

Publié in S. BARBOU des PLACES, R. HERNU et Ph. MADDALON (dir.), *Morale(s) et droits européens*,
Bruylant, Pedone, 2015, pp. 49-72.

**MORALE ET MARGE NATIONALE D'APPRECIATION
DANS LA JURISPRUDENCE DES COURS EUROPEENNES**

Ségolène BARBOU des PLACES
Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1), IREDIES
et
Nathalie DEFFAINS
Maître de Conférences à l'Université de Lorraine, IRENEE

La notion prétorienne de « marge nationale d'appréciation », qui vise à concilier une norme commune avec la sauvegarde du pluralisme juridique, est familière des spécialistes du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle résumerait même¹ toute la dialectique du contrôle du juge européen qui réside dans le souci de faire place à l'autonomie nationale, tout en préservant le droit commun. Elle est donc essentielle car elle vient définir le rapport de compatibilité devant exister entre les mesures nationales et la norme conventionnelle. Si le terme « marge nationale d'appréciation » est un peu moins usuel chez les communautaristes qui raisonnent plus volontiers à l'aide de la subsidiarité, la réalité n'en est pas moins comparable. La marge d'appréciation est présente dans la jurisprudence du juge de l'Union, en particulier dans le contrôle des motifs invoqués par les Etats pour porter atteinte aux libertés fondamentales garanties par le traité. Dans l'ordre juridique de l'Union, la notion de « marge d'appréciation » permet donc également de conférer aux Etats un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des libertés protégés et marque le contrôle européen « du sceau de la retenue judiciaire »².

Expression d'une nécessité fonctionnelle, la marge nationale d'appréciation est aussi la marque de la sensibilité des juges européens à la diversité des cultures juridiques, des conceptions du monde

¹ Frédéric Sudre, in Frédéric Sudre, Jean-Pierre Marguénaud, Joël Andriantsimbazovina, Adeline Gouttenoire, M. Lévinet (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (GACEDH)*, 6^e mise à jour, PUF 2011, p. 77.

² *Ibidem*

et de la société. Elle est un outil privilégié de « cohésion »³ car, devant l'impossibilité d'imposer des solutions uniformes, il convient de « laisser du jeu »⁴. C'est, comme le formule fortement Mireille Delmas-Marty, le moyen trouvé par le juge de Strasbourg pour « conjuguer l'universalisme des droits de l'Homme avec le relativisme des traditions nationales »⁵, ce qui ne saurait être d'ailleurs confondu avec une manière de ménager les souverainetés nationales.

La morale est un facteur constamment invoqué par les deux juges européens pour fonder la marge nationale d'appréciation. Malgré les différences de formulation, de contexte et de solutions, les Cours ont en effet toutes deux consacré une équation simple : dans un conflit entre une norme européenne garantissant une liberté fondamentale et une norme nationale qui lui porte atteinte, le juge admet, lorsqu'un facteur moral est en cause, que l'Etat dispose d'une marge d'appréciation. En d'autres termes, le juge européen fait preuve de retenue face aux arguments moraux qui ont conduit l'Etat à adopter cette norme nationale. Il ne s'en saisit pas et énonce qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle des autorités nationales.

Une telle équation ne manque pas de surprendre pour une série de raisons, la première venant du fait que la morale, notion indéfinie et motif contingent, est souvent invoquée par les Etats comme but légitime d'une action nationale pouvant aller jusqu'à porter atteinte à une règle européenne protégeant une liberté fondamentale. On peut donc s'étonner que les deux juges européens confèrent une marge nationale d'appréciation. Surtout lorsque le droit en cause est une liberté-principe (la liberté de circulation est un principe constitutif du marché intérieur), on mesure de la portée de ce que J. Callewaert a pu appeler « une forme atténuée d'immunité »⁶.

Le but de cet article est d'examiner et interroger le lien établi par les deux Cours européennes (CrEDH et CJUE) entre la morale et la marge nationale d'appréciation. L'enjeu est de comprendre les ressorts de cette équation, ce qu'elle dit du pouvoir du juge et de son rapport à la morale. Il ne s'agit donc pas, dans les limites de cette contribution, de dresser un panorama de la place de la morale dans la jurisprudence européenne. A fortiori parce que l'objet est de comparer l'approche des deux juges européens. L'analyse du triptyque « juge-morale-marge d'appréciation »

³ Marie-Laure Mathieu- Isorche, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », *Revue de Sciences criminelles* 2006, n°1, p. 25.

⁴ *Ibidem*

⁵ Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'Homme*, PUF, 2004, p. 15

⁶ J. Callewaert, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? » in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold et L. Wildhaber (dir.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 149.

nous semble en revanche être une clé d'entrée pertinente pour dévoiler quelques aspects du traitement de la morale par les deux Cours.

La comparaison des raisonnements des deux juges fait apparaître des modulations similaires dans leur contrôle du pouvoir discrétionnaire des Etats. Les deux Cours admettent, au nom d'une morale qu'elles se refusent pourtant à définir, des variations locales dans la mise en œuvre de droits fondamentaux dont elles ont la charge ; elles font ainsi preuve d'une très forte retenue judiciaire qui mérite analyse. Mais l'étude de la marge nationale d'appréciation sous cet angle semble valider le postulat d'un juge passif, en situation de *self restraint*. Or, dans un nombre important d'affaires, le juge européen intensifie son contrôle de la marge d'appréciation. Si la concession d'une marge est à certains égards un « invariant structurel de la fonction de contrôle juridictionnel en droit public »⁷, la jurisprudence sur la morale donne pourtant à voir un juge soucieux d'entrer sur le terrain moral. En somme, si la morale est un motif de retenue judiciaire (I), elle est aussi, paradoxalement, un champ d'activisme judiciaire (II)

I. La morale, motif de retenue judiciaire

Il n'est pas anodin qu'au-delà de la diversité des deux ordres juridiques européens, des logiques et objectifs qui les sous-tendent, les deux juges européens aient formulé une même équation qui consiste à faire découler de la présence d'un facteur moral une marge nationale d'appréciation (A). Plus encore, la morale justifie une large marge d'appréciation au profit des Etats, qui peut aller jusqu'à justifier de limiter un droit considéré comme fondamental dans l'ordre juridique dont le juge est le gardien (B).

A. La consécration de l'équation « morale engendre marge nationale d'appréciation »

Les premiers arrêts ont permis aux deux juges de formuler leur équation (1). Par la suite ils ont affirmé une telle relation de causalité entre morale et marge d'appréciation que l'on peut considérer cette liaison comme étant de principe (2).

1. La formulation de l'équation

⁷ Voir Françoise Tulkens et Luc 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 Sciences criminelles* 2006 n°1, p. 3.

La protection de la morale figure dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme dans les paragraphes 2 des articles 8 à 10 en tant que but légitime des ingérences portées par les autorités nationales dans l'exercice des droits garantis par lesdites dispositions. En jurisprudence, le lien entre morale et marge d'appréciation se fait jour en 1976 avec l'arrêt *Handyside*⁸. Après avoir rappelé le caractère subsidiaire du mécanisme de garantie des droits institué par la Convention, la Cour relève qu'on « ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale". L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences ». Avec l'arrêt *Müller*, le lien entre morale et marge nationale d'appréciation s'institue⁹. Dans cette affaire relative à une amende infligée suite à une exposition et à la confiscation de tableaux jugés par les autorités suisses comme de nature à blesser brutalement la décence sexuelle, la Cour fait clairement le lien entre le but de protection de la morale, dont « on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des divers États contractants une notion uniforme »¹⁰, et la marge d'appréciation des autorités nationales.

A partir de ces deux affaires, les instances de Strasbourg n'ont cessé de confirmer ce lien entre l'existence d'une question morale et marge nationale. De nombreux exemples concernent la liberté d'expression artistique. Mais plus que les arrêts rendus au fond, ce sont les décisions d'irrecevabilité qui mettent l'accent sur l'ample marge d'appréciation qu'il faut reconnaître aux autorités nationales. Ainsi en est-il dans l'affaire relative à la saisie d'une sculpture (représentant une tête aux oreilles de laquelle étaient attachés une boucle faite de fœtus humains de 3 à 4 mois) et de la condamnation de son auteur et du propriétaire de la galerie d'art l'ayant exposé¹¹. Il en est de même de la décision d'irrecevabilité sur l'interdiction de diffusion du film *Baise-moi* aux mineurs de 18 ans dans laquelle la Cour rappelle que si l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général, une plus grande marge d'appréciation est laissée lorsque les États réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des

⁸ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, Requête n°5493/72, *GACEDH*, n°7.

⁹ En ce sens Jean-Pierre Marguénaud, « Les onze mille verges fondatrices du patrimoine littéraire européen », *D.* 2010, p. 1051.

¹⁰ Cour EDH, 24 mai 1988, *Müller c/ Suisse*, req. n° 10737/84, *GACEDH* n° 58, § 35

¹¹ Décision Com EDH, 2 septembre 1991, *S. and G. v. United Kingdom*, req n° 17634/91. La Commission énonce : « The Commission notes the wide margin of appreciation afforded to States in the protection of morals, given the absence of any uniform European conception ».

convictions intimes. En effet, ces autorités sont mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences et sur la « nécessité » d'une « restriction » ou « sanction » destinée à y répondre »¹². Un même constat s'impose dans des affaires où d'autres libertés sont en cause : tel est spécialement le cas des ingérences dans le droit au respect de la vie privée garantie par l'article 8¹³.

