

Par-delà l'universalisme et le relativisme :
La Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes
de la diversité culturelle*

Florian Hoffmann (hoffmann@rdc.puc-rio.br) **

& Julie Ringelheim (julie.ringelheim@iue.it)***

«...we have come to such a point in the moral history of the world [...] that we are obliged to think about [cultural] diversity rather differently than we had been used to thinking about it. If it is, in fact, getting to be the case that rather than being sorted into framed units, social spaces with definite edges to them, seriously disparate approaches to life are becoming scrambled together in ill-defined expanses, social spaces whose edges are unfixed, irregular, and difficult to locate, the question of how to deal with the puzzles of judgement to which such disparities give rise takes on a rather different aspect. Confronting landscapes and still lifes is one thing; panoramas and collages quite another. »

Clifford Geertz, « The Uses of Diversity »¹

Introduction

La question de l'universalisme ou du relativisme des droits de l'homme demeure sans doute l'une des plus controversées de la théorie des droits. Elle a longtemps pesé sur l'ensemble des réflexions sur le concept de droits humains. Pourtant, malgré ou peut-être à cause de la prégnance de ce débat, il a souvent été traité de façon stéréotypée, universalisme et relativisme étant présentés comme les deux pôles d'une dichotomie rigide, assimilés à un positionnement pour ou contre la suprématie des droits de l'homme sur les différences culturelles. Il existe certes un antagonisme fondamental entre les principes de base de l'universalisme d'une part, et ceux du relativisme de l'autre, et la question de savoir laquelle de ces deux perspectives saisit avec le plus de justesse le

* Cet article est issu d'une communication présentée en anglais à l'Université de Birbeck, à Londres, en juin 2003, à l'occasion d'un séminaire sur le thème *The New International Law*. Nous remercions vivement les participants à ce séminaire pour leurs réactions et commentaires, en particulier les Professeurs S. Marks et C. Douzinas. La traduction du texte en français a été réalisée par Julie Ringelheim. Nous remercions Foulek Ringelheim pour sa relecture du texte français.

** Docteur de l'Institut Universitaire Européen de Florence et *Assistant Professor* à la Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro [PUC-Rio] (courriel : hoffmann@rdc.puc-rio.br).

*** Doctorante à l'Institut Universitaire Européen de Florence et chercheuse au Centre de Philosophie du Droit de l'Université Catholique de Louvain (courriel : julie.ringelheim@iue.it).

¹ C. Geertz, « The Uses of Diversity », in *Available Light: Anthropological Reflections on Philosophical Topics*, Princeton, Princeton University Press, 2000, pp. 68-88, p. 85.

phénomène des « droits de l'homme dans le monde » constitue un enjeu réel. Il nous semble cependant que cette dichotomie stricte, postulée par une large partie de la doctrine, repose sur une conception réductrice tant de la notion de « droits » que de celle de « culture ». Comme nous le soutiendrons dans cet article, ces deux concepts sont en réalité beaucoup plus complexes et dynamiques que cette vision simplifiée ne le laisse penser. Nous n'entrerons pas dans le détail du débat sur le relativisme culturel, qui a généré une littérature extrêmement abondante et complexe². Plutôt que de revenir sur des thèmes traités à profusion par de nombreux auteurs, nous concentrerons notre attention sur les éléments théoriques et factuels qui démontrent qu'un dépassement de la dichotomie entre droits de l'homme et culture est non seulement possible mais nécessaire. On commencera par évoquer brièvement l'évolution de la théorie anthropologique et les transformations du système mondial qui ont marqué l'époque contemporaine. L'étude de ce double phénomène conduit à porter un nouveau regard sur les rapports entre « droits » et « cultures » (I). Pour illustrer ces considérations théoriques, on se penchera ensuite sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, afin de mettre en lumière la diversité des formes d'interactions entre droits humains et facteurs culturels qui s'y observent (II).

I. Universalisme contre relativisme : un débat en mutation

La réflexion actuelle sur les droits de l'homme reste en grande partie tributaire du cadre conceptuel esquissé plus haut, les auteurs se situant en faveur de l'un ou de l'autre pôle de l'alternative : universalisme ou relativisme. Pourtant, des voix de plus en plus nombreuses, issues principalement de l'anthropologie juridique et du droit comparé, contestent les postulats sous-jacents à cette représentation classique des rapports entre droits et différences culturelles. Ces critiques dénoncent avant tout le caractère

