



TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

## LA MARGE NATIONALE D'APPRECIATION EN DISCUSSION

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

*Conférence présentée à la PAN EUROPEAN CONFERENCE  
Yerevan - 3-6 juillet 2013*



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

La théorie de la marge nationale d'appréciation est aujourd'hui plus que jamais en discussion : les disputatio à son égard sont nombreuses. Elles se manifestent dans des cercles différents, mais tous reliés par un intérêt commun : la place de la protection des droits de l'homme en Europe. Elle est discutée en doctrine depuis longtemps (I) ; plus récemment, elle l'a été au sein des Etats (II), ce qui n'a pas manqué d'engendrer de fortes discussions pour ne pas dire d'importantes dissensions au sein de la Cour européenne des droits de l'homme (III). Ces trois points permettront d'appréhender successivement toutes les facettes de la problématique.

## I. – Les discussions en doctrine

L'origine de la marge nationale d'appréciation est assez obscure. Elle ne paraît pas provenir du droit internationales stricto sensu et elle n'apparaît pas, comme telle, dans la Convention et dans ses travaux préparatoires. Ce qui est intéressant de souligner – à l'instar de Javier García Roca – c'est que personne ne veut en assumer la paternité. Les juristes de droit continental en attribuent l'origine aux juristes de common law et ceux-ci aux juristes de droit continental.... Or, pour les juristes anglo-saxons (notamment britanniques), elle est vraiment inédite, tandis que pour un juriste français, elle peut apparaître familière : certains auteurs la relie en effet au droit administratif hexagonal dans la mesure où le Conseil d'Etat utilise cette notion en la reliant à l'idée de «caractère discrétionnaire» de l'action administrative (qui est toutefois un concept plus précis et théorisé).

Dans le champ conventionnel européen, il s'agit d'une notion qui a été forgée par la Cour de manière poussive, imprécise, casuistique, tout en prenant en compte les spécificités propres au système de garantie. C'est sur le terrain de l'article 15 de la Convention<sup>1</sup> qu'elle a fait ses premiers pas. C'est en effet dans la décision de la Commission européenne du 26 septembre 1958 – opposant la Grèce au Royaume-Uni au sujet de l'île de Chypre – que celle-ci énonce pour la première fois que le gouvernement conserve par rapport à cette disposition «une certaine marge d'appréciation». Un an plus tard, dans l'affaire *Lawless c/ Irlande*, la Commission – dans sa décision du 19 décembre 1959 – l'évoque à nouveau en affirmant que les Etats bénéficient d'une marge d'appréciation pour déterminer l'existence d'un danger public menaçant la vie de la nation.

Quant à l'apparition de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour, certains estiment qu'elle a été implicitement consacrée dans l'arrêt du 23 juillet 1968 concernant l'affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»<sup>2</sup>. Dans l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique* du 18 juin 1971, la Cour évoque le « pouvoir d'appréciation »

<sup>1</sup> On sait que l'article 15 de la Convention est un précepte qui permet de déroger aux obligations de la Convention dans des cas de guerre ou de danger public, dans la stricte mesure où l'exige la situation.

<sup>2</sup> Ici, c'était l'article 14 qui était au centre des débats et la Cour s'explique en ces termes : « En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de partie contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention » §10, point I.B.



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

dont disposent les Etats<sup>3</sup>. C'est en fait dans l'affaire *Irlande c/ Royaume-Uni* du 18 janvier 1978 que la Cour utilise pour la première fois expressément le terme de «marge d'appréciation». Appelée à interpréter l'article 15 de la Convention, la Cour estime qu'

«il incombe d'abord à chaque Etat 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 § 1 leur laisse en la matière une large marge d'appréciation ». Toutefois, « les Etats ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine. [...] [L]a Cour a compétence pour décider s'ils ont excédé la stricte mesure des exigences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen » (§207).

Depuis lors, la marge d'appréciation a connu une embellie étonnante en apparaissant dans de nombreux domaines couverts par la Convention. une extension croissante. Partant, si au départ la marge d'appréciation a été utilisée dans des situations d'ingérence particulièrement graves où il a été reconnu les pouvoirs particulièrement étendus aux Etats dans de telles circonstances, inutile de dire que cet élément a singulièrement évolué avec le temps. Dans un tel contexte d'extension croissante, les juristes ont saisi ce phénomène pour l'étudier. Or, tout a été écrit en la matière : la littérature sur cette question est en effet considérable – en français<sup>4</sup>, en anglais<sup>5</sup> ou encore en espagnol<sup>6</sup> et met en

<sup>3</sup> Dans cette affaire, la Cour examine la conformité par rapport à l'article 8 de la Convention du contrôle opéré par les autorités sur la correspondance de trois vagabonds qui ont fait l'objet d'une mesure d'internement. Dans ce contexte, la Cour relève à la lumière des renseignements recueillis « que les autorités belges compétentes n'ont pas transgressé en l'espèce les limites du pouvoir d'appréciation que l'article 8 § 2 de la Convention laisse aux Etats contractants : même dans le cas d'individus internés pour vagabondage, elles ont pu avoir des raisons plausibles de croire à la nécessité de restrictions destinées notamment à la défense de l'ordre, à prévenir les infractions pénales, à protéger la santé ou la morale et à préserver les droits et libertés d'autrui » (§ 93).