Et dans les affaires récentes, c'est le motif de subsidiarité – longtemps éclipsé – qui justifie à nouveau une (ample) marge d'appréciation dans les affaires où sont en cause des questions morales ou des questions délicates de société. Tel est le cas dans l'arrêt *Mouvement raélien suisse* relatif aux affiches de l'association requérante¹⁴ ou encore dans l'arrêt *Koch* contre Allemagne relatif au suicide assisté¹⁵ qui donnent la priorité aux appréciations portées par les juridictions nationales sur les faits des deux affaires.

Dans le cadre communautaire, la morale a également un statut explicite puisqu'elle est visée par le traité comme un motif de dérogation aux règles de la libre circulation des marchandises. L'article 36 TFUE dispose que « les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique (...) ». Certes, les affaires où la Cour admet qu'un Etat membre déroge à la liberté de circulation des marchandises au nom de préoccupations morales, ne sont pas très nombreuses. Mais on y trouve une équation identique à celle formulée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans les deux affaires *Henn et Darby*¹⁶ et *Conegate*¹⁷, relatives à l'importation de poupées gonflables et d'autres d'objets pornographiques, la Cour utilise une même formule : « il appartient en principe à chaque Etat membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire selon sa propre échelle des valeurs et dans la forme qu'il a choisie ».

¹² Décision Cour EDH, 22 juin 2006, V.D et C.G. c/ France, req. n° 68238/01.

¹³ Voir pour exemple Cour EDH (GC), 16 décembre 2012, A., B. et C. c/ Irlande, req. n° 25579/05, en particulier le § 223 : « on chercherait en vain dans les ordres juridiques et sociaux des Etats contractants une notion européenne uniforme de la morale, notamment sur la question de savoir quand la vie commence (...) les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le « contenu précis des exigences de la morale » comme sur la nécessité d'une restriction destinée à y répondre ».

¹⁴ Cour EDH (GC), 13 juillet 2012, *Mouvement raélien suisse* c/ Suisse, req. n° 16354/06, § 64 : Relevant la variabilité de la gestion de l'affichage public « dans le cadre de campagnes non strictement politiques » en fonction, voire des régions, la Cour rappelle qu'il ne lui appartient pas « de s'immiscer dans les choix des autorités nationales et locales, plus proches des réalités de leur pays, sous peine de perdre de vue le caractère subsidiaire du mécanisme de la Convention. Voir Caroline Picheral, « Autolimitation du contrôle européen sur la gestion de l'affichage public » dans le cadre de campagnes non strictement politiques », *JCP Ed. G* 2012, 971.

¹⁵ Cour EDH, 19 juillet 2012, *Koch* c/ Allemagne, req. n° 497/09, spécialement §§ 69-71. Voir Frédéric Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP Ed. G*. 2013, doctr., 64.

¹⁶ CJCE, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, Aff. 34/79

¹⁷ CJCE, 11 mars 1986, *Conegate*, Aff. 121/85

Dans la célèbre affaire Grogan¹⁸ relative à l'information sur les lieux de pratique de l'avortement, la Cour a confirmé le lien qu'elle établit entre morale et marge d'appréciation. Après avoir démontré que l'avortement répond aux critères d'un service au sens du droit communautaire, la Cour répond aux requérants qui se plaçaient sur le terrain moral. Ils arguaient du fait que l'interruption de grossesse ne saurait être considérée comme un service car elle serait gravement immorale et impliquerait la destruction de la vie de l'enfant à naître. On n'est pas surpris de lire sous la plume de la Cour que, « quelle que soit la valeur de tels arguments du point de vue moral, il y a lieu de considérer qu'ils ne peuvent avoir d'influence sur la réponse à la première question posée »¹⁹. Plus surprenant en revanche est l'ajout selon lequel « il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle du législateur des Etats membres où les activités en cause sont légalement pratiquées »²⁰. Dès lors que la Cour avait qualifié préalablement l'avortement de service, cette précision n'était pas nécessaire. C'est donc bien une manière de dire que quand un facteur moral est en jeu, elle choisit de faire preuve de *self restraint*.

Née dans des affaires relatives à la circulation d'objets pornographiques, l'équation a ensuite été appliquée dans de nombreux autres domaines. Et dans l'affaire Brüstle²¹, où la Cour donne pourtant une définition communautaire de l'embryon, elle prend diverses précautions. Elle admet que « la définition de l'embryon humain est un sujet de société très sensible dans de nombreux Etats membres, marqué par la diversité de leurs valeurs et de leurs traditions », et s'empresse d'indiquer qu'elle n'empiètera pas sur cette compétence morale puisqu'elle n'est pas appelée, par le présent renvoi préjudiciel, à aborder des questions de nature éthique, mais doit se limiter à une interprétation juridique des dispositions de la directive. Le juge de l'Union est clair : dès que surgit une question morale, il s'en éloigne pour se placer sur le seul terrain juridique.

L'équation « morale engendre marge nationale d'appréciation » a connu un renouveau dans la jurisprudence relative aux jeux et paris. Dès l'arrêt Schindler²², la Cour a énoncé qu'« il n'est pas possible de faire abstraction des considérations d'ordre moral, religieux ou culturel qui entourent les loteries comme les autres jeux d'argent dans tous les États membres ». Car, relève la Cour, les jeux sont une source de profit individuel, une « incitation à la dépense qui peut avoir des conséquences individuelles et sociales dommageables »²³. Ces particularités justifient que les

¹⁸ CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan*, Aff. C-159/90

¹⁹ Point 20 de l'arrêt

²⁰ Point 20 de l'arrêt

²¹ CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle*, Aff. C-34/10

²² CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, Aff. C-275/92

²³ Point 60 de l'arrêt

autorités nationales « disposent d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comportent la protection des joueurs »²⁴. Cette formule sera reprise inlassablement dans toutes les affaires sur les jeux et paris.

Les deux jurisprudences européennes sont donc similaires : la présence d'un facteur moral déclenche la reconnaissance d'une marge d'appréciation au profit de l'Etat. Les formulations des Cours sont telles que cette liaison apparaît même comme un principe.

2. Le principe de la liaison de la morale et de la marge nationale d'appréciation

On est frappé d'observer comment, dans le cas de la morale, les deux juges admettent que l'Etat dispose d'une marge d'appréciation. Les Cours donnent parfois l'impression de se contenter de prendre acte de la présence d'un facteur moral dont elles font découler mécaniquement la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation. Dans la grande majorité des cas, la Cour de justice ne justifie même pas le recours à la marge nationale d'appréciation : elle rend compte d'une causalité, présentée comme naturelle, dans des formules généralement brèves. Ainsi dans son arrêt *Dynamic Medien*²⁵ où, ayant admis que la conception du bien être social, spirituel et moral de l'enfant peut varier d'un Etat à un autre selon des considérations notamment d'ordre moral ou culturel, la Cour en déduit sans transition qu' « il y a lieu de reconnaître aux Etats une marge d'appréciation certaine²⁶ ».

Une même logique est à l'œuvre dans les décisions d'irrecevabilité rendues par la Cour de Strasbourg. On peut citer, concernant la liberté d'expression, la décision d'irrecevabilité dans l'affaire *Palusinski* contre Pologne de 2006 concernant la condamnation du requérant pour avoir publié un « *Guide des stupéfiants* ». Il y est rappelé, sans autre justification que la formule classique relative à la contingence et relativité de la notion de morale, « la large marge d'appréciation dont bénéficient les juridictions internes en matière de protection de la santé et de la morale publique »²⁷. Les mêmes principes sont énoncés de façon très nette lorsque sont en cause les convictions religieuses que la Cour rattache à la protection de la morale. Dans l'arrêt *Wingrove*, elle reconnaît qu'une « plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles

²⁴ Point 61 de l'arrêt

²⁵ CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, Aff. C-244/06.

²⁶ Point 44. C'est nous qui soulignons.

²⁷ Décision Cour EDH, 3 octobre 1986, *Palusinski* c/ Pologne, req. n° 62414/00. Voir aussi Décision Cour EDH, 15 juin 2006, *S.B. et D.B. c/ Belgique*, req. n° 63403/00.

d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion »²⁸.

Il y a pourtant des affaires où le doute pourrait naître dans l'esprit du juge. Mais si les formules de la Cour trahissent cette incertitude, - notamment sur le fait que la morale puisse justifier la réglementation litigieuse-, cela ne l'empêche pas d'appliquer son équation. Ainsi dans l'arrêt Schindler, la Cour de justice indique que « à supposer que la moralité des jeux puisse, du moins, être mise en cause »²⁹, il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation. Elle se contente donc de faire l'hypothèse de la présence d'un élément moral, sans en être certaine. De même la Cour européenne des droits de l'homme discute rarement le but de protection de la morale invoqué par le gouvernement défendeur en constatant simplement que le requérant ne les a pas contestés³⁰. Les rares cas de refus de suivre l'argumentation morale des autorités nationales concernent des hypothèses d'erreur grossières³¹ de leur part ou lorsque la base légale de l'ingérence ne prévoit pas la morale comme motif de limitation du droit³².