² Sur les origines du relativisme culturel, voy. not. F. Boas, « The Mind of Primitive Man », *Journal of American Folklore*, vol. 14, 1901, pp. 1-11 et « Liberty Among Primitive People », in E. Anshen (ed.), *Freedom: its Meaning*, New York, Harcourt Brace, 1940, pp. 375-380 ; R. Benedict, *Patterns of Culture*, Boston, Houghton Mifflin, 1934 ; M. Herskovits, *Cultural Relativism: Perspective in Cultural Pluralism*, New York, Random House, 1972 ; D. Bidney, « Cultural Relativism », in D. Sills (ed.) *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New York, Cromwell Collier & Macmillan, 1968 ; I. Lazari-Pawlowska, « On Cultural Relativism », 67 *Journal of Philosophy*, 1970, pp. 577-583. Voy. aussi American Anthropological Association, « Statement on Human Rights », *American Anthropologist*, vol. 49, n°4, 1947, pp. 539 et s. et K. Engle, « From Skepticism to Embrace: Human Rights and the American Anthropological Association From 1947-1999 », in 23 *Human Rights Quarterly*, 2001, pp. 536-559. Sur le débat actuel, voy., de façon générale J. Donnelly, « Cultural Relativism and Universal Human Rights », in 6 *Human Rights Quarterly* vol. 4, n°6, 1984, pp. 401 et s. ; A. D. Renteln, *International Human Rights: Universalism versus Relativism*, Newbury Park, Sage Publications, 1990, pp. 61-87 ; E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London, 2001 ; R. Howard, « Cultural Absolutism and The Nostalgia for Community », in 15 *Human Rights Quarterly* (1993), pp. 315-338 et « Occidentalism, Human Rights, and the Obligations of Western Scholars », in 29 *Canadian Journal of African Studies* 1 (1995) et H. Bielefeld, « Ein 'von allen Völkern und Nationen zu erreichendes gemeinsames Ideal': der Streit um die Universalität der Menschenrechte », in Amnesty International (ed.), *Menschenrechte im Umbruch: 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*, Neiwied, Luchterhand, 1998 et, bien entendu, le magistral C. Geertz, « Anti Anti-Relativism », in *Available Light: Anthropological Reflections on Philosophical Topics*, op. cit., pp. 42-67.

essentialiste et a-historique de la conception des droits et de la culture qui domine cette doctrine³. Celle-ci appréhende généralement les cultures comme des tous homogènes, harmonieux, consensuels et essentiellement stables. Sans doute, cette conception correspond à la notion de culture telle qu'elle a été théorisée par l'anthropologie à ses débuts⁴. Mais depuis lors, la théorie anthropologique s'est sensiblement éloignée de cette définition et tend désormais à concevoir les cultures comme « historically produced, globally interconnected, internally contested, and marked with ambiguous boundaries of identity and practice. »⁵ Récemment, la réflexion anthropologique en est même venue à s'interroger sur la pertinence de la notion de « culture » en tant que concept scientifique essentiel de la discipline⁶. D'un autre côté, les éléments constitutifs de la « culture », tels que l'identité, le rapport à l'autre, les structures normatives, etc., ont été profondément transformés de l'extérieur par l'ensemble des phénomènes sociaux, économiques et politiques englobés sous le terme de mondialisation⁷. Paradoxalement, alors qu'elle a été progressivement désavouée par la théorie anthropologique, l'idée de « culture » conçue comme une vision du monde globale, close et uniforme, a resurgi dans d'autres contextes. Elle est devenue un élément-clé de la rhétorique développée en faveur des revendications des peuples « exotiques », ceux-là mêmes dont l'étude avait conduit les anthropologues à abandonner progressivement cette conception de la culture – une ironie de plus de la (post-)modernité⁸. Ce recyclage de la vieille notion de *Kultur* ne s'est toutefois pas limité aux projets émancipateurs, fondés sur les droits humains, des groupes autochtones ou minoritaires. Nombre de gouvernements s'en sont également saisis ; se posant en garants de la « culture nationale », ils en ont usé et abusé pour légitimer la répression des dissidences internes et justifier la violation des droits fondamentaux. Le débat sur les « valeurs asiatiques » fournit sans doute l'exemple le plus significatif de cette attitude⁹.

³ S. E. Merry, « Changing Rights, Changing Culture », in Jane K. Cowan, Marie-Benedicte Dembour, and Richard A. Wilson (eds.), *Culture and Rights: anthropological perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 35.

