dans la prévision d'un nouveau droit, sur la base d'éléments différents de la simple recherche de la majorité dans la comparaison parmi les législations des Pays membres. Lorsque l'imposition d'un *standard* plus élevé est proprement fondée, elle peut rencontrer la limite de la discrétionnalité des États seulement pour des raisons inhérentes à la particularité de l'État. En absence d'une telle condition, l'État ne jouit pas d'un "droit" à la marge d'appréciation.

prévoit l'harmonisation des tutelles dans le respect de la souveraineté nationale, selon le principe de subsidiarité.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 143.

Les critères sur lesquels la Cour a fondé une nouvelle interprétation des dispositions conventionnelles et un nouveau niveau de protection des droits, se sont parfois basés eux-mêmes sur une comparaison, mais avec l'inclusion de sources différentes des législations des États membres et donc "extérieures" au système CEDH, tels que: les conventions internationales, le droit communautaire, les recommandations d'institutions internationales et autres sources de *soft law* international, les législations d'États extérieurs à la Convention.⁶⁶ D'autres fois, la Cour s'est servie même de l'analyse d'éléments non normatifs, telles que l'opinion publique européenne et l'évolution de la société, avec les recommandations et les autres actes de *soft law* émanant des organes du Conseil de l'Europe ou de l'Union Européenne, soit en tant que sources normatives non contraignantes utilisées comme argument persuasif et soit en tant que moyens pour comprendre la tendance de la société et de l'opinion publique européenne, et parfois aussi l'*expert consensus*.⁶⁷

L'argument de droit comparé a ainsi été utilisé en tant qu'argument, parmi d'autres, dans le raisonnement juridique pour parvenir à une interprétation évolutive.

La jurisprudence en matière d'identité de genre et d'orientation sexuelle en rapport avec la tutelle de la vie familiale représente un domaine d'enquête privilégié sur ce point, parce qu'elle offre à l'observateur le *range* complet des critères utilisés par la Cour pour la détermination du consensus, en mettant en évidence le fait que le résultat interprétatif n'est pas conséquence seulement de l'évolution normative dans les Pays membres, mais aussi du choix des moyens employés dans le *consensus inquiry*.

2. *La jurisprudence sur l'identité de genre et l'orientation sexuelle. Comment opère le consensus inquiry.*

La première affaire dans laquelle la Cour de Strasbourg se trouve à juger une violation présumée

66 Pour une analyse de la jurisprudence caractérisée par des références à sources externes différentes des législations des Pays membres, voir J. F. Flauss, *Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in G. Cohen-Jonathan, J. F. Flauss (dir.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales: actes de la table ronde du 10 juillet 2003 organisée par l'Institut international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 59; Id., *La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, p. 313; Id., *La prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme de la jurisprudence des Cours suprêmes*, in J. Iliopoulos-Strangas (dir.) *Cours suprêmes nationales et cours européennes: concurrence ou collaboration? - in memoriam Louis Favoreu*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 327.

67 D'habitude avec des références génériques, en citant comme faits connus les progrès scientifiques, sans donner acte des modalités d'acquisition des informations, par ex. en matière de maladie mentale en *Winterwerp c. Pays Bas*; d'autres fois, la référence a été à des positions d'experts formulées ailleurs, comme par ex. en *F. c. Suisse*, où la Cour fait référence à l'avis du *Comité Suisse des experts pour la réforme du Droit de famille* pour montrer qu'une loi qui défend le mariage pour un certain terme après le divorce est contraire à la Convention, ou *Merckx c. Belgique*, où la référence est à des opinions de juristes, ou encore *X c. République fédérale d'Allemagne*, où la référence est à des études sociales et psychologiques en matière d'homosexualité; voir L.R. Helfer, *op. cit.*, p. 146.

des droits d'un transsexuel, en référence aux art. 8 et 12, est *Rees c. Royaume Uni*.⁶⁸ Dans cette affaire, le citoyen anglais Mark Nicholas Alban Rees – enregistré à la naissance avec le prénom féminin de Brenda Margaret et puis devenu homme d'abord dans les documents, ensuite physiquement par effet d'une intervention chirurgicale de changement de sexe – en ayant vécu en homme toute sa vie et en ayant bâti chaque rapport social à partir de l'âge de 28 ans sous une apparence exclusivement masculine, demandait la rectification de son sexe dans le registre des naissances. Le manque de rectification, soutenait le récurrent, constituerait une violation de l'art. 8 (*droit au respect de la vie privée*) en ce qu'un certificat avec l'indication de son sexe de naissance «lui procurerait embarras et humiliation chaque fois qu'une démarche sociale en demanderait la production»,⁶⁹ ainsi que de l'art. 12 (*droit au mariage*) pour le fait que la loi anglaise ne permet que le mariage entre deux personnes de sexe biologique opposé selon le registre des naissances.

La Cour, dans son *iter* argumentatif, remarque qu'il n'y a pas de violation de l'art. 8 du fait que ne serait pas déterminable une obligation positive fonctionnelle au respect de la vie privée à la charge des États,⁷⁰ vu qu'il n'y a pas un *common ground* concernant les modalités prévues dans les divers systèmes nationaux à tutelle de la vie privée des transsexuels.

L'existence d'obligations positives à la charge d'un État dépend de la balance entre l'intérêt général poursuivi et l'intérêt de l'individu, dans laquelle entre en jeu le *consensus inquiry* pour déterminer l'ampleur de la discrétionnalité qui doit être reconnue à l'État: en absence de *common ground*, les autorités nationales ne peuvent pas être chargées d'obligations positives qui, selon la mise en balance effectuée chez elles, iraient contre un intérêt public poursuivi.

Dans cette affaire notamment, les juges strasbourgeois observent que :

«Par leur législation, leur jurisprudence ou leur pratique administrative, plusieurs États donnent aux transsexuels la faculté de changer leur état civil pour l'adapter à leur identité nouvellement acquise. Ils la subordonnent toutefois à des conditions plus ou moins strictes [...]. Les autres États n'offrent pas - ou pas encore - pareille faculté. On peut donc dire, pour le moment, qu'il n'y a guère de *communauté de vues* en la matière et que, dans l'ensemble, *le droit paraît traverser une phase de transition*. Partant, il s'agit d'un domaine où les États contractants jouissent d'une *grande marge d'appréciation*.»⁷¹

68 *Rees c. Royaume Uni*, n. 9532/81 (1986).

69 *Rees c. Royaume Uni*, par. 34.

70 La Cour, en citant son précédent *case law* en matière d'obligations positives dérivant de l'imposition du "respect" d'un droit, souligne que «la notion de "respect" manque de netteté, surtout quand il s'agit de telles obligations positives; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants.» *Rees*, par. 37.

71 *Ibidem*.