Cette position des deux juges étonne, surtout dans les cas où, un argument moral étant invoqué en même temps que d'autres motifs d'intérêt général, l'incertitude est à son comble. Les gouvernements, défendeurs, tendent en effet à invoquer le maximum de motifs pour convaincre la Cour de la nécessité de déroger à la règle européenne et la morale est ainsi invoquée concomitamment à d'autres motifs, sans que le juge sache quel poids il faut accorder à l'un ou l'autre dans l'adoption de la norme litigieuse. Pourtant les deux Cours renoncent souvent à identifier la place à accorder à chaque motif et, ne cherchant parfois même pas si la morale est effectivement en jeu, se contentent d'en inférer une marge d'appréciation pour l'Etat. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme accepte fréquemment de raisonner globalement, « d'additionner » le motif justificatif qu'est la protection de la morale à celui de la protection de la

²⁸ Cour EDH, 25 novembre 1996, *Wingrove c/ Royaume-Uni*, req. n° 17419/90, § 58.

²⁹ CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, Aff. C-275/92, point 32.

³⁰ Pour exemple Cour EDH (GC), 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c/ Suisse*, req. n° 16354/06 où elle admet que l'interdiction d'une campagne d'affichage sur le domaine public poursuit les buts légitimes de protection de la santé, protection de la morale, et de la prévention du crime. Voir aussi Cour EDH (GC), 3 novembre 2011, *S.H. et autres c/ Autriche*, req. n° 57813/00, § 90.

³¹ Tel est le cas dans Cour EDH, 3 février 2005, *Partidul comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c/ Roumanie*, req. n° 46626/99, § 35.

³² Cour EDH, 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c/ Autriche*, req. n° 68354/01, spécialement § 31 dans lequel la Cour relève que la loi fondant l'interdiction d'exposition du tableau litigieuse ainsi que les décisions juridictionnelles pertinentes n'ont jamais fait référence à la protection de la morale. Voir aussi Cour EDH, 21 octobre 2010, *Alekseyev c/ Russie*, req. n° 4916/07, n° 25924/08 et n° 14599/09, § 79 relatif à l'interdiction municipale d'organiser une *Gay Pride* à Moscou où « la Cour n'est pas persuadée que le gouvernement puisse à ce stade remplacer un but légitime protégé par la Convention par un autre but qui n'a jamais fait l'objet d'une mise en balance au niveau interne ».

santé³³, ou à la protection des droits d'autrui³⁴. Quant au juge communautaire, il englobe la morale dans l'ordre social ou dans l'ordre public³⁵. Devant l'assemblage de motifs invoqués, le juge européen ne cherche donc manifestement pas à identifier le champ qui doit être laissé à la morale. Son raisonnement est appliqué presque mécaniquement, exprimant une retenue certaine. Plus encore, dans les deux corps de jurisprudence, la morale justifie une large marge d'appréciation.

B. La morale justifie une large marge nationale d'appréciation

La liberté d'appréciation reconnue aux autorités nationales concerne non seulement la définition de la morale, mais aussi le choix des moyens les plus appropriés pour la protéger. Cela ressort bien de l'arrêt S.H. et autres, relatif aux limites imposées par l'Autriche aux couples de pouvoir bénéficier de certaines techniques de procréation médicalement assistée, dans lequel la Cour des droits de l'Homme reconnaît que «les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer non seulement sur le « contenu précis des exigences de la morale » mais aussi sur la nécessité d'une restriction destinée à y répondre³⁶. Dans les deux jurisprudences et malgré certaines variations propres à la spécificité de chaque ordre juridique, on observe donc que la présence d'un facteur moral a pour corollaire un contrôle restreint du juge. Il abandonne aux Etats la définition de la morale (1) et la définition des exigences de la morale (2).

1. Le juge abandonne aux Etats la définition de la morale

Il n'existe pas, dans les textes européens, de définition de la morale. Et aucun des deux juges nationaux ne s'est aventuré sur le terrain de la définition car, nous dit la Cour européenne des droits de l'homme, la morale est une notion contingente, qui peut faire l'objet de variation « dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque »³⁷. Dans certaines espèces, elle ajoute

³³ Cour EDH (GC), 3 novembre 2011, S.H. et autres c/ Autriche, préc., § 90 où la Cour accepte que l'ingérence litigieuse « poursuivait les buts légitimes que constituent la protection de la santé ou de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui » (souligné par nous).

³⁴ Voir Décision Cour EDH, V.D. et C.G. c/France où la Cour valide l'argumentation du gouvernement qui fait de la protection de la morale et des droits d'autrui, en particulier ceux des mineurs les buts légitimes de l'ingérence litigieuse.

³⁵ CJCE, *Adoni et Cornuaille*, 18 mai 1982, Aff. 115 et 116/81

³⁶ Cour EDH (GC), 3 novembre 2011, S.H. et autres c/ Autriche, req. n° 57813, § 94.

³⁷ Pour exemple Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday times c/ Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, Série A, n° 30, § 59 ; Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. 7525/76, série A, n°45, *GACEDH*, n°44, Cour EDH, 24 mai 1988, *Müller c/ Suisse*, préc., § 36..

même à cette « logique de flou »³⁸ en précisant que parmi les causes de la variabilité de la morale, il faut prendre en considération au sein d'un même Etat « l'existence de diverses communautés culturelles, religieuses, civiles ou philosophiques »³⁹. La morale, notion centrale, n'est donc pas devenue une notion autonome : elle est un indéfini au plan européen.

Logiquement, les deux juges laissent donc les Etats dire comment ils définissent la morale, ce qu'elle recouvre. Ainsi, dès l'arrêt Henn & Darby, la Cour de justice a admis que la marge d'appréciation comprend la capacité de définir ce qui est immoral. Il s'agissait en l'espèce de savoir quel sens accorder aux termes « obscènes » et « indécents ». Le Royaume-Uni arguait du fait que le contenu de la moralité publique varierait nécessairement d'un pays à l'autre et même d'une époque à l'autre : « il ne présenterait donc aucun intérêt pour la définition d'un critère international absolu ». La Cour valide ce raisonnement en considérant qu'il appartient en principe à chaque Etat membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire « selon sa propre échelle des valeurs et dans la forme qu'il a choisie ».

Exactement selon la même logique, la Cour européenne des droits de l'Homme n'accorde aucun poids à l'argument souvent invoqué par les requérants que l'ouvrage ou l'œuvre ayant justifié une saisie et /ou leur condamnation au nom de la protection de la morale est diffusé librement dans d'autres Etats. Ainsi, dans l'affaire Handyside, alors que le requérant fait valoir que des traductions du "Petit livre" ont paru et circulé librement dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe, la Cour refuse d'accueillir l'argument. Elle considère que les autorités nationales ont fixé chacune leur attitude « à la lumière de la situation existant sur leurs territoires respectifs; ils ont eu égard notamment aux différentes manières dont on y conçoit les exigences de la protection de la morale dans une société démocratique ». C'est ce qui explique que si la plupart d'entre eux ont résolu de laisser diffuser l'ouvrage, il n'en résulte pas que le choix contraire faisant l'objet du contrôle de la Cour soit contraire à la Convention⁴⁰.

Le pouvoir de définition est tel que le juge laisse les États apprécier librement le caractère indécent ou obscène de certains objets même s'il existe des variations réglementaires selon les parties du territoire national. Dans l'affaire Conegate, la Cour de justice considère que le fait qu'existent des différences entre les législations en vigueur dans les différentes parties constitutives d'un Etat ne l'empêche pas d'appliquer une conception unitaire en ce qui concerne

³⁸ Renée Koering-Joulin, « Affaires de mœurs », in Mireille Delmas-Marty (dir.) *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, coll. Les voies du droit, PUF, 1989, p. 121, spéc. p. 123.

³⁹ Cour EDH, 16 février 2010, Akdas c/ Turquie, req. n° 41056/04, § 27.

⁴⁰ § 57 de l'arrêt Handyside, préc.

les interdictions d'importation pour des raisons de moralité dans les échanges avec les autres Etats membres. On trouve une singulière similarité de raisonnement dans l'arrêt Dudgeon sur la pénalisation d'actes homosexuels entre adultes. La Cour de Strasbourg y juge que, pour apprécier les exigences de la protection de la morale en Irlande du Nord, il faut replacer les mesures incriminées dans le contexte de la société de cette région. Or, « si dans d'autres parties du Royaume-Uni (...) des mesures semblables ne passent pas pour nécessaires, il n'en résulte pas qu'elles ne puissent l'être en Irlande du Nord. Dans un État où vivent des communautés culturelles diverses, les autorités compétentes peuvent fort bien se trouver en face d'impératifs divers, tant moraux que sociaux »⁴¹.

Les deux juges européens admettent donc que l'Etat est le mieux placé pour savoir et dire quelle morale il veut protéger, quel champ lui accorder et, partant, il est le plus apte à qualifier l'immoral. Cette liberté d'appréciation laissée aux autorités nationales - quant au danger moral représenté par l'exercice de la liberté concernée - peut aller loin. Dans l'arrêt Müller, après avoir reconnu que les conceptions de la morale sexuelle ont changé ces dernières années, la Cour ne trouve pourtant pas « déraisonnable » que les juges aient tenu des toiles représentant crûment des relations sexuelles entre hommes et animaux « pour de nature à blesser brutalement, par l'accent mis sur la sexualité dans certaines de ses formes les plus crues, la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale »⁴². L'emploi de l'adjectif « déraisonnable » plutôt que, par exemple, « exact » ou « non erroné », implique un contrôle extrêmement lâche, restreint s'apparentant, si l'on devait faire une comparaison, à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁴³.