⁴ *Idem*, p. 41.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Voy., par exemple, R. Auger, « Against Idealism/Contra Consensus », in 40 *Current Anthropology*, Special Issue supplement « Culture – a second chance ? » (Feb. 1999), S93-S101 ; R. Brightman, « Forget Culture: Replacement, Transcendence, Relexification », in 10 *Cultural Anthropology* 4 (1995), 509-546 ; E. P. Ewing, « The Illusion of Wholeness – culture, self, and the experience of inconsistency », in 18 *Ethos* 3 (Sept. 1991), 251-278 ; J. Kahn, « Culture – demise or resurrection », in 9 *Critique of Anthropology* 2 (1989), 5-25 ; M. Sokefeld, « Debating Self, Identity, and Culture in Anthropology », in 40 *Current Anthropology* 4 (Aug.-Oct. 1999), 417-447.

⁷ Voy., par exemple, J.L. Amselle, P. Harris, A. Spiegel, R.J. Thornton, P. Davison, « Tension within Culture », in 18 *Social Dynamics* 1 (1992), 42-57 ; F. Barth, « The Analysis of Culture in Complex Societies », in 54 *Ethnos* (1989), p. 120 ; L. Bach, N. Glick Schiller, C. Szanton Blanc, *Nations Unbound – transnational projects, postcolonial predicaments, and deterritorialized nation states*, Gordon and Breach, 1993 ; N. G. Canclini, *Hybrid Cultures – strategies for entering and leaving modernity*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1995 ; R. Rosaldo, *Culture and Truth: the remaking of social science*, Boston, Beacon Press, 1989 ; P. Werbner, T. Modood, (eds.), *Debating Cultural Hybridity: Multicultural Identities and the Politics of Anti-Racism*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

⁸ J. Cowan *et al*, *op. cit.*, pp. 9-11.

⁹ On sait en effet que les défenseurs des « valeurs asiatiques » sont, au moins en partie, des représentants des gouvernements chinois ou singapourien. Or, ces deux gouvernements se prévalent volontiers de la défense de la culture nationale pour légitimer la répression de tout mouvement de contestation politique ou sociale, qu'ils accusent d'être le produit de cultures étrangères. Voy. par exemple B. Kausikan, « Asia's Different Standard », *Foreign Policy* vol. 92, 1993, p. 24 ; White Paper on human rights « Human Rights in

On a pu observer par ailleurs, au sein des mouvements en faveur des droits humains, une légère tendance à mettre en avant la « culture » plutôt que les conditions économiques, sociales ou politiques, pour expliquer les violations des droits de l'homme. Or, s'il est crucial d'accorder une plus grande attention aux phénomènes culturels afin de surmonter le réductionnisme économique ou politique qui a caractérisé la période antérieure, le recours à la vieille conception réifiée de la « culture » risque de conduire à un piège analogue, celui du réductionnisme culturel¹⁰.

Les processus à l'origine de la transformation de la notion de culture ont également eu un impact décisif sur le concept de « droits ». Le débat sur l'universalité des droits humains a été largement dominé par la question de savoir si les valeurs et la vision du monde sous-jacentes aux droits humains pouvaient ou non transcender les barrières culturelles. Or, cette interrogation est aujourd'hui dépassée : le discours des droits humains est, *de fait*, mondialisé. Indépendamment du caractère vrai ou postulé des fondements moraux de ce concept, de sa contingence historique, des significations concrètes qu'il reçoit dans différents contextes socioculturels, le langage des droits de l'homme est devenu, selon l'expression de Richard Rorty, « un fait du monde » (*a fact of the world*)¹¹. Mais ce *fait global* n'a pas de sens par lui-même, il n'acquiert de signification qu'à travers les utilisations qui en sont faites dans des contextes culturels locaux. Le concept de « droit humain » peut être décrit comme un « signifiant vide »¹², constamment, mais toujours provisoirement, empli de signifiés locaux. Cette approche se distingue d'un certain relativisme culturel, selon lequel ce n'est qu'en fonction de la culture considérée, conçue de façon rigide et essentialiste, que l'on pourrait dire s'il existe des droits humains et lesquels. Les significations dont sont pourvus les droits humains doivent, au contraire, être pensés comme le résultat d'une interaction complexe entre discours globaux et locaux, qui n'est contrôlée par aucune volonté, ne poursuit aucun objectif, mais constitue un processus autonome, alimenté par une multitude d'apports différents. Les interactions entre les niveaux institutionnels, les forums discursifs informels et les pratiques provisoirement cristallisées mais toujours susceptibles de remise en cause, redéfinissent en permanence les configurations culturelles locales, tout en rejaillissant sur le système global des droits humains, le contraignant à s'adapter et à assimiler une diversité croissante de revendications¹³. Le global et le local s'enchevêtrent ainsi dans une spirale

China », publié par l'*Information Office of the State Council*, Beijing, 1991, reproduit dans P. Alston and H. Steiner, *International Human Rights In Context*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 547-549. Pour une analyse critique de ce débat, voy. O. De Schutter, « Universalité des Droits de l'Homme et mondialisation : la question des « valeurs asiatiques » », in Th. Marrès et Paul Servais (éd.), *Droits humains et valeurs asiatiques. Un dialogue possible ?*, Rencontre Orient-Occident, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2002, pp. 23-43 ; E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London, 2001 et Y. Ghai, « Human Rights and Governance: the Asia debate », in *Australian Yearbook of International Law*, vol. 15, no.1, 1994, p. 5.