La comparaison effectuée ici par la Cour pour rechercher le fondement du consensus, et déterminer par conséquent l'ampleur de la marge d'appréciation, consiste en une comparaison entre les modalités de tutelle du droit prévues dans les divers systèmes juridiques (par la législation, par des moyens d'ordre administratif ou de manière juridictionnelle), qui cependant est rapportée de façon vague et non documentée, sans le support d'une analyse comparative ou de données numériques.⁷²

La Cour conclut ensuite avec une ouverture à un éventuel revirement, en observant comment la question est sujet à une évolution continue, qui mérite d'être tenue sous contrôle même avec l'aide d'informations scientifiques et sociologiques:

«La Cour n'en a pas moins conscience de la gravité des problèmes que rencontrent ces derniers, comme du désarroi qui est le leur. La Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à *la lumière des conditions actuelles* [...]. Partant, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant *eu la égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société.*»⁷³

La question concernant le droit au mariage est résolue par la Cour de manière encore plus simple, sans besoin de recourir au *consensus inquiry*, sur la base de deux arguments textualistes-originalistes, l'un qui confirme la thèse gouvernementale de la conformité par rapport à l'art. 12 de la nécessité de la diversité de sexe biologique entre les époux prévue par la loi anglaise comme condition pour le mariage, l'autre qui reconnaît une large marge dans la mise en balance entre limitation du droit et intérêt public, sur la base de la lettre de la disposition.⁷⁴

Dans son raisonnement, la Cour emploie d'abord l'argument originaliste (qui sera bouleversé dans la sentence *Goodwin*) selon lequel la notion de sexe à laquelle fait référence la lettre de l'art. 12 doit être entendue comme le sexe biologique:

«Aux yeux de la Cour, en garantissant le droit de se marier l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent.»⁷⁵

72 Le manque de références aux nombres était probablement dû au fait qu'il n'y avait pas de correspondance entre les données du gouvernement anglais (qui parlait de 5 systèmes qui reconnaissent légalement le changement de sexe) et la partie récurrente (qui indiquait 7 systèmes). En relevant de toute façon qu'il ne s'agissait pas d'une communauté de vues, la Cour a probablement retenu insignifiant vérifier la donnée certaine. De cet avis, le juge Martens dans son *Opinion dissidente en Cossey*.

73 *Rees*, par. 47.

74 O'Donnell remarque que, de la jurisprudence de la Cour, émerge que les clauses d'interférence ne sont pas toutes égales et que de la lettre des dispositions on peut déduire l'ampleur de la marge reconnue aux états. T.A. O'Donnell, *op. cit.*, p. 479 sqq.

75 *Ibidem*, par. 49. L'argument originaliste et traditionaliste est combiné à l'interprétation littérale systématique dans la suite du raisonnement, où la Cour observe «Son libellé le confirme: il en ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille.»

Le second argument, nécessaire à la Cour pour dépasser la facile objection à l'interprétation originaliste-traditionaliste qui émane de l'exigence d'une interprétation évolutive, déduit l'ampleur de la marge de discrétionnalité de la lettre de l'*accomodation clause* incluse dans l'art. 12, qui remet explicitement à la législation nationale la discipline de la matière.

«En outre, l'article 12 le précise, ce droit obéit aux lois nationales des États contractants pour ce qui concerne son exercice.»⁷⁶

Dans ce cas, donc, l'État est libre de limiter le droit selon les modalités qu'il retient opportunes, à la condition que le noyau du droit soit respecté (deuxième *step* de l'analyse). La définition de ce dernier, d'ailleurs, ne peut pas être interprétée évolutivement, d'après les demandes du récurrent, pour l'absence d'un consensus (troisième et dernier *step*).⁷⁷

Quatre ans plus tard, en *Cossey c. Royaume Uni*,⁷⁸ se présente une question analogue engendrée par le recours de la citoyenne anglaise Caroline Cossey, née Barry Kenneth, envers la déclaration de nullité émanée par les autorités anglaises à l'égard de son mariage avec un homme, en invoquant encore une fois l'art. 8 et 12. Dans cette affaire aussi la Cour repousse toutes les deux allégations, en confirmant la motivation de *Rees*. Néanmoins, la décision présente des passages importants autant dans l'opinion de la Cour que, surtout, dans les opinions dissidentes.

En ce qui concerne l'art. 8, la Cour, en faisant référence à cette ouverture au revirement manifestée en *Rees*,⁷⁹ remarque toutefois que

«La Cour n'a connaissance d'aucun progrès scientifique significatif accompli dans l'intervalle; il demeure vrai, notamment - l'intéressée ne le conteste pas -, qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé.»⁸⁰

On peut observer ici l'emploi d'argument scientifique, mais en tant que fait connu, sans donner acte de comment la Cour a été informée de l'absence de développements scientifiques.⁸¹ En ce qui concerne l'enquête sur le consensus pour la détermination d'une obligation positive dérivant de l'obligation au respect de la vie privée, la Cour reconnaît que des changements ont eu lieu dans les

76 *Ibidem*, par. 50.

77 Voir *supra*, p. 13-14.

78 *Cossey c. Royaume Uni* (1990).

79 «La nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant *eu la égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société.*» *Rees*, par. 47, voir *supra*.

80 *Cossey*, par. 40.

81 Voir *supra*, note 60.

systemes des Pays membres, sans que toutefois on puisse parler de *common ground*:

«Une certaine évolution s'est fait jour depuis 1986 dans le droit de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe. Toutefois, les rapports dont s'accompagne la résolution adoptée par le Parlement européen le 12 septembre 1989 (J.O. n. C 256, 9.10.1989, p. 33) et la recommandation 1117 (1989) de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, du 29 septembre 1989 - toutes deux visant à encourager l'harmonisation des lois et pratiques en la matière - révèlent, le Gouvernement le fait observer, la même diversité qu'à l'époque de l'arrêt Rees. Partant, il s'agit toujours d'un domaine dans lequel les États contractants, en raison du peu de convergence entre eux, jouissent d'une grande marge d'appréciation»⁸²

C'est intéressant de remarquer comment la Cour fait référence à deux documents de *soft law* du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne, mais pas en qualité de moyens de détermination de l'opinion publique européenne ou d'arguments persuasifs de l'évolution de la société dans le raisonnement comparatif,⁸³ mais plutôt pour l'utilité de leur contenu pour le *consensus inquiry*, puisque tels documents, en promouvant l'harmonisation des tutelles dans la direction de la reconnaissance légale du changement de sexe, rendraient compte de l'absence de convergence sur le point.

Malgré la majorité, de seulement 10 juges contre 8, conclue avec une formule analogue à celle employée dans *Rees*, en soulignant encore une fois la nécessité de tenir sous contrôle l'exigence de mesures juridiques dans ce domaine,⁸⁴ la riche minorité de 8 juges a manifesté son avis sur le fait que l'instant du revirement était déjà arrivé et que la Cour s'était trompée de ne pas le recevoir.

Ce point a été mis en lumière, dans les nombreuses et riches opinions dissidentes et partiellement dissidentes qui accompagnent celle de la Cour, en posant l'accent en particulier sur la critique à la méthode comparative adoptée par les juges de majorité.⁸⁵

En ce qui concerne la violation présumée de l'art. 12, la Cour confirme la validité de la conception biologique du sexe d'une personne en vue du mariage, bien qu'en commençant à considérer qu'un

82 *Cossey*, par. 40.

83 Celui-ci est par contre un des critères employés d'ailleurs par la Cour, rapporté par Helfer, *op. cit.*, ainsi qu'utilisé par un des juges dissidents dans son opinion, dont on donnera compte de suite.

84 «Elle tient toutefois à rappeler ce qu'elle a déclaré dans l'arrêt *Rees* (p. 19, par. 47). Elle a conscience de la gravité des problèmes que rencontrent les transsexuels, comme du désarroi qui est le leur. La Convention devant toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen permanent.» *Ibidem*, par. 42.