Ce renoncement du juge à définir le motif qui justifie une atteinte aux libertés fondamentales peut surprendre car les deux Cours font généralement preuve de plus d'audace, n'hésitant pas à créer des notions autonomes, y compris pour des notions qui ne sont pas dans le traité. On est donc ici au comble de la retenue judiciaire. Ceci est d'autant plus étonnant que la marge d'appréciation laissée aux Etats n'est pas seulement définitionnelle : le choix des moyens qu'ils souhaitent déployer pour protéger la morale n'est contrôlé que de façon restreinte par le juge.

2. Le juge abandonne aux Etats la maîtrise des exigences de la morale

⁴¹ Cour EDH, 22 octobre 1981, Dudgeon c/ Royaume-Uni, req. n° 7525/76, § (§..

⁴² § 36 de l'arrêt Müller, préc. Dans le même sens, voir décision Cour EDH, 3 octobre 1986, Palusinski, préc. dans laquelle la Cour considère que les juridictions internes n'ont pas procédé à une appréciation « inacceptable » des faits.

⁴³ Voir Jean Waline, *Droit administratif*, 23^e édition Précis Dalloz 2010, n° 642, p. 632 et s.

Dans le domaine des jeux et paris, la Cour de justice détaille le périmètre et le contenu de la marge nationale d'appréciation. Ainsi, dans l'affaire Schindler, elle admet que les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour « déterminer les exigences que comportent la protection des joueurs et, plus généralement (...) la protection de l'ordre social, tant en ce qui concerne les modalités d'organisation des loteries, le volume de leurs enjeux, que l'affectation des profits qu'elles dégagent ». La marge est largement entendue : c'est l'Etat qui est juge de la nécessité. Cette marge est d'autant plus étonnante quand la marge rend possible l'adoption de mesures qui dérogent totalement aux droits et libertés européennes. Or, dès l'affaire Henn et Darby, la Cour de justice énonce que chaque Etat peut établir des interdictions d'importations. Et dans l'arrêt Schindler, elle admet que la protection de la morale justifie l'interdiction pure et simple des loteries sur le territoire d'un Etat membre. On est ici au cœur de la retenue dressée par le juge européen.

Dans les arrêts suivants, la Cour a détaillé l'étendue de la marge d'appréciation des Etats en matière de réglementation des jeux et paris. Dans l'affaire Läära du 21 septembre 1999⁴⁴, la Cour confirme que la détermination de l'étendue de la protection qu'un Etat entend assurer en matière de jeux d'argent fait partie de son pouvoir d'appréciation. Puis elle précise qu'il appartient à l'Etat d'apprécier si, dans le contexte du but poursuivi, il est nécessaire d'interdire totalement ou partiellement des activités de cette nature ou seulement de les restreindre et de prévoir à cet effet des modalités de contrôles plus ou moins strictes. Il appartient aux Etats de déterminer si la protection de la morale et l'ordre social rend « préférable, plutôt que d'octroyer un droit exclusif d'exploitation à l'organisme public autorisé, d'adopter une réglementation imposant aux opérateurs intéressés les prescriptions nécessaires »⁴⁵. Dans d'autres affaires, le juge admet au profit de l'Etat une marge lui permettant de soumettre le système de jeux et paris à une exigence de concession⁴⁶, de réserver à certains organismes le droit de collecter des paris⁴⁷, d'accorder un monopole à un organisme d'Etat pour l'exploitation de jeux par l'Internet⁴⁸ et plus généralement de pénaliser les infractions à aux règles sur les jeux et paris⁴⁹. Une telle marge nationale est reconnue aux Etats que cette jurisprudence sur les jeux apparaît désormais comme un domaine spécifique du droit du marché intérieur. Dans ces affaires où se croisent l'argent, la morale et le

⁴⁴ CJCE, 21 septembre 1999, *Läära*, Aff. C-124/97

⁴⁵ Point 39.

⁴⁶ CJCE, 6 mars 2007, *Massimiliano Placanica*, Aff. C-338/04

⁴⁷ CJCE, 21 octobre 1999, *Questore di Verona contre Diego Zenatti*, Aff. C-67/98

⁴⁸ CJCE, 8 septembre 2009, *Santa Casa*, Aff. C-42/07

⁴⁹ CJCE, 6 novembre 2003, *Piorgiorgio Gambelli*, Aff. C- 243/01

marché, et où la Cour n'applique plus son habituel test marché intérieur⁵⁰, on mesure combien le facteur moral conduit à un *self restraint* inhabituel de la part du juge de l'Union.

Le choix des moyens opérés par les autorités nationales pour protéger la morale fait également l'objet d'un contrôle restreint de la part de la Cour de Strasbourg. Ainsi dans la décision Perrin concernant une condamnation pénale pour publication d'écrits obscènes sur Internet, la Cour n'opère qu'un contrôle restreint sur le choix de la voie d'une condamnation à une peine d'emprisonnement⁵¹. Elle juge que, étant donné que le requérant pouvait augmenter ses recettes en faisant figurer des photographies obscènes sur la page de prévisualisation, « il était raisonnable » de la part des autorités internes de considérer qu'une sanction purement financière n'aurait pas eu un effet dissuasif suffisant ou aurait constitué une peine trop légère⁵². La marge justifie ici qu'une peine d'emprisonnement de trente mois n'est pas disproportionnée, alors qu'il s'agissait de la première condamnation de ce type pour le requérant⁵³.

Enfin, il arrive que le juge européen, placé devant l'invocation de conceptions morales « profondes », soit amené à renoncer au contrôle qui aurait pu être le sien. Les affaires Omega pour le cadre communautaire et A.,B. et C. c/ Irlande sont les plus emblématiques de cette position. Dans l'affaire Omega⁵⁴, l'Allemagne invoquait la protection de la dignité pour porter atteinte à la liberté de circulation des services : elle interdisait l'exploitation de jeux ayant pour objet de tirer sur des cibles humaines au moyen d'un rayon laser. Le juge national se demandait s'il était possible de déroger à l'application du principe de circulation pour des raisons tirées de la protection de valeurs fondamentales consacrées par la Constitution nationale. La Cour, pour ne pas remettre en question la primauté du droit communautaire, commence par préciser que l'ordre juridique communautaire tend lui-même à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Pourtant, le juge prend acte de l'importance particulière de la dignité dans le système de valeurs allemand et ajoute qu'il n'est pas indispensable que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre « corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ». Elle avait pourtant dit le contraire dans l'arrêt Schindler où elle avait fait référence

⁵⁰ Stefaan van den Bogaert et Armin Cuyvers, « Money for nothing : « The case-law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling », *Common Market Law Review* 48, 2011, p. 1177.

⁵¹ Décision Cour EDH, 18 octobre 2005, Perrin c/ Royaume-Uni, req. n° 5446/03.

⁵² Souligné par nous. Et d'ajouter que la durée de la peine d'emprisonnement ne rend pas en elle-même l'atteinte disproportionnée. Pour déterminer la peine, les juridictions apprécient la gravité de l'infraction.

⁵³ Et ce alors même que, « la nature et la lourdeur des peines (...) sont des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une atteinte à la liberté d'expression » et que cette peine doit dépendre de « la gravité de la culpabilité, celle de l'infraction et la répétition des infractions constatées ».

⁵⁴ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, Aff. C-36/02

aux considérations d'ordre moral, religieux ou culturel qui mènent « tous les États membres » à soumettre l'organisation de loteries et d'autres jeux d'argent à des restrictions. Bien sur, elle s'empresse de préciser qu'elle n'a pas entendu, par la mention de cette conception commune, formuler un critère général pour apprécier la proportionnalité de toute mesure nationale qui restreint l'exercice d'une activité économique. Au contraire, la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État.

L'arrêt donne donc à voir le juge communautaire confronté au système particulier de valeurs d'un Etat qui, en raison de son passé, accorde une place particulière et centrale à la dignité. La doctrine y a vu l'ébauche de la reconnaissance d'un droit à l'identité constitutionnelle de l'Etat membre⁵⁵. En effet, malgré ses explications, le juge donne surtout l'impression de ne pas s'autoriser à obliger l'Etat au respect des libertés économiques. Les valeurs morales invoquées sont trop profondes et le juge confirme que son contrôle ne peut qu'être restreint.

Le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme est comparable dans l'affaire A., B. et C. contre Royaume-Uni⁵⁶ concernant la question de l'avortement en Irlande. Alors que la Cour aurait pu faire prévaloir l'existence d'un consensus européen pour restreindre la marge d'appréciation⁵⁷, elle choisit de mettre l'accent sur l'existence de valeurs profondes en Irlande concernant la nature de la vie, « celles-là même qui s'étaient traduites dans l'attitude de la majorité du peuple irlandais lors du référendum de 1983 et dont nul n'a démontré qu'elles auraient notablement évolué depuis lors »⁵⁸. Tout en observant au sein du Conseil de l'Europe une tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais, la Cour estime que « le consensus observé ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation de l'Etat »⁵⁹. Pour ce faire, la Cour se fonde sur l'absence de consensus sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie⁶⁰.

⁵⁵Jean-Denis Mouton, « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les Etats membres de l'Union ? » in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Pedone, 2008, p. 409

⁵⁶ Voir Diane Roman, « L'avortement devant la Cour EDH : l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire Note sous CEDH, Gde ch., 16 déc. 2010, A, B et C c/ Irlande, req. n° 25579/05 », *Revue de droit sanitaire et social* 2011 p. 293 ; Jean-Pierre Marguénaud, « Avortement et crucifix : l'éclatant retour aux racines chrétiennes de l'Europe », *RTDCiv.* 2011, p. 303.

⁵⁷ Voir *infra*.