<sup>4</sup> Les références étant innombrables, on n'en présente ici que quelques unes : J. Callewart, *Quel avenir pour la marge d'appréciation?*, in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold et L. Wildhaber (éds.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag, 2000, p.149 ; S. Greer, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, Dossier sur les droits de l'homme n° 17, 2000, 62p. ; P. Lambert, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.63-89 (Col. Nemesis, Droit et justice, n°21). ; M.-L. Mathieu-Izorche, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction », *Revue de science criminelle*, 2006, pp. 25-34 ; F. Tulkens, L. Donnay, «L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature», *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n°1.

<sup>5</sup> E. Brems, « The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, pp. 147-166. 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*, 2004, vol. 11, pp. 113-150 ; G. Letsas, « Two Concepts of the Margin of Appreciation », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, pp. 705-732 ; C.L. Rozakis, «Through the Looking Glass : An «Insider»'s view of the Margin of Appreciation», *Mélanges Costa*, Paris, Dalloz, 2010, pp.527-537 ; D.Spielmann, « Allowing the right



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

exergue un fait indéniable : les auteurs en doctrine ne s'accordent pas tous sur une définition qui serait consensuelle.

Quoi qu'il en soit, le minimum commun qui se dégage de la multitude des interprétations consiste à affirmer qu'elle repose sur deux fondements : la philosophie de la subsidiarité d'un côté et la souveraineté étatique de l'autre qui induisent d'accorder une place au pluralisme juridique afin de respecter les spécificités constitutionnelle, culturelle voire procédurales des Etats. Examinons désormais la manière dont ces derniers se sont emparés de cette liberté accordée.

## II. – Les discussions au sein des Etats

La marge nationale d'appréciation est discutée au sein des Etats par plusieurs types d'acteurs. Si les acteurs judiciaires sont au premier chef visés par cette théorie et s'ils manifestent souvent par décisions de justice interposés leur accord ou leur désaccord, ce sont surtout les acteurs exécutifs qui, ces derniers temps, ont manifesté une défiance certaine à l'égard de certains arrêts de la Cour en estimant qu'elle avait dépassé la ligne rouge en ne leur accordant pas, dans certains domaines emblématiques de leur «identité», une marge d'appréciation légitime pour ne pas dire naturelle. On prendra, dans le cadre de cette communication, l'exemple britannique qui illustre à merveille l'attitude de ces deux types de pouvoirs constitués.

Il est désormais bien connu que la jurisprudence strasbourgeoise démontre de façon récurrente qu'un constat de conformité constitutionnelle n'équivaut certainement pas, ipso facto, à un constat de conformité conventionnelle, y compris, et c'est tout le paradoxe, quand les deux juges ont pourtant les mêmes référents. L'autonomie interprétative, les contraintes internes inhérentes à chaque système introduisent un aléa inévitable<sup>7</sup>.

De façon logique, cette donne est présente dans tous les Etats parties à la Convention, y compris au Royaume-Uni. Bien que la réforme de la House of Lords – se transformant en Cour suprême – lancée par le Reform constitutional Act de 2005 atténue sensiblement la spécificité du système britannique de la majorité des systèmes continentaux de justice constitutionnelle<sup>8</sup>, il n'en demeure pas moins spécifique à de nombreux égards. La doctrine qui s'est penchée sur l'attitude des juges britanniques depuis l'entrée en vigueur du Human Rights Act (HRA) a mis en évidence une prise en compte plutôt exemplaire de la jurisprudence de Strasbourg par toutes les juridictions du Royaume-

---

margin, the European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine : waiver or subsidiarity of European review ? », Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 14 (2011-2012), pp. 381-418.

<sup>6</sup> J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio europeo de Derechos Humanos : soberanía e integración*, Madrid, Civitas-Thomson, 2010, 389 p.

<sup>7</sup> C'est ce que relevait, de façon lucide, l'ancien président du Tribunal Constitutionnel espagnol, v. F. RUBIO LLORENTE, «La relation entre les juridictions espagnoles et les juridictions européennes», *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en hommage à Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp.1387-1410, spéc.1399.

<sup>8</sup> A. Antoine, «La réforme de la Chambre des Lords : chronique d'une révolution au long cours (1999-2007) », *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, 2008-5, pp. 1331-1358 ; du même auteur, « Les enjeux de la création d'une cour suprême au Royaume-Uni et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Revue internationale de droit comparé*, 2008-2, pp.283-291 ; L.D. Hope of Craighead, « The reform of the House of Lords », *Revue internationale de droit comparé*, 2008-2, pp.257-264.