¹⁰ J. Cowan *et al*, *op. cit.*, pp. 7 et s.

¹¹ R. Rorty, cité par R. Mullerson in *Human Rights Diplomacy*, London, Macmillan, 1997; également cité par A. G. MacGrew, « Human Rights in a Global Age: coming to terms with globalisation », in Tony Evans (ed.), *Human Rights Fifty Years On – A Reappraisal*, Manchester, Manchester University Press, 1998.

¹² On se réfère ici au concept élaboré par Ernesto Laclau et Chantal Mouffe in *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, London/NY, Verso, 1986.

¹³ S. E. Merry, *op. cit.*, p. 49

de rétroactions mutuelles¹⁴. Dans cette optique, les droits de l'homme se présentent non plus comme le reflet figé des traits supposés essentiels de l'être humain, mais comme un processus auto-reproductif, au cours duquel ils sont constamment interprétés et réinterprétés, contestés et transformés par une myriade d'acteurs évoluant dans des contextes multiples¹⁵.

Dès lors qu'on redéfinit la culture comme un réseau fluide et multiforme de significations, et les droits humains comme un kaléidoscope de données hybrides, à la fois locales et globales, en perpétuelle rotation¹⁶, on aperçoit la possibilité d'un dépassement de la dichotomie supposée entre ces deux termes. En effet, la tension entre ceux-ci n'apparaît plus comme un conflit irréductible exigeant une solution tranchée en faveur de l'un ou de l'autre, mais comme un élément inhérent au discours des droits humains¹⁷.

Dans les pages qui suivent, nous proposons d'illustrer ces considérations par l'analyse d'un ensemble d'affaires puisées dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mise en place en 1959 dans le cadre du Conseil de l'Europe, en application de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), la Cour est, parmi les juridictions internationales, celle qui a la plus longue expérience en matière d'application des droits humains. Elle connaît des recours introduits non seulement par les Etats parties, mais également par des individus (particuliers, groupes de particuliers ou organisations non gouvernementales) qui se déclarent victimes d'une violation d'un droit protégé par la Convention imputable à un Etat membre¹⁸. En pratique, la grande majorité des recours sont de ce second type. La

¹⁴ Cette approche s'inscrit dans la logique du paradigme du « droit en réseau » dont François Ost et Michel van de Kerchove ont décrit l'émergence dans leur ouvrage *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002. L'image de la « spirale » est empruntée à ces auteurs, qui l'utilisent dans leur analyse du processus d'interprétation des textes : « Tout se passe comme si un rapport d'auto-engendrement s'établissait entre texte, auteur et lecteur, quelque chose comme une auto-transcendance au terme de laquelle le texte est produit par l'auteur et le lecteur, en même temps qu'il contribue lui-même à les produire. Dans la tradition herméneutique, ces paradoxes sont représentés par la figure du cercle (herméneutique) ; une telle circularité n'apparaîtra ni vicieuse ni stérile à la condition de se la représenter sur le mode de l'ouverture : une spirale, en somme, plutôt qu'un cercle. Ainsi peuvent être pensées à la fois l'ouverture toujours possible de l'interprétation [...] et sa nécessaire inscription dans l'ordre de l'*intentio operis*. » (*op. cit.*, pp. 405-406).

¹⁵ Dans le même sens, voy. Nader Chokr, « Human Rights: Beyond Universalism and Cultural Relativism – Toward a Contextual, Dynamic, and Cross-cultural Approach », 1999, p. 27, article diffusé sur Internet, à l'adresse suivante : <http://www.rd-inc.com/HumanRights.doc>.

¹⁶ Sur l'idée d'hybridation du local et du global, voy. en particulier James Clifford, *The Predicament of Culture: Twentieth Century Anthropology, Literature, and Art*, Cambridge, Harvard University Press, 1988 et Homi Bhabha, *The Location of Culture*, New York, Routledge, 1994.