⁵⁸ Cour EDH (GC), 16 décembre 2010, A., B. et C. c/ Irlande, req. n°25579/05, § 226.

⁵⁹ § 236 de l'arrêt A., B. et C. c/ Irlande.

⁶⁰ Conclusion déjà énoncée dans Cour EDH (GC), 8 juillet 2004, Vo c/ France, § 82. Or, les « droits revendiqués au nom du fœtus et ceux de la future mère étant inextricablement liés (...), dès lors qu'on accorde aux Etats une marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître, il faut nécessairement leur laisser une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte » : § 237 de l'arrêt A., B. et C. c/ Irlande.

La jurisprudence européenne qui met en scène la morale apparaît donc comme une jurisprudence de retenue judiciaire car la difficulté que la Cour « a de récuser sur une base objective les appréciations opérées par les autorités nationale » justifie l'ample marge d'appréciation qu'elle leur reconnaît⁶¹. Refusant de définir de ce qu'est la morale, ces juges qui définissent pourtant la notion d'embryon⁶² ou s'aventurent sur le terrain des pratiques sexuelles, ont développé un raisonnement qui laisse hors champ du contrôle judiciaire des pans importants de la morale. On peut s'en étonner au regard des enjeux de la reconnaissance de la marge d'appréciation.

Cette retenue du juge face à la morale peut donc surprendre mais elle ne doit pas être surinterprétée. Car on ne saurait oublier que l'existence d'une marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen : la Cour de Strasbourg l'a affirmé dès l'arrêt *Irlande contre Royaume Uni* en 1978. On voudrait donc montrer ici que, contrairement aux apparences, les deux Cours n'abandonnent pas par principe aux Etats les appréciations morales. Dans un apparent paradoxe, la morale qui est un motif de retenue judiciaire est aussi le champ d'un certain activisme judiciaire.

II. La morale, champ d'activisme judiciaire

Même dans l'arrêt *Handyside*, arrêt fondateur en matière de reconnaissance de la liberté reconnue aux autorités nationales, « [à] peine la marge est-elle reconnue, la Cour s'efforce d'en marquer les limites »⁶³. Un tel contrôle est logique car la Cour doit vérifier si une restriction cadre avec la Convention⁶⁴. Une autre interprétation reviendrait à abdiquer la responsabilité dont l'investit la Convention d'« assurer le respect des engagements [des] Hautes Parties Contractantes »⁶⁵. Dès lors, parce que l'équation européenne va toujours de pair avec un contrôle judiciaire, il faut réfuter le postulat d'un juge européen passif quand est en jeu la morale. Commentant le pouvoir du juge, Petr Muzny fait d'ailleurs très justement remarquer que si « l'on peut parler en termes de pouvoir discrétionnaire ou de subsidiarité, lorsque l'on admet l'existence d'une marge d'appréciation, c'est uniquement parce qu'il existe un degré de relativité qui entoure la

⁶¹ Patrick Wachsmann, « Une certaine marge d'appréciation Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant 2000, p. 1017, spécialement p. 1030. C'est ce qui ressort de la lecture de l'arrêt *Sunday Times* qui fait varier le « pouvoir national d'appréciation » en fonction de chacun des buts énumérés par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention.

⁶² Voir Stéphanie Hennette-Vaucher, « L'embryon de l'Union », *Revue trimestrielle de droit européen* 2012 p.355-368

⁶³ Patrick Wachsmann, *op. cit.*, p. 1019.

⁶⁴ Cour EDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman*, req. n° 14234/88 et n°14235/88, § 68.

⁶⁵ § 69 de l'arrêt *Open Door et Dublin Well Woman*.

prescriptivité de la norme et que la Cour choisit, en raison de son pouvoir décisionnel, d'admettre que cette incertitude normative justifie l'autonomie des autorités étatiques »⁶⁶.

C'est ce pouvoir décisionnel que nous souhaitons mettre en exergue ici. Malgré les apparences, les juges européens ne sont pas de simples récipiendaires des conceptions nationales de la morale, acceptant de réduire l'intensité de leur contrôle. En réalité, le juge européen ne restitue pas aux Etats un champ de compétence, un domaine de souveraineté ou de sensibilité nationale dans lequel il accepterait de ne pas intervenir. Tout comme le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'est que la face inversée de l'étendue du pouvoir de contrôle du juge, l'équation « morale engendre marge nationale d'appréciation » révèle selon nous le pouvoir décisionnel du juge. En effet, les deux juges européens utilisent divers instruments pour borner la portée des arguments moraux et encadrer la marge nationale en matière morale (A). De façon moins apparente, la jurisprudence sur la marge d'appréciation véhicule une certaine conception de la moralité : dans certaines affaires affleure « l'implicite moral » du juge européen (B).

A. Les instruments de l'intensification du contrôle de la marge d'appréciation

Il ne s'agit pas de décrire ici le détail des éléments du contrôle de la marge d'appréciation par les deux Cours. Ce contrôle, de la nécessité et de la proportionnalité, prend différentes formes et nuances selon les affaires et les motifs justificatifs invoqués. Ce sont plutôt les instruments utilisés pour intensifier le contrôle qui nous intéressent, quand ils s'appliquent à une affaire où la morale est le motif légitime invoqué. Il faut ici reconnaître certaines différences entre les deux Cours : statuant sur la base de textes différents et dans des configurations contentieuses différentes, elles privilégient certaines techniques pour neutraliser la marge d'appréciation. Il n'en reste pas moins déterminant que les deux juges ont chacun trouvé les moyens d'exercer un contrôle renforcé, soit en contrôlant strictement la pertinence de l'argument moral invoqué par l'Etat (1), soit en limitant la portée du facteur moral (2).

1. Contrôle de la pertinence de l'argument moral

La Cour de justice est particulièrement attentive à la réalité du but moral invoqué, comme l'illustre l'affaire *Commission/Pologne* du 16 juillet 2009⁶⁷. Il s'agissait d'un recours en

⁶⁶ Petr Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, t. II, p. 402, § 538

⁶⁷ CJCE, 16 juillet 2009, *Commission contre République de Pologne*, Aff. C-165/08

manquement contre la Pologne pour violation de la directive 2001/18 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés. En défense, la Pologne mettait en avant « une conception chrétienne de la vie qui s'oppose à ce que des organismes vivants créés par Dieu soient manipulés et transformés en matériaux objets de droits de propriété industrielle »⁶⁸. Selon la Pologne, ces finalités éthiques étant étrangères aux objectifs de protection de l'environnement et de la santé publique poursuivies par la directive, il lui était possible d'invoquer l'article 30CE pour justifier, par des considérations morales, les entraves à la libre circulation des OGM. La Cour contrôle les motifs invoqués et en conclut que « la moralité publique n'est en réalité pas invoquée à titre autonome mais se confond avec la justification tenant à la protection de l'environnement et de la santé qui font, en l'occurrence, précisément l'objet de la directive » contestée⁶⁹. La Cour conteste ici la pertinence du facteur moral invoqué comme fondement d'une marge d'appréciation.

Cette volonté de débusquer la réalité de l'enjeu moral se manifeste également à travers le contrôle du respect du principe de la non-discrimination. Dès les premières affaires sur la morale, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si une interdiction d'importer certaines marchandises peut être justifiée par des motifs de moralité publique lorsque la législation de l'État membre concerné ne comporte aucune interdiction de fabriquer ou de commercialiser les mêmes produits à l'intérieur du territoire national. La Cour décide que la nature choquante d'une marchandise ne saurait être considérée comme ayant un degré suffisant de gravité pour justifier des restrictions à la libre circulation des marchandises, lorsque l'État membre concerné ne prend pas, à l'égard des mêmes marchandises nationales, des mesures répressives ou destinées à empêcher la distribution sur son territoire. Elle conclut, ce qui traduit bien un contrôle de la pertinence du motif moral invoqué, qu'un État membre « ne saurait invoquer des raisons de moralité publique pour interdire l'importation de certaines marchandises en provenance d'autres États membres » lorsque sa législation ne comporte aucune interdiction de fabriquer ou de commercialiser ces mêmes marchandises sur son territoire.

Cette jurisprudence n'est pas isolée : on retrouve la même position dans les affaires sur la restriction de circulation des prostituées par exemple. Tout en réaffirmant qu'il ne saurait dire lui-même ce qui doit être tenu pour moral ou immoral, le juge de l'Union trouve donc le moyen de vérifier la réalité d'un facteur moral et s'assure que le motif moral n'a pas été utilisé comme prétexte et paravent. Ce contrôle de la pertinence et de la suffisance de l'argument moral n'est pas

⁶⁸ Point 31

⁶⁹ Point 55

absent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁰ mais les différentes techniques lui permettant de limiter la portée du facteur moral sont différentes. Surtout, le juge de Strasbourg préfère limiter la portée du facteur moral.

2. Limitation de la portée du facteur moral

En droit européen des droits de l'homme, la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte, la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants⁷¹. Un des principaux facteurs de variation de la marge est le droit fondamental en cause⁷². Quand par exemple l'ingérence litigieuse concerne le droit au respect de la vie privée, et qu'elle a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée, la marge d'appréciation de l'Etat se réduit considérablement. Le juge exige même « des raisons particulièrement graves » pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8, des ingérences des pouvoirs publics⁷³. De même lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la liberté d'appréciation des autorités nationales est en principe restreinte⁷⁴.