85 Voir par ex.: «Nous estimons que depuis 1986, il y a eu dans le droit de beaucoup d'États membres du Conseil de l'Europe, non pas "une certaine évolution" mais une évolution certaine. Aussi sommes-nous d'avis que, si dans le cas *Rees* le principe de la "grande marge d'appréciation" des États pouvait à la rigueur être accepté, il en est autrement à l'heure actuelle.» *Opinion partiellement dissidente des juges Macdonald et Spielmann*, par. 2. Sur d'autres opinions dissidentes on reviendra ensuite.

changement de consensus pourrait bouleverser cette interprétation originaliste et traditionaliste, même si à l'heure actuelle l'évolution en matière ne soit pas encore apte à justifier l'éloignement de telle position:

«Sans doute certains États contractants considéreraient-ils à présent comme valable un mariage entre une personne dans la condition de Mlle Cossey et un homme, mais l'évolution enregistrée jusqu'ici ne saurait passer pour la preuve d'un abandon général du concept traditionnel de mariage. Dès lors, la Cour ne juge pas qu'il lui soit loisible d'adopter une démarche nouvelle en interprétant l'article 12 sur le point dont il s'agit. Elle voit en outre dans l'attachement audit concept traditionnel un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage, cette matière relevant du pouvoir dont jouissent les États contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier.»

Une opinion dissidente qui constitue un traité sur l'emploi de la comparaison pour la détermination du *standard minimum*, mérite plus qu'une mention rapide.⁸⁶ Il s'agit d'une opinion dissidente particulièrement longue, analytique, riche de citations pas seulement du *case law* de la Cour, mais aussi de doctrine, de législations et de jurisprudences des Pays membres, ainsi que de jurisprudences de Pays extérieurs à la Convention et de doctrine médico-scientifique.

Le juge dissident fonde son opinion sur la nécessité de reconnaître la violation au noyau du droit à la vie privée des transsexuels en affirmant, avec le support d'opinions doctrinales médicales, que les conditions nécessaires pour qu'un transsexuel puisse vivre bien son identité de genre sont au nombre de deux: les traitements hormonaux et chirurgicaux nécessaires à l'acquisition de l'aspect extérieur du sexe desire; la reconnaissance légale du changement de sexe.⁸⁷

De cet argument principal, de la fondation scientifico-sociologique, il fait découler l'argument de l'incohérence du comportement de l'autorité publique anglaise, qui entreprend des actions positives non négligeables pour garantir le droit à la vie privée d'un citoyen transsexuel, jusqu'à soutenir les frais de l'intervention chirurgicale au moyen de son système sanitaire national, mais il ne va pas jusqu'au bout dans la tutelle du droit, en ce qu'il ne satisfait pas la seconde condition, pour des raisons de simple nature économique.

Il y a ensuite l'argument, qui relève plus de la fonction de la comparaison dans la détermination du consensus, selon lequel la Cour doit tenir compte d'une forte tendance en acte, même en absence d'une majorité:

⁸⁶ *Opinion dissidente* du juge Martens, publiée même sur *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, de p.199.

⁸⁷ *Ibidem*, par. 2.2 et 2.4.

«Il est pourtant des parlements et des juridictions qui ont adopté une autre attitude. Ils se sont rendu compte que les transsexuels opérés sont des personnes malheureuses ayant déjà tellement souffert qu'il s'impose de faire droit, dans la mesure du possible, à leur demande de pleine reconnaissance juridique de leur nouvelle identité sexuelle.»⁸⁸

Le juge s'appelle ici à une interprétation de la marge d'appréciation comme moyen de *self restraint*, selon laquelle c'est à la Cour de décider où placer son autolimitation, sur la base d'une variété d'éléments, qui ne peuvent pas consister dans le simple critère de la majorité. L'imposition d'un *standard* de tutelle plus élevé que celui prévu par la majorité des États peut se fonder sur des facteurs différents (comme on l'a vu, le *trend*, les informations sociologiques et scientifiques, l'importance du droit pour la réalisation de la personne et le respect de la dignité humaine⁸⁹) et, lorsqu'elle est proprement fondée, peut rencontrer la limite de la discrétionnalité des États seulement pour des raisons inhérentes à la particularité de l'État qui en demandent la différenciation. En absence d'une telle condition, l'État ne jouit pas d'un "droit" à la marge d'appréciation.⁹⁰

Au cours des ans quatre-vingt-dix, autres décisions concernant le droit à la tutelle de la vie privée et familiale des transsexuels suivront,⁹¹ dans lesquelles la Cour ne remarquera pas encore de changements tels à permettre le bouleversement du *case law* représenté par *Rees* et *Cossey*, jusqu'à l'an 2002.

C'est dans la célèbre affaire *Goodwin c. Royaume Uni*⁹² que le très attendu revirement prendra forme, sur la base d'arguments qui fortement rappellent ces avancés dans la lucide opinion dissidente du juge Martens en *Cossey*. La Cour, en effet, se sert de l'analyse comparative d'après

88 *Ibidem*, par. 2.6.1.

89 Il cite, comme argument persuasif, le suivant passage tiré d'une sentence du *Bundesverfassungsgericht*: «La dignité humaine et le droit fondamental pour chacun de développer sa personnalité librement rendent impérative l'adaptation de la condition personnelle d'un individu au sexe auquel il appartient conformément à sa constitution psychologique et physique.» *Ibidem*, par. 2.6.3.

90 «Une certaine retenue judiciaire peut être rendue nécessaire par les éléments caractéristiques de la cause ou le fait que celle-ci ne peut être tranchée sans prise en compte des situations particulières existant dans l'État défendeur. Si, après mûre considération, la Cour est convaincue que tel est réellement le cas, elle peut envisager d'octroyer une certaine marge d'appréciation à l'État; sinon elle dispose d'une indication claire qu'il n'est nul besoin de témoigner de retenue judiciaire, pour laquelle il n'y a dès lors pas de place [...] Toutefois, rien dans le dossier ne donne à penser que pour ce qui est des rôles sexuels, la culture du Royaume-Uni soit essentiellement différente de celle d'autres États membres.» *Ibidem*, par. 3.6.3-3.6.4.

91 On signale *B. c. France* et *X, Y et Z. c. Royaume Uni*. Dans le premier cas, la Cour accueille le recours d'une citoyenne française qui demande la reconnaissance légale de son changement de sexe, mais il ne le fait pas en versant *Rees* et *Cossey*, mais plutôt sur la base des différences entre le cas en question et les deux précédents pour la substantielle différence entre les législations anglaise et française. En particulier, la Cour repousse les arguments scientifiques avancés par la récurrente, selon laquelle la science montrerait la faillibilité du critère biologique et chromosomique afin de la détermination du sexe. En *X, Y et Z. c. Royaume Uni*, à émerger n'est pas seulement le droit à la vie privée et familiale des transsexuels mais même les évaluations concernant la procréation médicalement assistée, par rapport auxquelles, encore une fois, on relève l'absence de consentement.