¹⁷ En ce sens, J. Cowan *et al*, *op. cit.*, p. 6. Comp. avec les critiques de Ch. Eberhard vis-à-vis du « paradigme universalisme/relativisme » : *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris, Editions des Ecrivains, 2002, pp. 100-114.

¹⁸ Art. 33 et 34 de la Convention. Dans le texte initial de la Convention, la possibilité pour les individus d'introduire des requêtes devant la Cour était subordonnée à une déclaration en ce sens des Etats signataires. Le droit de recours individuel ne pouvait être invoqué qu'à l'encontre des Etats qui l'avaient

Cour peut dès lors être appréhendée comme l'un des espaces institutionnels où s'observent les interactions entre un niveau « global » - les droits garantis sur le plan international par le système de la Convention – et les niveaux « locaux » représentés par les contextes nationaux et infra-nationaux. L'examen de cette jurisprudence montre par ailleurs que la question de l'incidence des différences culturelles sur l'application des droits humains ne se pose pas seulement lorsqu'on oppose les pays du « Sud » aux pays du « Nord » ou l'Occident au reste du monde, mais se présente également dans le contexte européen, considéré comme le berceau historique du concept de droits.

II. La Cour européenne des droits de l'homme face à la diversité culturelle

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne contient aucune référence à la notion de « diversité culturelle »¹⁹. Les Etats signataires insistent plutôt sur les similarités qui les unissent, proclamant dans le Préambule, qu'ils sont « animés d'un même esprit » et possèdent « un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit »²⁰. Cette communauté de valeurs et d'idéaux est mise en avant pour justifier la décision d'instituer un système commun de garantie des droits de l'homme. D'un autre côté, ce même préambule proclame que « la sauvegarde et le développement des droits de l'homme » est l'un des moyens d'atteindre le but du Conseil de l'Europe, à savoir la réalisation d'une « union plus étroite entre ses membres »²¹. La Convention oscille ainsi entre l'idée d'une unité préexistante, précondition du système, et celle d'une union à construire. Entre ces deux horizons, une incertitude demeure : quel peut être l'impact des différences culturelles actuelles, entre les Etats ou au sein des Etats, sur la mise en œuvre des droits ?

On peut supposer que dans l'esprit des « pères fondateurs » de la Convention, cette question n'avait pas lieu de se poser : il est permis de penser qu'à leurs yeux, les considérations culturelles n'avaient pas leur place dans le champ des droits humains. La Convention ne contient d'ailleurs pas davantage de disposition garantissant aux membres des minorités ethniques ou nationales, religieuses ou linguistiques le droit de préserver leurs particularités culturelles²². En pratique pourtant, la Cour a été, dès ses débuts,

reconnu. Mais cette reconnaissance est devenue obligatoire en application du protocole n°11 à la Convention, qui réforme l'ensemble des mécanismes de contrôle de la Convention.

¹⁹ Soulignons que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, comporte, quant à elle, un article 22 qui énonce : « l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ».

²⁰ Préambule, 5ème paragraphe.

²¹ *Id.*, 3ème paragraphe.

²² Contrairement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1966, qui contient un article 27 aux termes duquel, « [d]ans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ». Dans la Convention, la notion d'appartenance à une « minorité nationale » n'est mentionnée qu'à l'article 14, parmi les critères prohibés de discrimination dans la jouissance des droits garantis. Sur la question des minorités dans les travaux préparatoires de la Convention, voy. Ch. Hillgruber et M. Jestaedt, *The European Convention on Human Rights and the*

confrontée au problème des variations de traditions, de sensibilités ou de mentalités d'un Etat à l'autre mais aussi entre diverses composantes de la population au sein d'un même Etat²³. Dans plusieurs affaires, on voit en effet l'une des parties à l'instance demander à la Cour de tenir compte, dans l'application de la Convention aux faits de l'espèce, de certaines spécificités culturelles : tantôt l'Etat mis en cause se prévaut des particularités de la société qu'il représentait pour justifier une mesure contestée, tantôt un requérant soutient que des entraves subies dans la pratique de sa langue, de sa religion ou de ses traditions constituent une violation d'un droit garanti. Or, contrairement à ce que le texte de la Convention pouvait laisser à penser, la Cour n'a pas systématiquement écarté ce type d'arguments. Dans de nombreux cas, elle a admis que, compte tenu des circonstances, les caractéristiques culturelles propres à l'Etat, à la région ou à une communauté constituaient un élément pertinent à prendre en considération pour apprécier l'existence d'une violation de la Convention²⁴.