Lorsque la liberté d'expression est en cause, la marge peut aussi varier en fonction de la nature de l'expression et la Cour garde une certaine liberté concernant le choix de la qualification de l'expression en cause, ce qui lui permet d'influer sur la marge d'appréciation. Dans l'affaire *Mouvement raëlien suisse*, la Cour décide ainsi que l'expression en cause est un discours commercial, dans la mesure où le but principal du site Internet est d'attirer des personnes à la cause de l'association requérante et non pas d'aborder des questions relevant du débat politique en Suisse. Même si le discours de la requérante échappe au cadre publicitaire – il ne s'agit pas d'inciter le public à acheter un produit particulier –, « il n'en demeure pas moins qu'il s'apparente davantage au discours commercial qu'au discours politique au sens strict en ce qu'il vise à un certain prosélytisme »⁷⁵. La marge d'appréciation de l'Etat est en conséquence plus large⁷⁶. Ce

⁷⁰ Cf. Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside*, préc., § 50 : « Il incombe à la Cour de déterminer, sur la base des divers éléments en sa possession, si les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier les mesures concrètes d'"ingérence" qu'elles adoptent sont pertinents et suffisants au regard de l'article 10 par. 2 » ; Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, § 59 : « il appartient à la Cour de trancher la question de savoir si les motifs qu'elle a jugés pertinents étaient aussi suffisants ».

⁷¹ Cour EDH, 28 novembre 2011, *Rasmussen c/ Danemark*, req. n° 8777/79, § 40.

⁷² Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, préc. : « l'étendue de la marge d'appréciation « dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu »

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Cour EDH (GC), 3 novembre 2011, *S.H. c/ Autriche*, req. n° 57813/00, § 94 et toutes les références qui s'y rapportent.

⁷⁵ § 62 de l'arrêt *Mouvement raëlien suisse c/ Suisse*, préc.

facteur, combiné avec une multitude de but légitime en cause en l'espèce, explique la large marge reconnue et justifie en grande partie la solution donnée par la grande chambre.

Parfois, c'est en jouant sur l'existence d'un consensus européen que la Cour neutralise la marge d'appréciation. L'idée de consensus décrit un certain degré d'harmonisation, au niveau européen, des solutions trouvées par les Etats pour répondre à la question soulevée. Dans l'affaire *Dudgeon*, elle insiste sur le fait que la grande majorité des Etats a dépénalisé l'homosexualité entre adultes consentants⁷⁷. Or, l'existence d'un consensus prend parfois des formes inattendues, comme dans l'arrêt *Akdas*⁷⁸ où la Cour neutralise la marge normalement associée au but légitime de protection de la morale en se référant au patrimoine littéraire européen. Dans cette affaire, le constat est fait que l'œuvre d'Apollinaire fait l'objet d'un consensus au niveau européen quant à sa qualité artistique, attestée notamment par sa publication à la Pléiade. Parce que l'œuvre fait partie de ce patrimoine européen, la Cour en infère que la marge d'appréciation des autorités turques est réduite. La solution a surpris, d'autant que « le droit à la liberté d'expression artistique, (...) avait perdu la plupart de ses combats européens lorsque les Etats européens avaient opposé la morale, elle le perd face au « patrimoine littéraire européen »⁷⁹. Il résulte de ces quelques exemples que le consensus « incite la Cour à se montrer audacieuse ou au contraire circonspecte dans l'interprétation » de la Convention et « la marge d'appréciation reconnue aux gouvernements est d'autant plus étroite que le consensus existant autour d'une question est large »⁸⁰ et ce, même si l'interprétation consensuelle ne cesse d'interroger la doctrine au regard de l'insécurité juridique qu'elle génère⁸¹.

C'est enfin à travers un contrôle de la cohérence que les deux Cours neutralisent la marge d'appréciation. Même s'il « apparaît techniquement réversible »⁸², ce critère de cohérence conduit en effet à renforcer le contrôle de la Cour de Strasbourg, notamment quand elle impose aux Etats « de ne pas faire naître d'espérances qui ne seraient pas concrétisées par la suite »⁸³. Il a aussi joué un rôle particulièrement net dans les affaires relatives au cadre juridique de l'avortement en

⁷⁶ Cour EDH, 24 février 1994, *Casado Coca*, req. n° 15450/89.

⁷⁷ § 60 de l'arrêt *Dudgeon*. Dans le même sens, Cour EDH, 26 octobre 1988, *Norris c/ Irlande*, req. n° 8225/78.

⁷⁸ Cour EDH, 16 février 2010, *Akdas c/ Turquie*, req. n° 41056/04.

⁷⁹ JP. Marguénaud et B. Dauchez, *Les onze mille verges fondatrices du patrimoine littéraire européen*, préc.

⁸⁰ « Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, note rédigée par le comité d'organisation, in *Dialogue des juges*, Conseil de l'Europe 2008, pp. 18-19.

⁸¹ Voir *infra*, II-B-2°.

⁸² Caroline Picheral, « Les prudentes avancées de la Cour EDH en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire », *JCP Ed. G.*, 1148.

⁸³ Patrick Wachsmann, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010, p. 2138.

Pologne et notamment l'affaire Tysiak contre Pologne⁸⁴. La Cour a toujours refusé de reconnaître une obligation positive au titre de l'article 8 qui obligerait les Etats à légaliser l'interruption volontaire de grossesse⁸⁵. Mais dans l'affaire, elle exige, - alors qu'il existe une large marge d'appréciation-, que dès lors qu'un Etat autorise l'avortement, son droit interne soit cohérent et offre aux femmes une réelle possibilité d'avorter. Ce souci de cohérence peut même passer par une obligation procédurale car « il importe, pour la jouissance effective des droits garantis par cette disposition, que le processus décisionnel soit équitable et permette de respecter comme il se doit les intérêts qui y sont protégés »⁸⁶. Dans la mesure où le droit polonais permet l'avortement thérapeutique dans des conditions strictes attestées par un médecin, il appartient donc à l'Etat de prévoir une procédure appropriée en cas de désaccord entre la femme et le médecin⁸⁷. La *ratio decidendi* est claire : dès lors que le législateur a autorisé l'avortement, « il ne doit pas fixer des conditions d'exercice qui limitent, *in concreto*, la faculté d'user d'une telle faculté »⁸⁸.

En application de la même logique, la Pologne sera condamnée dans l'arrêt R.R. Dès lors que la législation polonaise autorise l'avortement en cas de malformation fœtale (ce qui relève de sa marge d'appréciation), il lui incombe de permettre aux femmes enceintes d'avoir accès à des informations pertinentes, complètes et fiables sur la santé du fœtus grâce à un cadre juridique et procédural adéquat⁸⁹. Dans le même sens, la Cour sanctionne dans l'arrêt Costa et Pavan l'incohérence du système législatif italien qui interdit aux requérants d'avoir accès à un test génétique préimplantatoire qui permettrait une implantation *in utero* des seuls embryons indemnes de la maladie génétique grave dont ils sont porteurs, mais leur autorise l'avortement thérapeutique⁹⁰.

La jurisprudence communautaire sur les jeux et paris est très similaire : le juge impose une exigence de cohérence des mesures prises pour protéger la morale. Dans l'affaire Gambelli, le juge italien avait relevé un décalage entre, d'une part la réglementation nationale qui encadrerait rigoureusement l'activité de prise de paris sportifs par des entreprises étrangères au nom de la protection de la morale et, d'autre part, la forte expansion du jeu et des paris que l'Etat italien

⁸⁴ Cour EDH, 20 mars 2007, Tysiak c/ Pologne, req. n° 5410/03.

⁸⁵ Pour exemple, voir le § 214 de l'arrêt A., B. et C. c/ Irlande, préc.

⁸⁶ § 113 de l'arrêt Tysiak c/ Pologne.

⁸⁷ § 126-128 de l'arrêt Tysiak c/ Pologne.

⁸⁸ Bertrand Mathieu, Les conditions du recours à une interruption de grossesse au regard du droit au respect de la vie privée, *JCP Ed. G* 2007, II 10071.

⁸⁹ Cour EDH, 26 mai 2011, R.R. c/ Pologne, req. n° 27617/04, § 200 : «if the domestic law allows for abortion in cases of foetal malformation, there must be an adequate legal and procedural framework to guarantee that relevant, full and reliable information on the foetus' health is available».

⁹⁰ Cour EDH, 28 août 2012, Costa et Pavan c/ Italie, req. n° 54270/10, § 64. Et voir Caroline Picheral, « Les prudentes avancées de la Cour EDH en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire », *JCP Ed. G.* 2012, 1148.

poursuivait sur le plan national dans le but d'obtenir des rentrées de fond. Le juge de l'Union ne conteste pas que le but de protection de la morale puisse être en jeu. Mais il relève que si le motif invoqué est celui la prévention de l'incitation à une dépense excessive liée au jeu, encore faut-il que les restrictions contribuent bien à prévenir les troubles à l'ordre social, et servent alors « à limiter les activités de paris d'une manière cohérente et systématique »⁹¹. Dans la mesure où les autorités italiennes incitent et encouragent les consommateurs à participer aux loteries et jeux de hasard, elles ne peuvent donc pas invoquer « l'ordre public social tenant à la nécessité de réduire les occasions de jeu pour justifier des mesures telles que celles en cause »⁹². Ce contrôle de cohérence connaît des variations en matière de jeu mais il traduit clairement, comme dans l'arrêt Stoss⁹³, le souci de neutraliser la marge d'appréciation reconnue à l'Etat.