92 *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, n. 28957/95 (2002).

des modalités analogues à celles employées dans l'opinion d'abord rappelée, en prenant en considération pas seulement le calcul arithmétique des systèmes qui reconnaissent légalement le changement de sexe, mais même des sources normatives et jurisprudentielles extra-européennes,⁹³ ainsi que des données scientifiques⁹⁴ et le principe de la dignité humaine.⁹⁵ La décision est bien connue, c'est pourquoi on n'entend pas l'analyser et la discuter dans cette étude. Il suffit de souligner un passage saillant, dans lequel la Cour admet le fait que le critère de la majorité est dépassable devant la constatation, par d'autres voies, de l'émergence d'un nouveau droit :

«Aussi la Cour attache-t-elle *moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen* relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques *qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue* non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés. »⁹⁶

Seulement plus récemment la Cour a connu des affaires concernant la tutelle de la vie privée et familiale en relation à l'orientation sexuelle. On n'entend pas reparcourir ici cette jurisprudence,⁹⁷ mais seulement poser l'accent sur la première décision qui affronte directement la question de l'absence de mesures légales pour la reconnaissance des couples homosexuels. Il s'agit d'une sentence significative pour la présente recherche, en ce qu'elle montre clairement, d'un côté, comment le *standard* de tutelle se développe avec l'augmentation du consensus, et de l'autre, comment ce consensus consiste, pour certains buts, dans la tendance vers l'affirmation d'un droit par les États membres même en absence de majorité, alors que, à d'autres fins, il coïncide avec la *majority*. Dans les précédentes affaires en matière de transsexuels, on a assisté, dans un premier temps, à la constatation de l'exigence d'une nouvelle tutelle qui pourtant ne pouvait pas être imposée par la Cour à la généralité des États membres vu l'absence d'une majorité dans ce sens et,

93 «Ainsi, en Australie et en Nouvelle-Zélande, il apparaît que les tribunaux abandonnent le critère du sexe biologique à la naissance pour considérer que, dans le contexte du mariage d'une personne transsexuelle, le sexe doit dépendre d'une multitude de facteurs à prendre en compte au moment du mariage.» *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, par. 84.

94 On fait référence avant tout aux documents de la communauté médicale internationale dans lesquels a été éliminé le transsexualisme de la liste des troubles mentaux, *Ibidem*, par. 81; en outre, on soutient cet argument déjà avancé par la récurrente en *Cossey* et alors refusée par la Cour: «S'il demeure vrai également qu'une personne transsexuelle ne peut pas acquérir toutes les caractéristiques biologiques du nouveau sexe, la Cour constate qu'avec la sophistication croissante des interventions chirurgicales et des types de traitements hormonaux, le principal aspect biologique de l'identité sexuelle qui reste inchangé est l'élément chromosomique» *Ibidem*, par. 82.

95 *Ibidem*, par. 90.

96 *Ibidem*, par. 85.

97 On signale, entre autres, des décisions concernant les droits sociaux et d'habitation: *Mata Estevez c. Espagne*, n. 53534/99 (2001), où le droit à la tutelle de la vie familiale est nié aux couples homosexuels, garanti seulement dans leur "vie privée", et *Karner c. Autriche*, n. 40016/98 (2003), où la question concernant la tutelle des couples homosexuels tels que "vie familiale" est laissée explicitement ouverte.

dans un second temps, face à l'inertie des États, à la reconnaissance par la Cour du droit émergent tel que *standard minimum*, même en absence de majorité. Par contre, en *Schalk et Kopf c. Autriche*⁹⁸, on trouve les deux positions dans la même motivation. Dans cette affaire, en effet, la Cour, en accomplissant un *overruling* par rapport à sa jurisprudence sur le point,⁹⁹ a affirmé pour la première fois que les couples de personnes du même sexe constituent une cellule familiale méritant tutelle légale par les systèmes nationaux, même en ne relevant pas encore une majorité parmi les systèmes qui déjà accordent telle reconnaissance :

«La Cour note que depuis 2001, date d'adoption de sa décision dans l'affaire *Mata Estevez*, l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux Etats membres. Depuis lors, un nombre considérable d'Etats membres ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels.¹⁰⁰[...] Eu égard à cette évolution, la Cour considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une "vie familiale" aux fins de l'article 8.»¹⁰¹

Cependant, les juges strasbourgeois ont appliqué à nouveau le critère de la majorité pour évaluer l'ampleur de la marge d'appréciation en relation à l'instant de l'introduction des mesures appropriées à la tutelle de la vie familiale des couples homosexuels,

«Néanmoins, les Etats qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité. Le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les Etats doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour *choisir le rythme* d'adoption des réformes législatives.»¹⁰²

et ils ont ainsi retenu de ne pas devoir prononcer une condamnation à l'égard de l'Autriche pour la tardive adoption de mesures de tutelle juridique des couples homosexuels (qui s'était produite dans le cours de la procédure avec le *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*, la loi sur les unions enregistrées) pour l'absence d'une convergence sur le point.¹⁰³

98 *Schalk et Kopf c. Autriche*, n. 30141/04 (2010).

99 La dernière décision est *Mata Estevez*, cité *supra* note 95.

100 À l'évolution de la société et du *trend* normatif d'un certain nombre d'États membres, la Cour ajoute le droit de l'UE, utilisé en tant que source comparative pour la détermination du *standard* européen: «Certaines dispositions du droit de l'Union européenne reflètent également une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de "famille".» *Schalk et Kopf c. Autriche*, par. 93.

101 *Ibidem*, par. 93-94.

102 *Ibidem*, par. 105.

103 Lorsque la Cour s'est prononcée, les États qu'y avaient pourvu étaient 19 sur 47, avec un vingtième accordant une tutelle par moyen de mesure administrative et deux autres systèmes dans lesquels la normative est *in itinere*,

Les effets de cette décision, qui rejoint le consensus pour la détermination de l'*an* et du *quid* d'une tutelle (c'est-à-dire le niveau minimum à assurer, bien qu'avec un pouvoir discrétionnaire sur le *quomodo*) mais pas encore pour l'imposition du *quando*, sont très intéressants à analyser en ce qui concerne l'obligation qui peut en dériver pour les États en termes de collaboration à la détermination du *standard*.

IV. La comparaison comme moyen pour la détermination du standard de tutelle

1. La comparaison dans les motivations de la Cour.

L'analyse de la jurisprudence, bien que limitée à un nombre minimum d'affaires dans lesquelles la Cour s'est servie de la doctrine de la marge d'appréciation, non seulement confirme ce que l'on a dit sur la variété des critères employés, mais surtout montre comment le différent résultat auquel on parvient dans la détermination du standard n'est pas toujours le fruit d'un changement du contexte, mais souvent plutôt d'une modification des méthodes comparatives: comme l'on dit, ce n'est pas l'objet que l'on observe qui change, mais la perspective.¹⁰⁴

Une telle considération rend indéniable qu'une majeure cohérence applicative s'impose pour permettre de compter justement la marge d'appréciation parmi les doctrines juridiques, en ôtant chaque doute sur sa nature équivoque. Sans une détermination précise et détaillée des conditions auxquelles la marge doit se réduire et les droits émergents doivent être incorporés dans la tutelle conventionnelle, la Cour risque de baisser sa légitimation, lorsqu'elle s'éloigne du texte de la Convention pour interpréter cette dernière comme *living document*.¹⁰⁵ L'accusation à laquelle les juges strasbourgeois s'exposent, c'est évidemment de manipuler le consensus grâce au choix des critères employés et de la perspective choisie pour sa détermination, afin de confirmer une interprétation qu'elle adopte autonomement par d'autres voies, et parfois même idéologiquement, plutôt qu'au moyen d'une analyse méthodologique.¹⁰⁶ Cela se produit aussi du fait de la tendance de la Cour à ne motiver ses décisions qu'avec des formules repropoées, qui souvent perdent de l'adhérence au contexte.

Malgré cela, on retient que l'adoption d'un seul critère (ou de plusieurs critères prédéterminés qui

Schalk, par. 27-29.

104 Ce problème récurrent dans la comparaison a été mise en évidence par G. Gorla, *Il diritto comparato*, in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 71, en particulier p. 80 sqq.