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

Uni – y compris la House of Lords. En effet, elle a en réalité été directement « appliquée »<sup>9</sup> au lieu d'être seulement « prise en compte » conformément au libellé restrictif de la section 2 (1). Le fait est d'autant plus remarquable que cela a permis aux juridictions britanniques de prendre en considération les prolongements économiques et sociaux de nombreux droits et de revisiter des domaines jusque-là très protégés comme celui de la liberté d'expression (au détriment de la vie privée)<sup>10</sup>. Il n'en reste pas moins que certaines spécificités du système britannique constituent toutefois des barrières à une « osmose interprétative » intégrale. Aurélie Duffy en a recensé quatre qui affectent le niveau de protection des droits, qu'ils soient civils et politiques ou économiques et sociaux. Le premier élément tient à l'absence de rétroactivité du HRA tel que posé dans l'affaire *R. v. Lambert*<sup>11</sup>; le second tient au cas particulier de certains bénéficiaires des droits comme les détenus et les étrangers; le troisième concerne les spécificités des garanties en matière pénale et enfin le quatrième, aux exigences relatives à la nécessité de ne pas augmenter les dépenses publiques<sup>12</sup>. Dans l'ensemble, la jurisprudence britannique sera moins protectrice, car elle accordera une certaine « déférence » à l'égard des autorités publiques à l'origine des actes au cœur des contestations judiciaires. Le résultat est que les Cours britanniques – la House of Lords en tête – se ménagent une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation des droits conventionnels, ce qui serait le gage d'une autonomie préservée. Certains auteurs y ont vu la marque d'une spécificité toute britannique; le juge aurait ainsi « personnalisé » le catalogue des droits<sup>13</sup>. A notre avis, plus que la manifestation d'une volonté farouche de préserver un « pré-carré » judiciaire, ces discordances dans l'interprétation découlent, comme dans le reste des autres Etats européens, des particularités du système britannique – comme l'attachement voire la déférence (excessive ?) à l'endroit des autorités publiques ou encore la non rétroactivité du HRA – qu'il est difficile au juge d'écarter trop vite d'un revers de main.

---

<sup>9</sup> R. Clayton, H. Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, London-New-York, 2000, 2752 p.; Lord Lester of Herne Hill, D. Pannick (dir.), *Human Rights Law and Practice*, Lexis Nexis, London, 2ème ed., 2004, 716 p.

<sup>10</sup> L'analyse de la jurisprudence démontre toutefois qu'il y a encore des différences sur le fondement de la protection de la vie privée. La décision de la House of Lords du 2 mai 2007 (*Douglas and another v. Hello Ltd and others* [2007], UKHL, 2 WLR 920) s'inscrit manifestement dans cette refonte du paysage judiciaire britannique, même si la juridiction suprême n'entend pas encore comme tel consacrer un « droit à l'image ». Ce sont deux stars du grand écran – mari et femme – qui sont à l'origine de l'affaire, le couple Michaël Douglas-Catherine Zeta-Jones pour ne pas le nommer. Dans le cadre de la préparation de leurs noces, ils avaient vendu au magazine OK les droits exclusifs pour filmer les festivités, prévenant l'intégralité des invités qu'aucune photographie ne serait autorisée. Or, c'est dans un magazine concurrent – Hello – que certaines photographies du mariage furent divulguées. La House of Lords considéra dans ce contexte – infirmant la décision de la cour inférieure – que le magazine Hello était lié par une obligation de confidentialité à l'égard de OK. Et de considérer que ce magazine – qui avait déboursé près de 1,5 million d'euros pour un droit exclusif, devait être en mesure de le protéger et de s'adresser à la justice si un tiers le détruisait intentionnellement. Le lecteur prendra la mesure de l'écart qu'il reste encore à parcourir en prenant connaissance des propos de Lord BINGHAM (point 124), même si les particularités des faits de l'espèce peuvent expliquer sa prise de position. Ce n'est pas la vie privée en tant que telle, encore moins le droit à l'image des célébrités qui fut in fine protégé, mais uniquement une information (en l'occurrence le mariage des deux stars) qui devait, conformément à l'exclusivité dont elle était l'objet, bénéficier de la loi du secret (*law of confidence*).

<sup>11</sup> *R. v. Lambert* [2003] UKHL 4, [2003] WLR 568 (5 juillet 2001).

<sup>12</sup> A. Duffy, *op.cit.*, p.260 et s.

<sup>13</sup> F. Klug, "The Human Rights Act- A "third way" or "Third Wave" Bill of Rights", EHRLR, 2001, p.370.