Le recours à ces instruments pour faire varier la marge d'appréciation est intéressant d'un simple point de vue contentieux. Mais ce n'est pas tout. Il n'est pas anodin que ce soit dans le domaine moral que les juges se montrent aussi créatifs pour encadrer l'exercice d'un pouvoir qu'ils ont eux-mêmes consentis. Cela traduit l'importance de ce terrain moral qui ne peut échapper au regard du juge. L'absence de définition de la morale n'empêche donc pas le juge de lire le texte dont il a la charge à la lumière d'une certaine vision ou visée. Certaines affaires, tout particulièrement, trahissent l'implicite morale des deux Cours.

B – La morale du juge

Dans l'affaire Brüstle sur la notion d'embryon humain, la Cour de justice précise qu'elle n'est pas appelée à aborder des questions médicales et éthiques⁹⁴. Elle décide de se cantonner aux questions strictement juridiques, postulant par la même qu'il existe une ligne claire entre ce qui est

⁹¹ Point 68

⁹² Point 69

⁹³ CJUE, 8 septembre 2010, Markus Stoß, Aff. C-316/07. Etait en cause une réglementation conférant un monopole public pour l'organisation de paris et loteries. La justification présentée était morale puisque l'Etat voulait prévenir l'incitation à des dépenses excessives liées au jeu et de lutte contre l'assuétude. La Cour considère que le fait de privilégier un monopole par rapport à un régime autorisant l'activité d'opérateurs privés est susceptible de satisfaire à l'exigence de proportionnalité « pour autant que l'institution du monopole s'accompagne de la mise en place d'un cadre normatif assurant que le titulaire du monopole sera effectivement à même de poursuivre, de manière cohérente et systématique, un tel objectif au moyen d'une offre quantitativement mesurée et qualitativement aménagée en fonction dudit objectif ».

⁹⁴ Bien sur, cette retenue tient à la configuration contentieuse du recours préjudiciel dans laquelle le juge de l'Union doit se contenter de donner au juge nationale une interprétation juridique des dispositions du droit de l'Union. Mais cette limite ne doit pas être surestimée car le juge prend soin de dire dans une même phrase que « si la définition de l'embryon est un sujet de société très sensible dans de nombreux Etats, marqué par la diversité de leurs valeurs (...), la Cour n'est pas appelée à aborder des questions de nature médicale ou éthique ».

moral et ce qui est juridique. De la même façon, la Cour européenne des droits de l'homme se défend régulièrement de pouvoir trancher des questions de morale. Aussi affirme-t-elle, dans l'arrêt Dudgeon, n'avoir pas « à exprimer un jugement de valeur sur la moralité des relations homosexuelles masculines entre adultes. »⁹⁵. Et dans l'affaire Open Door et Dublin Well Woman, elle « relève d'emblée qu'elle ne se trouve pas appelée, en l'espèce, à déterminer si la Convention garantit un droit à l'avortement ou si le droit à la vie (...) vaut également pour le fœtus »⁹⁶.

De telles précautions ne doivent pas tromper. En réalité, alors que le juge réserve aux Etats la maîtrise de la définition de leur morale, de ses contours et de son contenu, la jurisprudence européenne véhicule une certaine conception morale, propre à l'idée de la société démocratique que le juge veut promouvoir. Dans certaines affaires, on découvre un « langage de la moralité » (1) et le juge consacre, en creux, une certaine échelle des valeurs qu'il tente de promouvoir (2).

1. Le langage de la moralité du juge européen

Parfois, dans des affaires qui ne sont pas, au sens juridique strict, des affaires relatives à la morale, le langage de la moralité est introduit. C'est le cas des affaires d'atteintes à la liberté de circulation des prostituées traitées par le juge de l'Union. Le traité ne mentionnant pas la morale parmi les motifs permettant de limiter la liberté de circulation des travailleurs, les Etats ont tenté de restreindre la circulation des prostituées par l'un des autres motifs prévus : la protection de l'ordre public. Or, dans ces affaires où la solution est fondée sur l'ordre public, la sémantique utilisée est celle utilisée dans les arrêts sur la morale. Dans l'affaire Adoui, le gouvernement défendeur insistait sur la dimension morale de la réglementation de la prostitution, estimant le comportement des personnes est « contraire à l'ordre public en raison de la circonstance [que les personnes] étaient serveuses dans un bar suspect du point de vue des moeurs »⁹⁷ (point 2). La Cour, bien que se plaçant sur le seul terrain de l'ordre public, conclut que le droit communautaire n'impose pas aux Etats membres « une échelle uniforme de valeurs en ce qui concerne l'appréciation des comportements pouvant être considérés comme contraires à l'ordre public »⁹⁸. La référence à l'échelle de valeurs ne trompe pas, c'est bien de la morale dont il s'agit. La Cour l'avoue d'ailleurs implicitement dans l'affaire Jany⁹⁹ puisqu'elle indique que, en ce qui concerne l'immoralité de l'activité de prostitution, il ne lui appartient pas « de substituer son appréciation à celle des législateurs des Etats membres où une activité prétendument immorale est légalement

⁹⁵ § 54 de l'arrêt Dudgeon, préc.

⁹⁶ Cour EDH, 29 octobre 1992, Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande, préc. § 66.

⁹⁷ Point 2.

⁹⁸ Point 8

⁹⁹ CJCE, 20 novembre 2001, *Aldona Magorzata Jany* e.a., Aff. C-268/99

pratiquée »¹⁰⁰. En ne refusant pas de prendre en compte les arguments moraux portés à l'affaire par les Etats, la Cour valide implicitement leur conception morale. Du point de vue de la légalité, l'affaire est traitée sur le fondement de l'ordre public. Mais la légitimité de l'atteinte à la libre circulation découle en fait de considérations morales.

La jurisprudence sur les jeux et paris est également surprenante, tant elle est parcourue du langage de la moralité. Les arrêts sont rédigés selon la structure classique des affaires de droit du marché intérieur mais le lecteur est frappé par la prégnance des considérations morales. Bien sur, le juge européen, dans le cadre de la question préjudicielle, doit éclairer le juge national sur le sens à donner au traité, l'informer sur les contours de ce que la protection de la morale peut justifier et répondre aux arguments développés par les Etats. Or, ceux-ci sont parfois présentés de façon cataclysmique, comme dans l'arrêt Gambelli où le gouvernement belge évoque « le gaspillage et les effets dommageables » pour la société, le gouvernement hellénique parle de risque « d'ébranlement de l'ordre social » et le gouvernement français insiste sur la nécessité de protéger les parieurs contre eux-mêmes.

A première vue, le juge se contente de citer ces arguments, et d'y répondre le cas échéant, mais dans certaines affaires, il semble réellement abonder dans le sens des Etats. Dans l'arrêt Sjöberg¹⁰¹, la Cour ne se contente pas de reprendre sa formule Schindler selon laquelle des considérations d'ordre moral ou religieux peuvent justifier des restrictions à la libre prestation de services. Elle admet que cela est valable « notamment dans la mesure où il pourrait être considéré comme inacceptable de permettre que des profits privés soient tirés de l'exploitation d'un fléau social ou de la faiblesse des joueurs et de leur infortune. » Elle opère donc une caractérisation très négative du jeu et en déduit que l'Etat est seul compétent pour limiter l'exploitation des jeux de hasard en confiant celle-ci à des organismes publics ou caritatifs. En creux, le juge valide donc l'idée qu'il convient d'exclure la possibilité que des profits soient tirés de la vulnérabilité des joueurs. C'est pourquoi la Cour admettra que l'organisation des jeux soit limitée à des entités qui poursuivent des objectifs d'utilité publique ou d'intérêt général. Ici, la morale sert à justifier que certaines actions soient placées hors du champ du marché au nom de préoccupations morales évidentes. Le langage traduit donc un choix du juge, reflétant une certaine échelle de valeurs.

2. Le juge européen et l'échelle des valeurs

¹⁰⁰ Point 56

¹⁰¹ CJUE, 8 juillet 2010, *Otto Sjöberg et Anders Gerdin*, Aff. 447 et 448/08

Ce n'est pas tant le fait que le juge européen ait une échelle des valeurs qui surprend. Prétendre que le juge vivrait dans un univers coupé de considérations morales et que ses jugements soient de pur droit traduirait un certain angélisme ou une vision déformée de la séparation des mondes normatifs. Ce qui ne laisse pas d'étonner, c'est plutôt la créativité du juge et le fait que l'implicite moral du juge soit distillé et traduit dans le recours à diverses techniques contentieuses.

La jurisprudence européenne donne à voir un juge qui détermine assez librement l'intensité de son contrôle¹⁰². Or, dans certains cas, la modulation de l'intensité du contrôle judiciaire lui permet de faire prévaloir les valeurs morales de l'Etat. Tel est notamment le cas quand la garantie de valeurs nationales prend le pas sur le consensus qui pouvait être décelé au niveau européen¹⁰³. La doctrine a abondamment commenté ces affaires, relevant justement que la Cour semble établir une distinction « entre les matière de droit interne suffisamment sécularisées pour autoriser la méthode consensuelle et les questions à l'égard desquelles une plus grande déférence a été rendue aux conceptions propres à certains Etats même si ces conceptions se révèlent isolées »¹⁰⁴. Surtout, on s'étonne de la l'instabilité des positions jurisprudentielles sur l'existence –ou non – d'un consensus européen. L'affaire S.H montre ainsi comment la Cour parvient à échapper à la question de l'existence d'un consensus car, « par une appréhension toute particulière de l'élément temporel¹⁰⁵ et de l'élément consensuel¹⁰⁶», la Grande chambre conclut que les autorités nationales n'ont pas outrepassé la marge d'appréciation qui était la leur en limitant les dons de sperme et d'ovule dans le cadre des fécondations *in vitro*. A certains égards, le raisonnement de la Cour de Justice dans l'affaire Omega¹⁰⁷ procède de la même logique. On doit donc relever l'absence de prévisibilité de l'interprétation consensuelle, dont découle une insécurité juridique problématique¹⁰⁸.