105 L.R. Helfer, *op. cit.*, p. 135. Ce risque a été souligné aussi par V. Zagrebelsky, qui réconduit à l'exigence d'éviter cette carence de légitimation la référence que la Cour elle même fait à sa propre jurisprudence, lorsqu'elle s'éloigne du texte, en définant ses cas "précédents" pour leur donner une idée de force contraignante. V. Zagrebelsky, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali* (relation orale, compte rendu par A. De Petris), in S. P. Panunzio (dir.) *I costituzionalisti e la tutela dei diritti in Europa*, Cedam, Padova, 2007, p. 719-720.

106 L.R. Helfer, *op. cit.*, J.A. Brauch, *op. cit.*

doivent être combinés selon un *test*) ne soit pas la solution plus souhaitable, face à plusieurs raisons qui ont donné lieu à l'actuelle application variée. Par l'adoption d'un critère univoque de déroulement de l'activité comparative, on peut prendre par exemple celui de la majorité qui semble être celui le plus facilement vérifiable et qui suscite le moins d'objections pour la doctrine et la méfiance mineure des États, la Cour se mettrait peut-être à l'abri des critiques de carence de légitimation, mais ne serait certainement pas en mesure de revêtir pleinement son rôle de promotion et d'harmonisation de la tutelle des droits à travers l'adaptation continue du *standard* à l'évolution de la société de référence.¹⁰⁷

Le niveau minimum de protection des droits fondamentaux ne peut pas être laissé au soin des majorités arithmétiques des législations des États, dans le cas où d'autres arguments valent à en reconnaître une évolution, qui serait ainsi ignorée par la Cour laquelle, en renonçant à son rôle contre-majoritaire de tutelle des droits, remettrait totalement le choix en ordre à l'*an*, outre qu'au *quomodo* de la tutelle, dans les mains des majorités des États membres.

Cela émerge avec lucidité en *Goodwin* là où la Cour affirme que, malgré l'impossibilité de relever une communauté de vues dans l'enquête sur les Pays membres, «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.»

Des suggestions sur comment conjuguer le rôle contre-majoritaire de la Cour avec ses points faibles politiques et juridiques ne proviennent pas seulement de nombreux auteurs qui invitent à une majeure transparence et clarté dans les motivations,¹⁰⁸ mais aussi de certaines argumentations de la Cour elle-même, qui montrent un emploi de la méthode comparative d'après une orientation sociologique et évolutive de la comparaison.¹⁰⁹ En particulier, l'opinion dissidente en *Cossey*, d'abord, et l'opinion de la Cour en *Goodwin*, ensuite, démontrent que le critère de la majorité peut devenir superflu devant une comparaison plus articulée, qui tient compte: du cadre non seulement normatif des Pays membres mais aussi administratif e *de facto*, des sources internationales, des législations et des jurisprudences de Pays extérieurs à la Convention, des opinions d'experts, de la nature du droit et de la mise en balance substantielle même pour des droits de nouvelle émergence et pas encore consacrés en droit positif ou jurisprudentiel.

L'argument comparatif est ainsi assorti d'autres arguments qui fondent l'interprétation évolutive.

107 P.G. Carozza, *Uses and misuses*, *op. cit.*

108 Entre autres, S. Greer, *op. cit.*, P. Tanzarella, *op. cit.*, p. 180 ; L.R. Helfer, *op. cit.*, p. 154.

109 On a souligné que dans ce sens la comparaison par la Cour de Strasbourg a permis une adaptation de la Convention soit spatiale, soit temporelle, en ce que la Cour, souvent grâce à l'emploi de la comparaison, a substitué à l'espace normatif l'espace pluraliste et au temps normatif le temps évolutif, G. Repetto, *op. cit.*, p. 121; voir aussi B. Markesinis, J. Fedtke, *The Judge as Comparatist*, *op. cit.*, p. 18 sqq.

Donc il ne fonde pas la *ratio decidendi* de la décision en lui même, mais enrichie le raisonnement juridique, selon le rôle de cinquième méthode interprétative lui reconnu,¹¹⁰ et améliore la motivation, en ce qu'il aide à interpréter une disposition et à favoriser l'harmonisation dans la protection des droits, lorsque une nouvelle interprétation est soutenue par la comparaison.

Cet emploi révèle la nature et la fonction du raisonnement comparatif dans les décisions de la Cour, où la comparaison, comme on l'a souligné, est employée le plus souvent face à des instances d'interprétation évolutive, en tant que règle de médiation pour amener dans le jugement devant la Cour supranationale des données, des qualités et orientations des sociétés de référence, qui ne pourraient pas y entrer en tant que droit applicable.¹¹¹ Le droit comparé peut ainsi jouer son rôle à l'appui des interprétations évolutives ou pour en décréter l'inadmissibilité. En voulant rappeler l'une des majeures juxtapositions entre les théories de la comparaison, qui place d'un côté les conceptions de la comparaison en tant que miroirs qui reflètent la réalité et, de l'autre, les conceptions majoritaires de la comparaison en tant que construction artificielle, l'activité comparative déployée par la Cour de Strasbourg se trouve sur une ligne médiane.¹¹² En fait, si aujourd'hui il apparaît incontestable à la doctrine comparatiste prévalante que le droit comparé ne se découvre pas, mais se construit, n'étant pas simple description mais *actio in distans*,¹¹³ la phase d'abstraction et construction (des catégories, des modèles, des principes) est toujours précédée par une démarche heuristique d'analyse de la réalité.¹¹⁴ Dans les raisonnements comparatifs de la Cour, lors de l'application des techniques interprétatives de la marge d'appréciation et de l'interprétation évolutive, cette première phase apparaît prévalante, puisque la Cour ne construit pas, en partant de l'analyse des systèmes juridiques des Pays membres, le principe à appliquer pour trancher le cas, mais plutôt, étant donnée une instance fondée sur plusieurs arguments, la Cour emploie l'argument de droit comparé à l'appui d'une certaine interprétation de la Convention. La conception de la Convention comme *living instrument* requiert par ailleurs que la Cour, lorsqu'elle s'éloigne du texte, agisse en conformité avec ses précédents,¹¹⁵ ou autrement en justifiant pleinement, même avec des arguments comparatifs, chaque *iter* argumentatif qui se détache des précédents.

110 P. Häberle, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat - Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode*, in *Juristen Zeitung*, 1989, p. 913 sqq.

111 G. Repetto, *Argomenti comparativi*, *op. cit.*, p. 121 sqq.

112 *Ibidem*.

113 P. Legrand, *Au lieu de soi*, in Id., *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 11.

114 R. Bercea, *Toute comparaison des droits est une fiction*, in P. Legrand, *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 41, voir p. 60 sqq., M. C. Ponthoreau, *L'argument fondé sur la comparaison*, *op. cit.*, p. 537 sqq., qui ouvre son travail avec une efficace citation de M. Foucault: "Sans l'imagination, il n'y aurait pas de ressemblance entre les choses." M. Foucault, *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris, 1966, p. 83.

115 L'importance que la Cour elle-même reconnaît aux propres précédents est soulignée par V. Zagrebelsky, qui observe que la Cour fait découler la force contraignante de sa jurisprudence de l'art. 32 CEDH, ainsi qu'elle identifie la Convention avec sa jurisprudence. V. Zagrebelsky, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, *op. cit.*, p. 719-720.