Un examen attentif de la jurisprudence permet de constater que l'influence des éléments culturels sur les arrêts de la Cour s'exerce principalement sous trois formes différentes. Tout d'abord, le constat du caractère « culturellement sensible » d'une affaire amène souvent la Cour à reconnaître aux Etats une large *marge nationale d'appréciation*. De cette manière, les circonstances d'ordre culturel affectent l'intensité du contrôle de la Cour. (1). Ensuite, lorsqu'elle *contrôle la proportionnalité* d'une mesure limitative d'un droit ou d'une liberté, les circonstances culturelles peuvent influencer le poids relatif attribué aux divers impératifs pris en compte dans le processus de pondération des intérêts (2). Enfin, les facteurs culturels peuvent avoir une incidence sur *l'interprétation de certains termes* utilisés dans la Convention et dotés d'une dimension socioculturelle manifeste, tels que « famille »²⁵ ou « mariage »²⁶. Lorsqu'elle interprète ces termes, la Cour prend parfois explicitement en considération les caractéristiques culturelles de la société dans laquelle les faits ont eu lieu ou, plus rarement, de la communauté à laquelle appartient le requérant (3). C'est à l'étude du fonctionnement de ces différents mécanismes que nous allons consacrer les pages qui suivent. Il importe de préciser que cet examen a une visée purement analytique et non normative : notre objectif n'est pas

Protection of National Minorities, Cologne, Verlag Wissenschaft und Politik, 1994, pp. 13-21 et H. Lannung, « The Rights of Minorities », in *Mélanges offerts à Polys Modinos – Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, pp. 181-195.

²³ Le nombre d'Etats parties à la Convention a considérablement augmenté au cours des années. En avril 2004, il s'élevait à 45 : l'Albanie, l'Allemagne, Andorre, l'Arménie, l'Autriche, l'Azerbaïdjan, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, l'Estonie, l'Ex-République yougoslave de Macédoine, le Danemark, la Finlande, la France, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldavie, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, Saint-Marin, la Serbie-Monténégro, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine.

²⁴ Dans l'une des premières affaires dont elle a eu à connaître, la Cour affirme ainsi qu'en recherchant s'il y a eu violation de la Convention, elle ne peut 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 ». (Cour eur. dr. h., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, arrêt du 23 juillet 1968, Série A, n°6, I, B, §10). Tous les arrêts de la Cour peuvent être consultés sur Internet, à l'adresse suivante : <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

²⁵ Art. 8 et 12 de la Convention.

²⁶ Art. 12 de la Convention.

d'évaluer le bien-fondé des solutions adoptées par la Cour, mais d'analyser la manière dont les facteurs culturels interagissent avec le concept de droits dans cette jurisprudence.

1. La marge nationale d'appréciation

La « marge d'appréciation » est une notion développée par la Cour dans sa pratique jurisprudentielle, qui signifie en substance que les Etats se voient reconnaître, dans certains contextes, une latitude plus ou moins importante pour apprécier le contenu de leurs obligations aux termes de la Convention. H. C. Yourow la définit comme « the latitude of deference or error which the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies before it is prepared to declare a national derogation from the Convention, or restriction or limitation upon a right guaranteed by the Convention, to constitute a violation of one of the Convention's substantive guaranties »²⁷. C'est donc une forme de retenue ou d'autolimitation de la part de la Cour²⁸, de *judicial restraint*²⁹, qui introduit une « élasticité dans la contrainte imposée aux Etats »³⁰.

Bien qu'elle soit souvent associée à l'idée de respect de la diversité culturelle³¹, elle n'a pas été conçue comme un moyen de préserver cette diversité³². Les fondements de la marge d'appréciation ont été formulés par la Cour à l'occasion de l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*³³. Elle repose tout d'abord sur le caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie, du mécanisme de contrôle instauré par la Convention. Intervenant toujours *a posteriori*, la Cour ne peut ignorer l'appréciation portée par les

²⁷ H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague/Boston/London, Kluwer Law International, 1996, p. 13.

²⁸ A.-D. Olinga et C. Picheral, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 567-604, p. 569.

²⁹ G. van der Meersch, « Le caractère « autonome » des termes et la « marge d'appréciation » des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », in F. Matscher and H. Petzold (eds), *Protecting Human Rights : the European Dimensions – Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Koln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, pp. 201-220, p. 210.

³⁰ A.-D. Olinga et C. Picheral, *op. cit.*, p. 567.