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

Il n'empêche que ces «spécificités» peuvent déboucher sur de très vives tensions «politiques» avec la Cour européenne, comme en témoigne la polémique relative au droit de vote des détenus<sup>14</sup>, un élément parmi d'autre qui démontre à quel point l'acceptation du système européen de garantie n'est jamais un fait sociologiquement acquis et qu'elle doit faire l'objet d'une adhésion sans cesse renouvelée de tous les acteurs étatiques.

On sait que l'arrêt «déclencheur» de défiance fut l'arrêt Hirst, où la Cour estima que la législation britannique – qui prévoit que toute personne purgeant une peine privative de liberté est «systématiquement» déchue de ses droits électoraux – était contraire à la Convention. Son dictum fut on ne peut plus sévère. Elle affirma en effet qu'il s'agissait :

«d'un instrument sans nuance, qui dépouille du droit de vote, garanti par la Convention, un grand nombre d'individus, et ce de manière indifférenciée. Cette disposition inflige une restriction globale à tous les détenus condamnés purgeant leur peine et s'applique automatiquement à eux, quelle que soit la durée de leur peine et indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils ont commise et de leur situation personnelle. Force est de considérer que pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassa une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle et est incompatible avec l'article 3 du protocole n°1» (§82).

Elle confirmait cette position à l'égard d'autres Etats parties, comme l'Autriche (en insistant sur le fait qu'une telle déchéance, si elle était prononcée, devrait l'être par un juge qui devait dûment la motiver<sup>15</sup>). Elle récidivait également à l'endroit du Royaume Uni dans l'affaire Greens et M.T. c/ Royaume-Uni<sup>16</sup>, qu'elle présenta comme un «arrêt pilote», ce qui ne fut pas pour améliorer les relations avec cet Etat au regard, entre autres choses, du contexte procédural de cette dernière affaire. En effet, la tactique classique consistant pour un Etat défendeur à demander, sur la base de l'article 43, le renvoi d'une affaire devant la Grande chambre (pour tenter d'obtenir un changement de solution) ne put in casu prospérer, le collège de cinq juges ayant refusé d'accéder à une telle demande...

Dans un tel contexte, le gouvernement britannique utilisa toutes les «cartouches» dont il disposait pour combattre ce qu'il considérait être des «ingérences» inadmissibles dans les spécificités du droit britannique. Il utilisa sa position d'hôte de la Conférence annuelle accueillant le Comité des ministres pour tenter un coup de force. A Brighton, la puissance «invitante» déploya en effet une diplomatie agressive menée par David Cameron en personne. Le 25 janvier 2012, au sein même du Palais des droits de l'homme à Strasbourg, il prononçait un discours qui avait pour but de réfréner le pouvoir prétorien de la Cour en affirmant qu'elle devait se concentrer sur les graves affaires de violation des droits de l'homme et «ne pas mettre à mal sa propre réputation en contrôlant des décisions nationales qui ne nécessitent pas de l'être<sup>17</sup>.» Si l'attaque est à fleurets mouchetés, tout le monde aura compris que ce que le chef du gouvernement britannique fustige est notamment la

<sup>14</sup> CEDH, Gde Ch., 6 octobre 2005, Hirst c/ Royaume-Uni (n°2), req. n°74025/01.

<sup>15</sup> CEDH, 8 avril 2010, Frodl c/ Autriche, §§34-35.

<sup>16</sup> CEDH, 23 novembre 2010, Greens et M.T. c/ Royaume-Uni, req. n°60041/08 et 60054/08.

<sup>17</sup> «The Court should be free to deal with the most serious violations of human rights; [...] it should not undermine its own reputation by going over national decisions where it does not need to». Discours disponible à l'adresse suivante : <http://www.number10.gov.uk/news/european-court-of-human-rights/>



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

jurisprudence ayant mis à l'encan la déchéance automatique et absolue du droit de vote des détenus. L'Exécutif britannique ne fut pas le seul à monter au créneau, la Chambre des Communes lui emboîta le pas quelques semaines plus tard. Le 10 février 2012, elle adoptait une motion par 234 voix contre 22 qui affirmait la primauté du pouvoir législatif britannique en matière de droit de vote des détenus... Dans ce concert de critiques et de rébellions politiques ouvertes, une poignée d'irréductibles fit de la résistance. En effet, trois universitaires signèrent – pour le compte de la Commission britannique pour l'égalité et les droits de l'homme – un rapport particulièrement circonstancié, démontant une à une les critiques politiques et académiques sur les effets de la jurisprudence européenne à l'égard du système juridique britannique<sup>18</sup>.