La solution aux problèmes justificatifs du “caractère glissant” de ce critère n’émanerait pas alors de la détermination d’un unique critère, ou de plusieurs critères déterminés, de comparaison – qui ne serait pas fonctionnelle à la pluralité d’exigences dont la Cour doit tenir compte dans son activité – mais de la motivation du choix des critères de cas à cas, qui doit devenir plus valide et exhaustive lorsque les juges s’écartent de leurs précédents soit en termes de dispositif qu’en termes de modalité de déroulement du *consensus inquiry* (ou de déroulement manqué du *consensus inquiry*).

Enfin – bien que ce soit le correctif le plus difficile à réaliser, notamment parce qu’il ne dépend pas seulement de la Cour – l’activité de promotion et d’harmonisation des tutelles serait plus efficace et plus fortement légitimée grâce à une collaboration avec les États dans la détermination du *standard* minimum de tutelle des droits à la lumière des évolutions de la société et des systèmes juridiques.

2. *La comparaison par les cours nationales: un dialogue pour la détermination du standard.*

Dans *Rees* et *Cossey* la Cour affirme que «la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu la égard, notamment, à l’évolution de la science et de la société.». Dans *Christine Goodwin*, la récurrente observe que, malgré l’avertissement, le gouvernement n’a pas prévu des mesures qui remédient à la souffrance qui touche les transsexuels opérés.¹¹⁶ La Cour ne se prononce pas explicitement sur cette observation avancée par la partie et, toutefois, effectue un revirement, malgré que les conditions sur lesquelles se fonde la décision apparaissent essentiellement inchangées par rapport au contexte dans lequel elle avait décidé précédemment.

À qui étaient adressées ces conclusions? S’agissait-il d’une simple clause d’ouverture à un futur et éventuel revirement, par laquelle la Cour n’engageait qu’elle-même à revenir sur le point, ou par contre pouvait-elle être interprétée en tant qu’avertissement, ou au moins exhortation aux États à tenir sous contrôle l’évolution scientifique et sociale pour y adapter les propres réglementations?

La question se repropose avec *Schalk*. La Cour dans ce cas-là, même s’il n’y avait pas de majorité parmi les systèmes nationaux sur le point, déclare que les couples homosexuels doivent jouir de la tutelle de la vie familiale, mais ne parvient pas à une décision de condamnation de l’État, par le manque d’une majorité, qui imposerait de laisser le pouvoir discrétionnaire aux États sur le rythme d’adoption de mesures opportunes pour telle tutelle. Cet arrêt, en se prononçant sans équivoque sur la nécessité de la protection d’un droit, mais en laissant en suspens, en absence de majorité, le début de l’imposition du nouveau *standard*, résulte de difficile interprétation en ce qui concerne les effets

¹¹⁶ «Malgré les avertissements de la Cour quant à l’importance de se livrer à un examen constant de la nécessité d’une réforme juridique, le Gouvernement n’a toujours pas pris de mesures constructives pour remédier aux souffrances et à la détresse qu’elle-même et d’autres transsexuels opérés éprouvent.» *Christine Goodwin*, par. 60.

qu'il peut produire sur les systèmes nationaux.

On retient avant tout que la motivation de telle décision impose de constater une violation de la Convention par manque de prévision de moyens de reconnaissance légale des couples de personnes du même sexe, une fois rejointe la majorité sur le point. La Cour, en effet, rend de très facile détermination l'instant où l'évolution du *standard* deviendra nécessairement coercitive: rejointe la majorité, les États qui ne se seront pas encore adaptés au nouveau *standard* devront le faire, pour éviter d'être trouvés en violation de la Convention, sanctionnable même par les juridictions nationales. Ces dernières, donc, devant un recours dans lequel est invoqué l'art. 8 de la Convention contre des violations analogues à celles qui sont objet de *Schalk*, devraient effectuer une comparaison entre les États pour évaluer l'éventuelle réalisation de la majorité.

Toutefois, plus d'une raison porte à croire que l'évolution du *standard* affirmée dans cette motivation est déjà dispositive, et que la Cour, avec ces arrêts "d'admonition" ou "additifs de principe", veut laisser une marge d'adaptation exclusivement temporelle aux États avant qu'ils soient sanctionnables.

Dans le passage qui va de la négation d'une instance pour l'absence de convergence (entendue comme majorité) jusqu'à l'éventuel revirement, il y a souvent, surtout lorsque des questions de forte connotation éthique et politique sont en jeu, des phases intermédiaires dans lesquelles la Cour remarque que l'exigence d'une nouvelle tutelle est née, mais elle ne va pas au-delà, parce qu'elle ne retient pas politiquement opportune d'imposer la nouvelle tendance en absence du support de la majorité des États, laissant ainsi une marge d'appréciation qui est ici pleinement l'expression du principe de subsidiarité comme limite à (plutôt que comme moyen pour) l'harmonisation et l'évolution. La Cour reconnaît l'émergence d'un nouveau droit mais, toute seule ou en "minorité", elle ne retient pas de pouvoir imposer un tel *standard* aux États. Toutefois, consciente du dilemme devant lequel elle se trouve, elle peut inviter les États à collaborer. Quelle serait le fondement conventionnel qui justifie cette exhortation à la collaboration ?

La *ratio* d'une telle approche peut se trouver avant tout dans le préambule de la Convention qui parle de l'objectif de «réaliser une union plus étroite entre ses membres» qui repose «sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme» et sur le partage d'un «patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques» qui a permis aux États européens de s'engager dans une tutelle collective et partagée des droits en Europe. Les États, qui se sont engagés à réaliser un espace commun européen,¹¹⁷ fondé sur leur affinité de conception des droits

117 L'espace commun européen n'était certainement pas une réalité lors de la signature de la Convention (comme le souligne V. Zagrebelsky, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, op. cit., p. 712) et, par conséquent, affirmer l'existence d'un *jus commune* européen en tant qu'ordre public clairement défini et délimité

fondamentaux, devraient essayer de promouvoir une telle réalisation, en recherchant, à la lumière de l'évolution des exigences de la société, l'adaptation de ces conceptions communes et du patrimoine commun de tutelle des droits, tandis que la Cour a le devoir, de son côté, de mettre les États en condition de rechercher et renouveler continuellement ce *standard* commun. Cela, en outre, dérive nécessairement de l'application des principes généraux d'interprétation de la Convention, selon l'interprétation évolutive d'une part, et l'autonomie interprétative de la Cour combinée avec la subsidiarité de l'autre: c'est la Cour qui doit adapter la Convention à l'évolution sociale, dans le déroulement de son rôle exclusif d'interprétation, qui pourtant ne comporte pas la *formation* autonome de l'interprétation évolutive, mais plutôt l'exercice du rôle délicat d'harmonisation qui équilibre les influences *bottom-up* et *up-bottom*.

En recherchant ensuite le fondement conventionnel de l'utilisation par les États de cette forme de comparaison, on la trouve dans les art. 32 et 46, qui imposent le respect de la jurisprudence strasbourgeoise.¹¹⁸ Si les décisions de la Cour renvoient à des sources extérieures pour la détermination du *standard*, les États devraient regarder par effet de ce renvoi non seulement à la partie substantielle qui indique le sens de la disposition, mais même à celle procédurale qui indique comment reconstruire cette signification à l'avenir. En cela, la Cour adresserait donc aux autorités nationales une invitation à effectuer une activité comparative, invitation qui peut être accueillie d'abord par les Législateurs, afin d'adapter leurs systèmes normatifs aux *standards* en évolution, mais aussi, selon l'opinion de l'auteure de cette étude, par les juridictions compétentes à appliquer le droit conventionnel, puisque les fondements juridiques justifiant l'emploi de la comparaison pour la détermination du *standard* semblent identifiables même dans les systèmes juridictionnels nationaux.