³¹ Voy. en particulier E. Brems, *op. cit.*, pp. 357-422 ; D. L. Donoho, « Autonomy, Self-Governance, and the Margin of Appreciation: Developing a Jurisprudence of Diversity Within Universal Human Rights », 15 *Emory Int'l L. Rev.*, Fall 2001, pp. 391-466 ; P. Mahoney, « Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism ? », *H.R.L.J.*, vol. 19, No. 1, 1998, pp. 1-6 ; M. Delmas-Marty, « Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels) » in P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite" (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 81-92 ; E. Kastanas, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996 et Ph. Alston, « The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights », in Ph. Alston (ed.), *The Best Interest of the Child. Reconciling Culture and Human Rights*, Unicef, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1994, pp. 1-25, p. 20.

³² En ce sens, S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 500 et J. Schokkenbroeck, « The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights - General Report », *H.R.L.J.*, Vol. 19, No. 1, 1998, pp. 30-36, p. 36.

³³ Cour eur. dr. h., *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976.

autorités nationales quant aux exigences de la Convention dans le cas d'espèce³⁴. Cette explication est cependant insuffisante. Car comme le souligne S. Van Drooghenbroeck, la subsidiarité est une caractéristique générale du contrôle de la Cour, elle s'applique indifféremment à tous les litiges. La marge d'appréciation, en revanche, n'est reconnue aux Etats que dans certaines circonstances et son amplitude varie d'une affaire à l'autre. La justification principale de cette technique jurisprudentielle réside dès lors dans la seconde raison avancée par la Cour³⁵ : les autorités nationales lui paraissent dans certains contextes *mieux placées* pour apprécier la manière dont il convient de répondre aux exigences de la Convention³⁶.

Diverses circonstances peuvent conduire la Cour à ce constat. C'est le cas en particulier lorsque la mise en œuvre d'une notion de la Convention requiert l'application d'un jugement de valeur sur certains faits et que la Cour ne trouve pas de critère clair, ni dans le texte de la Convention, ni dans la pratique des Etats membres, sur lequel fonder sa propre évaluation. Ainsi, dans l'affaire *Handyside*, étaient en cause les procédures engagées contre le requérant en tant qu'éditeur d'un manuel de conseils destiné aux adolescents (*The Little Red Schoolbook*), incluant des informations sur la sexualité et qui avait été qualifié par les autorités de « publication obscène ». Ces procédures avaient abouti à la saisie et à la confiscation de l'ouvrage ainsi qu'à la condamnation du requérant à une amende. La Cour était appelée à déterminer si, comme le soutenait le gouvernement, ces mesures pouvaient être considérées comme nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la *morale*, l'un des motifs légitimes de limitation énoncés au deuxième paragraphe de l'article 10³⁷. Or, elle se déclare incapable d'identifier une conception commune de cette notion, qui soit valable pour tous les Etats membres :

« ...on ne peut dégager du droit interne des divers Etats 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'Etat se trouvent en principe

³⁴ Arrêt *Handyside*, § 48. La règle de la subsidiarité du mécanisme de contrôle instauré par la Convention par rapport aux systèmes nationaux, se déduit de trois dispositions de la Convention : l'article 1, aux termes duquel les parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention ; l'article 13, en vertu duquel toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés a droit à un recours effectif devant une instance nationale et l'article 35, selon lequel la Cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes. A ce sujet, voy. not. S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 494.

³⁵ S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, pp. 496-500.

³⁶ Arrêt *Handyside*, § 48.

³⁷ « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. [...]. 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. ».

mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la « nécessité » d'une « restriction » ou « sanction » destinée à y répondre. [...] Dès lors, l'article 10 par. 2 (art. 10-2) réserve aux Etats contractants une marge d'appréciation. »³⁸

Ce célèbre passage de l'arrêt *Handyside* permet de mettre en lumière le lien entre marge d'appréciation et diversité culturelle. Bien que le terme « culturel » ne soit pas utilisé, il apparaît qu'aux yeux des juges, les divergences des droits nationaux en matière de morale reflètent les variations des conceptions de la population de chaque pays ; de l'ethos de chaque société. Face à cette variété d'opinions, les juges européens ne s'estiment pas en mesure de dégager une norme européenne commune, à l'aune de laquelle évaluer les mesures adoptées par les autorités internes. La diversité culturelle constitue dès lors, pour la Cour, *une cause d'incertitude*, qui la contraint à faire preuve d'une plus grande déférence envers l'appréciation des autorités nationales, eu égard à leur meilleure connaissance de la sensibilité et des besoins de leur population³⁹. Par conséquent, « la « diversité » n'apparaît pas tant *valorisée pour elle-même*, qu'*endurée* comme la source d'une impossibilité d'ordre cognitif conduisant le juge européen à devoir s'en remettre au surcroît d'expertise corrélativement reconnu aux autorités étatiques. »⁴⁰

Ce raisonnement reste conciliable avec l'idéal d'unification exprimé dans le préambule de la Convention. Il laisse ouverte la possibilité d'une évolution des conceptions et des législations vers une plus grande similarité, qui permettrait à la Cour de dégager une notion « européenne » des exigences de la morale, sur laquelle elle pourrait faire reposer sa propre appréciation. L'éventualité d'un contrôle plus strict est néanmoins reporté à plus tard et subordonnée à une uniformisation préalable des conceptions.