¹⁰² Cf. Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11e édition PUF 2012, p. 239 : « La jurisprudence la plus récente conforte le sentiment que l'interprétation consensuelle n'est que le masque du pouvoir discrétionnaire du juge européen ».

¹⁰³ Voir *supra*.

¹⁰⁴ François Rigaux, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in Frédéric Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et Justice n° 21, Bruylant Nemesis 1998, p. 41, spécialement pp .46-47.

¹⁰⁵ C'est ce qui ressort à la lecture des §§ 115 à 118 de l'arrêt de Grande chambre, SH et autres c/ Autriche, préc.. La Cour décide de juger de la conventionnalité de l'ingérence litigieuse au jour où la Cour constitutionnelle autrichienne a jugé l'affaire et non au jour où la Cour statue (12 ans plus tard).

¹⁰⁶ Voir le § 96 de l'arrêt de Grande chambre, SH et autres c/ Autriche, préc. Le consensus décelé n'est qu'un « consensus en émergence » qui « correspond davantage à un stade de l'évolution du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres, raison pour laquelle il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation ». Voir Caroline Picheral, « Stérilisation du droit de recourir à la procréation médicalement assistée », *JCP* 2011, 1291

¹⁰⁷ Voir *supra*.

¹⁰⁸ On relève « [d]es divergences dans la jurisprudence de la Cour quant à la valeur déterminante du consensus européen et le manque de rigueur des critères retenus pour contrôler celui-ci (...) créant une profonde insécurité

La logique qui sous-tend la reconnaissance de la marge d'appréciation apparaît donc floue. Cela conduit donc à chercher des explications au rapport qu'entretient le juge européen à la marge d'appréciation. Elles sont multiples. On peut considérer son utilisation par la Cour comme un « substitut pragmatique à une approche réfléchie du problème de la portée adéquate de son contrôle »¹⁰⁹. On peut aussi voir dans l'incertitude de la jurisprudence, en creux, la marque, d'une échelle de valeurs de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, lorsqu'elle décide de faire prévaloir une obligation positive sans attendre de constater qu'il existe un consensus en la matière, ou lorsqu'elle fait le choix d'accorder plus de déférence aux valeurs morales de l'Etat défendeur plutôt qu'au consensus européen, ne révèle-t-elle pas un choix moral ou une certaine échelle de valeurs ?

Cette hypothèse permettrait de donner sens aux affaires dans lesquelles la Cour décide de se situer sur le terrain d'un grief tiré de la violation d'un droit intangible combiné avec un droit relatif, et non plus seulement sur celui du seul droit relatif. Car dans ce cas, la Cour limite, - ou fait disparaître - ce que Petr Muzny appelle « l'incertitude normative » relative aux faits de l'espèce¹¹⁰. Il s'agit là d'une politique volontaire, d'un activisme juridictionnel qui illustre une certaine échelle de valeurs propre à la société démocratique. Ici, la valeur morale est implicite dans la mesure où le juge ne fait jamais référence explicitement à la morale dans les cas d'espèce considérés.

Prenons pour le montrer l'affaire M.C. contre Bulgarie, où la Cour énonce que « compte tenu de la nature et de la substance des plaintes exprimées par la requérante en l'espèce », elle estime qu'il convient de les examiner avant tout sous l'angle des articles 3 et 8 de la Convention¹¹¹. Ainsi que le précise la juge Tulkens, « il était important et significatif que la Cour se situe à la fois sur le terrain de l'article 3 et de l'article 8 de la Convention. En effet, le viol est une atteinte à la fois au droit à l'intégrité (physique et psychique) de la personne garanti par l'article 3 et à son droit à l'autonomie comme élément du droit à la vie privée garanti par l'article 8 »¹¹². Cette conception du viol traduit sans aucun doute une échelle de valeurs. Certes, le fait d'analyser les griefs sous l'angle

juridique », Opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Hirvela, Lazarova Trajkovska et Tsotsoria jointe à l'arrêt de Grande chambre sur l'affaire S.H. et autres c/ Autriche, point 8.

¹⁰⁹ Opinion dissidente commune aux juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann et Ziemele, jointe à l'arrêt Evans c. Royaume-Uni [GC] du 10 avril 2007, point 12.

¹¹⁰ Cette conclusion est validée quand bien même la marge d'appréciation s'applique aujourd'hui dans des affaires où sont en cause des droits intangibles. Voir sur ce point Françoise Tulkens et Luc 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 ? », préc.

¹¹¹ Cour EDH, 4 décembre 2003, M. C. c/ Bulgarie, req. n° 39272/98, § 148.

¹¹² Opinion concordante de Mme la juge Tulkens jointe à l'arrêt M. C. c/ Bulgarie, point 1.

de l'article 3 et non plus seulement de l'article 8 ne réduit pas automatiquement la marge d'appréciation des autorités nationales lorsqu'ils choisissent les moyens d'assurer une protection adéquate contre le viol des personnes placées sous leur juridiction¹¹³. Mais la reconnaissance d'un consensus en la matière conduit à faire totalement disparaître leur discrétion. Ce faisant, la Cour impose aux Etats les éléments constitutifs de l'infraction de viol. Et « c'est bien le souci d'une protection particulière de la femme qui a affirmé le surcroît de sévérité de l'arrêt M.C. »¹¹⁴.

De la même façon, se fondant sur les articles 2 et 3 dans l'arrêt Opuz contre Turquie, la Cour impose aux Etats des obligations positives propres à lutter contre la violence domestique à l'égard des femmes¹¹⁵. De la sorte, elle véhicule une valeur car elle soutient l'idée que les violences domestiques contre les femmes s'analyse comme un traitement au moins dégradant qu'il convient de prévenir et contre lequel les Etats sont obligés de réagir, - quand bien même les femmes auraient retiré leurs plaintes¹¹⁶. Cette obligation – indirectement énoncée- de protéger particulièrement les catégories de personnes considérées comme vulnérables est également illustrée par les affaires relatives aux examens gynécologiques forcés. Alors que ces affaires n'étaient traitées que sous l'angle de l'article 8¹¹⁷, la Cour juge désormais ces affaires à la lumière de l'article 3¹¹⁸.

Enfin, l'affaire R.R contre Pologne trahit à son tour la visée morale de la Cour de Strasbourg. Il s'agit d'une interruption volontaire de grossesse mais la Cour va constater « de façon très audacieuse »¹¹⁹, une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme du fait de l'absence de cohérence du système juridique en l'espèce¹²⁰. Ce peut donc être par l'obligation de cohérence que la Cour impose, s'agissant de personnes qu'elle considère comme particulièrement vulnérables, une action spécifique de la part de l'Etat. Cette position est étrangement similaire à la jurisprudence communautaire, façonnée dans le domaine des jeux et paris, qui conduit à construire un raisonnement très axé sur la protection de la vulnérabilité des joueurs. Le juge semble souvent valider cette conception selon laquelle il convient, pour protéger

¹¹³ Marge d'appréciation dont l'existence est reconnue dans le § 154 de l'arrêt en ces termes : « En ce qui concerne les moyens de garantir une protection adéquate contre le viol, les Etats jouissent incontestablement d'une large marge d'appréciation. Ils doivent notamment prendre en considération les sensibilités d'ordre culturel, les particularités locales et les habitudes liées à la tradition ».

¹¹⁴ Jean-Pierre Marguénaud, « Quand la Cour de Strasbourg poursuit sa mutation en Cour européenne des droits de la femme : la question du viol », *RTDCiv.* 2004, p. 364.

¹¹⁵ Cour EDH, 9 juin 2009, Opuz c/ Turquie, req. n° 33401/02.

¹¹⁶ § 168 de l'arrêt Opuz.

¹¹⁷ Cour EDH, 22 juillet 2003, Y.F. c/ Turquie, req. n° 24209-/94.

¹¹⁸ Cour EDH, 1^{er} février 2011, Yasgül Yılmaz c/ Turquie, req. n° 36369/06.

¹¹⁹ Laurence Burgogues-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010, p. 1993.

¹²⁰ C'est d'ailleurs sur ce point que porte l'opinion partiellement dissidente du juge Bratza jointe à l'arrêt R.R., préc.

les joueurs – y compris contre eux-mêmes –, de « limiter l'exploitation de la passion des êtres humains pour le jeu ».¹²¹

La jurisprudence européenne sur la marge d'appréciation offre donc une intéressante perspective sur les rapports du juge et de la morale et sur son pouvoir. Aucun des deux juges européens n'a défini la morale mais cela ne les empêche pas de dire, au nom de la morale, quand les États peuvent agir et sous quelles conditions. Surtout, la comparaison des deux corps de jurisprudence révèle le lien qui existe entre la morale et le pouvoir, qu'il soit celui des États ou celui du juge. Ce sont les considérations morales qui font varier l'intensité du contrôle judiciaire. La morale est donc un indéfini mais pas un impensé des droits européens.

¹²¹ Formule du Gouvernement finlandais dans l'affaire *Läära*, CJCE, 21 septembre 1999, *Läära*, Aff. C-124/97