De l'exclusivité de l'interprétation et de l'application de la Convention par la Cour de Strasbourg d'après l'art. 32, en effet, la presque totalité des États membres fait découler, en voie jurisprudentielle, une sorte de force contraignante du *case law* strasbourgeois en ce qui concerne le sens à attribuer à la norme conventionnelle.¹¹⁹ Les organes juridictionnels nationaux, donc, en

equivaudrait à vouloir cacher derrière une fausse description de la réalité la production des règles idéales (O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2001, p. 127). Mais la conception d'un espace commun européen n'est même pas une fiction artificielle des juristes: par contre il existe en tant qu'objectif ou, *melius*, en tant que projet *in itinere* que les États se sont engagés à poursuivre sur la base des affinités qui les lient.

118 Dans la Convention n'est pas expressément prévu une obligation pour les États de déférence à toute la jurisprudence de Strasbourg. Toutefois, une certaine force contraignante est reconnue par les États en voie jurisprudentielle sur la base de ces dispositions. L'art. 46 oblige les États à donner exécution aux sentences émanant contre eux, pendant que l'art. 32, en attribuant l'interprétation et l'application de la Convention à la Cour expressément constituée, importe la nécessité pour les États de reconnaître aux règles conventionnelles le sens leur attribué par la Cour dans l'exercice de cette compétence interprétative exclusive. Voir note 119.

119 En Italie cela s'est produit avec les célèbres sentences «jumelles» Corte cost. n. 348 et 349/2007, dans

devant regarder au droit vivant de Strasbourg pour la détermination du sens des dispositions conventionnelles, devront, le cas échéant, regarder aussi aux sources extérieures auxquelles la jurisprudence de la Cour éventuellement renvoie, comme par exemple les évolutions sociales, scientifiques et normatives qui intéressent les autres États membres. Il ne s'agit pas évidemment d'un renvoi obligatoire,¹²⁰ mais d'un instrument qui est mis à disposition des juridictions nationales et dont il serait souhaitable qu'elles se servent dans leurs argumentations pour la détermination du niveau minimum de protection des droits.

La comparaison, ayant pour objet les autres Pays de l'«espace commun européen», est par ailleurs un critère invoqué par plusieurs parties, même au-delà de l'hypothèse d'un éventuel renvoi effectué par la Cour de Strasbourg. La doctrine, en effet, met de plus en plus en évidence la nécessité d'appliquer les principes d'intégration et de collaboration entre les systèmes juridiques de tutelle des droits humains.¹²¹ Ceci vaut bien pour la tutelle conventionnelle, dont les juridictions nationales sont dans un certain sens les «juges de premier degré», mais aussi pour la tutelle de droits prévus par des dispositions nationales, pour qui la Cour de Strasbourg peut être vue comme le «juge de quatrième degré».¹²² En effet, d'après les conceptions assiologiques-substantielles des dispositions à tutelle des droits fondamentaux qui se répandent aujourd'hui,¹²³ l'application de telles dispositions, bien qu'émant de différents systèmes juridiques, devrait être caractérisée par une intégration, non

lesquelles la Cour constitutionnelle a affirmé que, puisque les règles vivent dans l'interprétation qui leur est donnée par les organes prévus, et puisque la CEDH prévoit que l'organe juridictionnel constitué pour son application est l'unique légitimé à en interpréter les règles, la Cour, dans l'application des normes de la Convention, devra se conformer à l'interprétation que leur donne la Cour EDH. Cour Cost. n. 348/2007, cons. en droit n. 4.6. Pour une panoramique sur la valeur de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans la plupart des États membres, voir H. Keller., A. Stone Sweet (dir.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, 2008 et G. Martinico, O. Pollicino (dir.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, 2010; O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa ad Est e rapporto tra Corti costituzionali e cortieuropee: verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, Giuffrè, 2010; R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi (dir.), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*. Atti del Seminario, Ferrara, 9 marzo 2007, Torino, Giappichelli, 2007.

120 On a justement observé que la comparaison, ou la référence au droit étranger, ne peut pas fonder la décision parce-que, sans de mécanisme de validation dans l'ordre juridique interne, des sources externes ne peuvent pas réléver dans le discours scientifique en droit et former la *ratio decidendi*; de cet avis, parmi d'autres, O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, *op. cit.* Néanmoins elles peuvent réléver en tant que matériaux subsidiaires outils à la décision et par conséquent aider à la formation de la décision en enrichissant l'argumentation.

121 D. Tega, *Le Carte dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e oltre)*, in A. Pace (dir.), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, 2006, p. 986, observe comment, entre les positions de ceux qui mettent en garde de l'exaltation des cours internationales et supranationales en invitant les juridictions nationales à se concentrer sur les seules dispositions internes, et ceux qui, par contre, ouvrent à l'homogénéisation des niveaux de protection, la voie souhaitable serait peut-être celle prévoyant «la «simple» intégration des moyens interprétatifs.»

122 D. Tega, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. Cartabia (dir.), *I diritti in azione*, *op. cit.*, p. 87.

123 Voir, parmi les autres, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, 2001, p. 35 sqq.; A. Ruggeri, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo «intercostituzionale»*, *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2001, p. 217 sqq.

pas sur le plan formel-hiérarchique, mais sur le plan exclusivement substantiel de l'interprétation, visant à la détermination de *standards* communs et à la plus grande expansion des tutelles.¹²⁴

Les mêmes critères interprétatifs nécessaires pour déterminer le *standard* conventionnel seraient alors employables même dans l'application de dispositions nationales à tutelle des droits, selon le «principe de l'assouvissement, le plus intense possible».¹²⁵

Dans cette perspective on peut comprendre la nature et le rôle de la comparaison dans l'interprétation des dispositions à tutelle des droits de l'homme.

Il ne s'agit pas, c'est vrai, de véritable comparaison juridique dans la mesure où l'analyse des systèmes juridiques ne sert pas, le plus souvent, à l'énucléation d'un principe de droit à appliquer au cas. Néanmoins il s'agit d'un argument qui enrichie le raisonnement juridique en ce qu'il aide à comprendre, à travers l'analyse de modalités dont d'autres systèmes donnent protection à un droit, le sens des normes au même contenu.¹²⁶ Si cela vaut bien pour l'interprétation des toutes les dispositions à tutelle des droits fondamentaux dans n'importe quel système juridique, dans un système juridictionnel à plusieurs niveaux, comme celui européen, l'argument de droit comparé offre aussi des avantages majeurs en ce qu'il aide à résoudre les conflits interprétatifs parmi les Cours.¹²⁷ Cela ne veut pas dire que les juridictions nationales devraient s'adapter toujours aux

124 A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in associazionedeicostituzionalisti.it, p.15 sqq.; M. Ruotolo, *La "funzione ermeneutica" delle convenzioni sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, *Diritto e società*, 2000, p. 291 sqq.