Les passions politiques – non exemptes d'arrière pensées politiciennes – finiront-elles pas s'adoucir ? Un arrêt de Grande chambre a eu pour objectif évident de participer à l'apaisement. En effet, la Cour opéra une marche arrière étonnante dans une affaire italienne dont le requérant restera décidément dans les annales strasbourgeoises. Alors que la problématique revenait à se demander si la privation du droit de vote de M. Scoppola présentait «les caractères de généralité et d'automatisme énumérés par la Grande Chambre de la Cour dans l'affaire Hirst» (§47), la chambre de 7 juges, sur ces deux points, n'eut aucune difficulté à démontrer leur existence qui emporta, à l'unanimité, la condamnation de l'Italie<sup>19</sup>. C'était sans compter le désaveu de la Grande chambre prononcé à 16 voix contre 1, le 22 mai 2012<sup>20</sup> qui absolvait l'Italie d'un arrêt de condamnation, comme si elle voulait lancer un appel d'apaisement aux Etats et plus particulièrement au Royaume-Uni sur cette thématique du droit de vote des détenus. Ce n'est pas la première fois que la Cour use de l'arme prétorien pour régler des questions de type «politique»<sup>21</sup>. Ce n'est pas la première fois non plus que face à des réactions violentes et passionnées – à la limite de l'irrationalité – elle fait «marche à arrière» – l'arrêt Lautsi témoignait déjà d'une telle démarche<sup>22</sup>.

Ces allers-retours jurisprudentiels, que certaines pourraient considérer comme des marques patentes d'incohérences, sont en réalité au centre de débats très importants au sein même de la Cour sur la question de l'ampleur de la marge nationale d'appréciation et des modalités de sa détermination.

### III. – Les discussions au sein de la Cour européenne.

La jurisprudence actuelle de la Cour met en avant comme jamais le défi majeur auquel sont confrontés les juges : trouver le juste équilibre entre un *judicial self* retrainé réfléchi (en laissant libre cours à la théorie de la marge nationale d'appréciation) et un *judicial activism* maîtrisé – où l'optique cosmopolitique est à son comble dans les techniques d'interprétation des droits. Equilibre

<sup>18</sup> Alice Donald, Jane Gordon et Philippe Leach, *The UK and the European Court of Human Rights, Equality and Human Rights Commission, Research report n°83, 2012, 219 p.*

<sup>19</sup> CEDH, 18 janvier 2011, *Scoppola c/ Italie n°3*, AJDA, chron., 2011, L. Burgorgue-Larsen.

<sup>20</sup> CEDH, Gde Ch., 22 mai 2012, *Scoppola c/ Italie n°3*.

<sup>21</sup> L. Burgorgue-Larsen, «De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp.329-344.

<sup>22</sup> CEDH, Gde Ch., 18 mars 2011, *Lautsi c/ Italie*.



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

précaire qui fait l'objet de (re)positionnements constants<sup>23</sup>. Quoi qu'il en soit, il est évident que les juges nationaux y sont sensibles (et, au-delà, les autorités politiques) et que cela participe de la confiance qu'ils ont dans l'organe régional de garantie des droits. A cet égard, c'est la Grande chambre de la Cour européenne qui donne le «la», qui décide et balance entre le statu quo et l'évolution de la jurisprudence.

Dans plusieurs affaires relativement récentes rendues en Grande Chambre, les divisions internes sur le maniement de la théorie de la marge d'appréciation sont apparues au grand jour. Plusieurs opinions dissidentes très explicites, parfois alarmistes, ont été signés par plusieurs juges qui pointent du doigt les dangers d'une utilisation irrationnelle de la théorie de la marge nationale d'appréciation dont on sait qu'elle se couple généralement avec le curseur de l'existence ou non du fameux «consensus européen». Ainsi, quand la Grande chambre a entériné des statu quo dans les affaires de pensions de retraite des détenus<sup>24</sup>, de procréation médicalement assistée<sup>25</sup> ou encore de discrimination à l'endroit des couples non mariés et non pacésés<sup>26</sup>, ou quand elle est revenue sur une jurisprudence bien établie en matière publicité des opinions de type «politique»<sup>27</sup>, certains entrèrent en dissidence. Le même constat prévaut quand il s'agit de critiquer une évolution jugée trop rapide, trop évolutive, bref trop excessive. Il en est allé ainsi dans une affaire en dénonçant la reconnaissance des mêmes droits aux couples hétérosexuels et homosexuels en matière d'adoption<sup>28</sup>. Alors que dans les affaires précédentes, la critique dénonçait la frilosité de la Cour ; dans cette dernière affaire, c'est son audace qui est fustigée en critiquant son utilisation particulière du «consensus européen» en la matière.