125 A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Corti europee, op.cit.*, p.15.

126 L'utilité de la comparaison, pour parvenir à connaître comment d'autres systèmes juridiques ont donné solution aux problèmes tout à fait similaires, a été mise en évidence, parmi d'autres, par plusieurs juges de Cour constitutionnelles et suprêmes, tels que: A. Barak, qui utilise une efficace métaphore en affirmant que le droit comparé lui sert en tant que miroir pour mieux observer et comprendre son propre droit, A. Barak, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia*, *Discours à l'occasion de la Fulbright Convention*, 29 Janvier 2006; S. Breyer, qui souligne comme les juges dans le monde sont personnes semblables qui affrontent problèmes semblables, dans la *Discussion between U.S. Supreme Court's Justices Antonin Scalia and Stephen Breyer on the subject: Constitutional Relevance of Foreign Courts Decisions*, consultable sur le site www.media.american.edu/speeches et, dans la version révisée et imprimée, dans N. Dorsen, *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 519; R. B. Ginsburg, qui observe comme les cours constitutionnelles doivent faire face à des problèmes similaires dans le monde, surtout dans le domaine des droits de l'homme, R.B. Ginsburg, "A Decent Respect to the Opinions of Humankind": *The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, in *Florida International University Law Review*, 2006, p. 27 sqq.; G. Zagrebelsky, qui observe que quand les problèmes se globalisent, leurs solutions doivent aussi se globaliser, *Intervento in occasione dei cinquant'anni di attività della Corte Costituzionale*, consultable dans la section "Interventi dei Presidenti" sur le site www.corte-costituzionale.net.

127 Sur le rôle du dialogue entre cours pour la résolution des conflits interprétatifs, voir par exemple F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynouard, *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, *op. cit.* et J. F. Flauss, *La prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme de la jurisprudence des Cours suprêmes*, *op. cit.*, p. 327. Un exemple du dialogue finalisé à la résolution des conflits interprétatifs est d'ailleurs percevable dans le riche échange mutuel, pas toujours idyllique, entre les jurisprudences des cours de Strasbourg et de Luxembourg. Voir, parmi d'autres, D. Simon, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «je t'aime, moi non plus»?*, in *Pouvoirs*, 2001, p. 31; G. Demuro, *I rapporti fra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2003, p. 85; P. Bilancia, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in P. Bilancia & E. De

standards plus élevés des autres Pays européens, dans une course irrésistible vers une tutelle de plus en plus intense,¹²⁸ mais qu'elles ne peuvent pas ignorer ces standards dans leurs raisonnements juridiques, surtout dès que la Cour de Strasbourg observe qu'un nouveau *common ground* est en formation, en pouvant faire valoir le cas échéant leur unicité.¹²⁹

C'est celle-ci la voie à entreprendre, pour la survie des cours nationales dans le concours pour la tutelle des droits: si les cours nationales refusent de participer à cette saine compétition à la hausse en vue d'une plus grande expansion des tutelles, elles risquent d'être exclues soit de leur rôle dans la protection nationale des droits,¹³⁰ "remplacées" par le niveau international du système CEDH, soit du "dialogue" afin de déterminer le niveau minimum de tutelle. Une théorie interprétative qui tient compte de la double nature des droits fondamentaux,¹³¹ caractérisés par un noyau commun de valence universelle et par des éléments caractérisants, fruit des traditions de chaque Pays, ne peut que se poser, aussi bien au niveau supranational qu'au niveau national, comme détermination du commun dénominateur minimum dans l'espace commun de référence,¹³² pour garantir l'application uniforme de ce dernier, face à une différenciation dans les déclinaisons des éléments "accessoires".¹³³ À l'état actuel de l'intégration européenne, dans laquelle on ne peut pas encore parler d'une véritable subordination hiérarchique des cours nationales à la Cour de Strasbourg, et même pas d'équivalence ou d'une complète indépendance de celles-ci, la réponse ne peut que se trouver dans la collaboration parmi les susdites cours, pour la détermination de ce noyau intangible,

Marco, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 113 sqq. La coopération mutuelle développée en voie juridictionnelle semble avoir trouvé un développement normative dans l'art. 52 de la Charte des droit fondamentaux de l'Union Européenne; voir à ce propos le commentaire à l'article 52 par T. Groppi, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L'Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 344 sqq.

128 L'adequation à niveaux de tutelle toujours plus élevés au nom d'une évolution qui doit encore devenir effective, au detriment du consensus actuel, représenterait une interpretation démesurée de la conception de la Convention comme *living instrument* pas moins irrespectueuse de l'esprit de la Convention que l'interpretation littérale. Comme l'a dit J.H. Ely, "controlling today's generation by the values of its grandchildren is no more acceptable than controlling it by the values of its grandparents: a 'liberal accelerator' is neither less no more consistent with democracy than a 'conservative break'", J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, p. 70.

129 Sur l'importance de faire valoir le particularité et l'indépendance du système juridique d'appartenance, aussi lors d'une comparaison, voir R. Sacco, *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in R. Sacco (dir.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 241 sqq.

130 Souligne ce risque, parmi les autres, A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Corti europee, op. cit.*, p.11, qui affirme que «le risque est que les Cours nationales puissent être négligées et déclassées dans leur rôle typiquement "constitutionnel" de garantie des droits, si elles ne réussissent pas à se faire culturellement valoir.»

131 M. Cartabia, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, *European Constitutional Law Review*, n. 5, 2009, p. 17 sqq. Voir aussi Onida, qui reconnecte la double nature des droits fondamentaux au double caractère des principes du constitutionalisme lui-même, lesquels naissent avec une matrice nationale, pour être ensuite affirmés en tant que universels après la deuxième guerre, en imposant aux systèmes constitutionnels nationaux de s'ouvrir à des apports supranationaux. V. Onida, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale* in www.astrid-online.it, p. 6.

132 G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, 2008, p. 396 sqq.

133 P.G. Carozza, *Uses and Misuses, op. cit.*, p. 1236.

qui tienne compte de la variété des systèmes nationaux du contexte de référence.¹³⁴ Se tourner vers le panorama européen, de la part des cours nationales, n'implique pas d'ailleurs une adaptation passive et résignée au système supranational de tutelle des droits fondamentaux, mais constitue aussi un dialogue pour faire valoir la propre position dans la détermination du *standard*:¹³⁵ il s'agit donc en même temps de participation au processus d'harmonisation et de défense du *judicial colonialism*, qui tend à l'uniformisation au détriment des identités nationales.¹³⁶

C'est dans cet équilibre que se trouve le véritable défi pour la construction d'un espace commun européen de protection des droits fondamentaux, en mesure de conjuguer l'harmonisation et le pluralisme. La comparaison, par la Cour de Strasbourg ainsi que par les juridictions nationales, pour la détermination du niveau minimum de tutelle des droits, représente un moyen indispensable, bien que non infaillible, pour affronter un tel défi. Le résultat dépendra de la capacité des cours, supranationales et nationales, d'interpréter ce rôle de dialogue et de collaboration, fonctionnelle à la promotion d'un niveau toujours plus élevé de tutelle des droits, dans le respect des identités nationales.

134 Cette nécessité de médiation culturelle parmi les systèmes appartenant à un espace commun imposerait, selon quelques auteurs, l'utilisation de la comparaison dans l'interprétation des normes à tutelle des droits, indépendamment de l'appartenance à un système supranational. Voir S. Bartole, *Il ricorso al diritto comparato in tema di diritti umani, fra vincoli giuridici e mediazioni culturali*, *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1, 2007, p. 237 sqq. e G. Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 399 sqq. e Id., *Intervento in occasione dei cinquant'anni di attività della Corte Costituzionale*, p. 20, dans la section "Interventi dei Presidenti" sur le site www.corte-costituzionale.net.

135 P. Tanzarella, *op. cit.*; O. Pollicino, *Constitutional Court at cross road between constitutional parochialism and cooperative constitutionalism*, *European Constitutional Law Review*, 2008, 463 sqq.

136 M. Cartabia, *Europes and Rights*, *op. cit.*, p. 20.