En creux, ce sont d'importantes lignes de fractures qui existent au sein de la Cour européenne. Ces opinions dissidentes, celles qui critiquent la frilosité de la Cour comme celles qui à l'inverse critiquent son audace, révèlent une question très importante qui concerne le jeu du consensus européen dans la détermination de la marge nationale d'appréciation. La critique porte sur l'utilisation «relative» – on pourrait dire en paraphrasant Mireille Delmas-Marty, une utilisation «floue» du consensus européen – pour déterminer la portée de la marge d'appréciation (ample ou à l'inverse réduite). La relativité est tantôt d'ordre temporel et répond à la question «à quel moment doit-on se placer pour apprécier l'existence d'un consensus européen» ? Au moment où la requête est présentée devant la Cour ou au moment où celle-ci l'examen quelques années plus tard ? Elle est d'ordre conceptuel et répond à la question «à partir de quand peut-on affirmer que l'évolution en cours vaut consensus» ? Comment est déterminé le consensus : quel est l'échantillon d'Etats qui permet d'affirmer l'existence d'un consensus . Ici, se trouve en cause l'utilisation du droit comparé par les services de la Cour. Enfin, elle est d'ordre structurel et répond à la question de savoir «comment se conjugue le consensus européen avec la marge nationale d'appréciation» ? Les deux notions vont-elles de pair où faut-il les disjoindre ?

<sup>23</sup> L'ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Jean-Paul Costa, dans une conférence délivrée à l'Ecole de droit de Leiden a appelé «le mouvement pendulaire» («pendulum movement», v. «Currents challenges for the European Court of Human Rights», Leiden Law School, 10 décembre 2011, A Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture in Human Rights).

<sup>24</sup> CEDH, Gde Ch., 7 juillet 2011, *Stummer c/ Autriche*.

<sup>25</sup> CEDH, Gde Ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c/ Autriche*.

<sup>26</sup> CEDH, Gde Ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c/ Pays Bas*.

<sup>27</sup> CEDH, Gde Ch., 22 avril 2013, *Animal Defenders International c/ Royaume-Uni*.

<sup>28</sup> CEDH, Gde Ch., 19 février 2013, *X c. Autriche*.



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

On sait que ces diverses discussions doctrinales, politiques, judiciaires ont amené récemment les Etats parties à vouloir revaloriser l'esprit de la garantie internationale des droits. La subsidiarité concept était au coeur des conférences d'Interlaken, d'Izmir et de Brighton, il est désormais inscrit au sein du Préambule du protocole n°15<sup>29</sup>, couplé avec son concept frère, celui de la marge nationale d'appréciation<sup>30</sup>. Les sceptiques diront que les Britanniques ont fini par vaincre, les optimistes affirmeront qu'il n'y a là, somme toute, qu'une «codification», non seulement de la philosophie inhérente à un système régional de garantie des droits de l'homme (pour la subsidiarité)<sup>31</sup>, mais aussi de l'acquis jurisprudentiel de la Cour (pour la marge d'appréciation)<sup>32</sup>. Ce qui est sûr, c'est qu'une nouvelle ère s'annonce : celle d'une reconfiguration des relations avec les juges internes. En plus de la préparation du Protocole n°16, qui organise un lien institutionnel entre les Cours suprêmes et la Cour au moyen de la procédure consultative, le décryptage du maëlstrom contentieux démontre que la Cour a déjà basculé dans ce nouveau «temps» qui marque son histoire.

De nouvelles relations entre les pouvoirs constitués nationaux et la Cour se dessinent donc. Cependant, plusieurs écueils doivent être évités afin que cette nouvelle ère démarre sur de bonnes bases.

Le premier est qu'il faut coûte que coûte éviter une perte de légitimité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et donc par ricochet de la Cour elle-même si, de façon urgente, elle ne s'accorde pas sur l'établissement d'une ligne plus claire sur le rôle du consensus européen dans la détermination de la marge nationale d'appréciation.

Le second qu'il convient également de neutraliser est celui d'une instrumentalisation de cette marge de manoeuvre par les acteurs nationaux (les gouvernements qui sont par nature les plus enclins à le faire) mais également les juges nationaux qui, en fonction des circonstances, de la composition de leur formation, de la réaction à un arrêt de condamnation etc... peuvent évoluer et prendre leur distance avec le standard européen. Ils devront jouer le jeu d'un dialogue de bonne foi afin de ne pas abuser de la marge d'appréciation. Pour que le «partage des responsabilités» soit équitable, il convient que les juges nationaux soient conscients de leur rôle stratégique, conscient de leur rôle de «juge conventionnel de droit commun» en maintenant un dialogue constant et constructif avec la Cour européenne qui sera d'autant plus encline à le maintenir qu'elle discernera une bonne foi juridictionnelle de la part de ses «partenaires» nationaux. Dans ce contexte, le rôle de l'ensemble des Cours Constitutionnelles des Etats parties du Conseil de l'Europe, se retrouve dans une situation de «double allégeance» à la Constitution d'un côté et à la Convention européenne de l'autre. Il est certain que le texte de référence des juges constitutionnels est la Constitution, rien que la Constitution : c'est elle qu'ils appliquent. Ceci affirmé, les juges constitutionnels l'appliquent en

<sup>29</sup> Au 1er septembre 2013, il avait été signé par 21 Etats (dont la France) et ratifié par un seul, l'Irlande.

<sup>30</sup> Adopté le 16 mai 2013, il était ouvert à la signature le 24 juin 2013. Il intègre à la fin du Préambule la phrase suivante : « [...] il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention ». (C'est nous qui soulignons).

<sup>31</sup> P. G. Carozza « Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law », *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, pp. 38-79.

<sup>32</sup> V. Bruck, *La marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mémoire de Master II Recherche «Droit européen», Université Paris I, 2013.



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

ayant égard au paramètre interprétatif que représente la Convention, telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg. L'exemple andorran, que je suis heureuse de présenter ici, est significatif de la nécessité vitale de mener à bien ce exercice de conciliation des exigences constitutionnelle et conventionnelle.

Quand bien même le contentieux andorran devant la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas fourni<sup>33</sup> – et c'est bon signe – il n'en a pas moins mis en évidence que les différents cas de figure évoqués ont déjà eu l'occasion de se manifester. Si la plupart des requêtes présentées contre l'Andorre se sont soldées jusqu'à présent par des décisions d'irrecevabilité<sup>34</sup>, on ne compte au final que quatre arrêts importants<sup>35</sup> – qui démontrent à eux seuls qu'ils ont été des aiguillons décisifs pour renforcer l'Etat de droit en Andorre. Qu'on en juge.

La procédure constitutionnelle imaginée par le Constituant organique de 1993 afin d'accéder à la justice constitutionnelle fut mise en cause dans l'affaire Milan i Torres<sup>36</sup> : le règlement amiable du 6 juillet 1999 occasionna rapidement une modification de la Loi Qualifiée du Tribunal Constitutionnel afin d'être en conformité avec le standard conventionnel tiré de l'article 6§1 de la Convention.

L'interprétation délivrée par le Tribunal Supérieur de Justice des règles successorales à l'égard d'enfants adoptés – pourtant validée par le Tribunal constitutionnel – fut mise à l'index dans l'affaire Pla et Puncernau sur la base des exigences tirées de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention<sup>37</sup> : si, comme le souligne Josep Casadevall, cet arrêt de 2004 «a fait l'objet de réactions critiques de la part de certains auteurs civilistes de la voisine Catalogne», il «a été bien accueilli dans la Principauté. [...] cette jurisprudence [étant] désormais acquise et souvent citée<sup>38</sup>.»

La pratique des interférences législatives pour bloquer les effets d'une décision de justice interne en faveur des requérants a été clairement désavouée sur la base de l'article 6§1 de la Convention dans l'affaire Vidal Escoll et Guillán González<sup>39</sup> : on n'ose imaginer que le Conseil General procède à

<sup>33</sup> Josep Casadevall – dans son article écrit en hommage à l'ancien Président français de la Cour européenne – mettait en exergue cet élément en rappelant que : «Depuis son adhésion au système européen de protection des droits de l'homme, toutes proportions gardées avec la population des autres petits Etats membres, l'Andorre s'est caractérisée par le faible nombre de requêtes présentées à son encontre.», «L'Andorre et la Convention», La Conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Paris, Dalloz, 2011, p.110.

<sup>34</sup> Selon les statistiques disponibles sur le site internet de la Cour européenne publiées au mois de janvier 2013. Ainsi, en 2010, 8 requêtes étaient présentées contre l'Andorre, 3 étaient «terminées» et 3 étaient déclarées «irrecevables (l'une par un juge unique, 2 par un Comité) ; en 2011, 8 requêtes étaient présentées contre l'Andorre, 4 étaient terminées (3 étaient déclarées irrecevables par un juge unique, 1 était par une chambre) ; en 2012, 6 requêtes étaient attribuées à une formation judiciaire ; 17 requêtes étaient terminées : parmi elles, 15 étaient déclarées irrecevables (13 par un juge unique, 1 par un comité et 1 par une chambre) et deux étaient tranchées par des arrêts : un arrêt de non violation (Cour EDH, 11 décembre 2012, Ball c. Andorre) et un autre de violation (Cour EDH, 29 mai 2012, UTE Saur Vallnet c. Andorre).

<sup>35</sup> Si on met à part l'arrêt historique et singulier Drozd et Janouzek dirigé, à l'époque, contre la France et l'Espagne.

<sup>36</sup> Cour EDH, RA, 6 juillet 1999, Milan i Torres c. Andorre.

<sup>37</sup> Cour EDH, 13 juillet 2004, Pla et Puncernau c. Andorre.

<sup>38</sup> J. Casadevall, «L'Andorre et la Convention», La Conscience des droits., op.cit., Paris, Dalloz, 2011, p.111.

<sup>39</sup> Cour EDH, 9 juillet 2008, Vidal Escoll et Guillán González c. Andorre.



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

nouveau de la sorte afin de régulariser a posteriori une situation qui ne lui convient pas afin de court-circuiter la bonne exécution d'une décision de justice<sup>40</sup>.

Last but not least, l'arrêt UTE Saur Vallnet<sup>41</sup> condamne l'Andorre pour ne pas avoir pris suffisamment au sérieux la règle de l'impartialité des tribunaux : on peut ici affirmer sans ambages que les juridictions andorranes en général et le Tribunal constitutionnel en particulier sont, après cette retentissante condamnation, plus que jamais sensibles aux règles de déport et de révocation des juges en cas de conflits d'intérêts.

Ces arrêts de condamnation sont certes peu nombreux, mais ils mettent à eux seuls en exergue l'importance du standard européen et la dualité des allégeances qui incarne de nos jours l'office des juges en Europe et en Andorre. Ils rappellent aux juges ordinaires comme à notre Tribunal que nous devons rendre la justice dans le cadre de notre Constitution qui, délibérément, a décidé de s'inscrire dans le mouvement international de la garantie des droits. Il est important que chaque acteur judiciaire prenne la mesure de la portée de sa tâche : en étant un loyal juge conventionnel de droit commun (pour le juge ordinaire) et un juge constitutionnel attentif au paramètre interprétatif qu'est la Convention (pour le Tribunal Constitutionnel), on ne fait au bout du compte que respecter et garantir en Andorre la Constitution de 1993 qui est particulièrement ouverte à l'égard du droit international des droits de l'homme.

La jurisprudence de notre Tribunal rappelle régulièrement ces deux éléments cardinaux : application de la seule Constitution, en prenant en considération l'interprétation européenne. Il faut en effet arriver à conjuguer la complexité et le pluralisme. Car les Cours constitutionnelles européennes savent – notamment depuis le retentissant arrêt Ruiz Mateos de 1993 – que les procédures<sup>42</sup> constitutionnelles comme les décisions de justice constitutionnelle, sont passées au crible du contrôle conventionnel européen.

---

<sup>40</sup> Dont on sait qu'il s'agit un élément inhérent au droit au juge depuis la jurisprudence *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997.

<sup>41</sup> Cour EDH, 29 mai 2012, *UTE Saur Vallnet c. Andorre*.

<sup>42</sup> Alors que les organes de contrôle de Strasbourg avaient commencé par mettre en avant la spécificité des juridictions constitutionnelles et du contentieux y afférent pour les faire bénéficier d'une « immunité conventionnelle » (Cour EDH, 6 mai 1981, *Bucholz c. Allemagne*, Série A, vol. 42 et Cour EDH, 22 octobre 1984, *Srameck c. Allemagne*, Série A, vol.84), ils ont fini par intégrer le contentieux constitutionnel dans le champ conventionnel. Sous l'angle du respect du seul délai raisonnable tout d'abord. Les arrêts *Deumeland* et *Bock* sont à cet égard significatifs, puisque la Cour retient pour la première fois la durée de la procédure devant le Tribunal de Karlsruhe au titre du calcul global de la durée du litige (Cour EDH, 29 mai 1986, *Deumeland*, Série A n°100 et CEDH, 29 mars 1989, *Bock*, Série A n°150). Le juge fut logiquement amené ensuite à examiner la durée du seul « procès constitutionnel ». A trois reprises, il évalua le dépassement du délai raisonnable par le Tribunal constitutionnel allemand en recherchant « si le résultat de ladite instance peut influencer sur l'issue du litige devant les juridictions ordinaires ». La Cour déclara dans l'affaire *Süßmann c. Allemagne* du 16 septembre 1996, la non-violation de l'article 6§1 (par 14 voix contre 6), alors qu'elle évaluait le délai dans le cadre du recours constitutionnel individuel (*Verfassungsbeschwerde*) de l'article 93§1, alinéa 4.a de la Loi Fondamentale de Bonn. Elle prononçait en revanche, à l'unanimité, la violation de cette disposition dans les arrêts *Pammel c. Allemagne* et *Probstmeier c. Allemagne* du 1<sup>o</sup> juillet 1997, alors que le requérant avait activé, non plus le recours constitutionnel individuel mais la question de constitutionnalité de dispositions législatives sur la base de l'article 100§1 de la Loi Fondamentale. Entre temps, la Cour de Strasbourg, s'affranchissant de sa prudence antérieure, finissait de banaliser la justice constitutionnelle – plus particulièrement le « procès » constitutionnel – en la soumettant aux exigences inhérentes du procès équitable dans le retentissant arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993 (Série A, n°262).



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRINCIPAT D'ANDORRA

\*\*\*

Les enjeux à venir sont nombreux. Légitimité (du système européen de garantie) et confiance mutuelle (entre la Cour européenne et les juridictions comme les pouvoirs exécutifs nationaux) en sont les noeuds gordiens. Gageons que chacun des «acteurs» du système de la garantie européenne des droits soit conscient de la nécessité de son maintien et de son développement.