Dans des arrêts postérieurs toutefois, on observe parfois un glissement dans la manière de formuler le lien entre la nature culturelle des questions en jeu et la marge d'appréciation. L'arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* en fournit un exemple. Le requérant se plaignait de ce que son film vidéo ait été interdit de distribution par les autorités britanniques, en raison de son caractère jugé blasphématoire vis-à-vis des symboles chrétiens⁴¹. Examinant la

³⁸ Arrêt *Handyside*, § 48.

³⁹ S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 509. Comp. avec R. Sapienza, « Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo », *Riv. dir. intern.*, 1991, pp. 571-614. Cet auteur analyse la marge d'appréciation comme la réponse développée par la Cour au problème des « notions indéterminées » dans les systèmes juridiques, c'est-à-dire des expressions utilisées dans un texte juridique, mais dont le sens ne peut être pleinement déterminé qu'en se référant à des éléments extra-juridiques, tels que les circonstances de fait ou des règles sociales.

⁴⁰ S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, p. 500. Voy. également P. 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 3ème millénaire – Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1017-1042, p. 1030.

⁴¹ Déjà dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut*, la Cour avait étendu le raisonnement appliqué dans l'arrêt *Handyside* aux restrictions à la liberté d'expression justifiées par la défense des « sentiments religieux » de la population. Dans l'arrêt *Otto-Preminger* toutefois, la justification était calquée sur celle de l'arrêt *Handyside* : observant qu'« il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme

licité au regard de la Convention de l'ingérence subie par le requérant dans sa liberté d'expression, la Cour affirme :

« une plus grande marge d'appréciation est *généralement* laissée aux Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion. »

Ce n'est que dans un deuxième temps qu'elle ajoute :

« Du reste, comme dans le domaine de la morale, et peut-être à un degré plus important encore, les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à « la protection des droits d'autrui » s'agissant des attaques contre des convictions religieuses. Ce qui est de nature à offenser gravement des personnes d'une certaine croyance religieuse varie fort dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une multiplicité croissante de croyances et de confessions. »⁴²

Alors que dans l'arrêt *Handyside*, c'est l'observation des *variations* des conceptions qui avait conduit la Cour à accorder aux autorités internes une marge discrétionnaire, dans le passage cité ici, c'est le fait que la protection des « sentiments et [des] convictions les plus profonds » d'une population⁴³ soit en jeu, qui apparaît comme le motif premier de la reconnaissance d'une marge d'appréciation étendue. L'absence de standard européen, en revanche, n'est mentionnée qu'à titre d'argument supplémentaire. Les juges semblent donc affirmer dans cet arrêt que les Etats bénéficient, en règle générale, d'une importante marge d'appréciation, dès que le problème posé touche à la sphère morale ou religieuse. Cette position laisse à penser que même si dans l'avenir, ils parvenaient à discerner une norme européenne commune, ils n'en continueraient pas moins de considérer les autorités nationales comme mieux placées pour apprécier les exigences de la Convention lorsque la protection de la morale ou des sentiments religieux est en cause.

En réalité, la Cour n'a pas vraiment tranché entre ces deux approches. On les retrouve au fil de sa jurisprudence, la Cour penchant tantôt pour l'une, tantôt pour l'autre, en fonction des circonstances. Dans les affaires concernant la question du transsexualisme, autre domaine dans lequel la marge d'appréciation a joué un rôle important, la Cour se range clairement du côté de l'approche *Handyside*. Il lui était demandé de déterminer si le refus des autorités de reconnaître juridiquement la nouvelle identité sexuelle des personnes ayant subi une opération de changement de sexe, constituait une violation de leur droit à la vie privée et à la vie familiale garantis à l'article 8 de la Convention. Dans ce contexte, c'est parce qu'elle estime que le transsexualisme soulève « des questions complexes de

de la signification de la religion dans la société », la Cour décide que « les autorités nationales doivent disposer d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer l'existence et l'étendue de la nécessité de pareille ingérence » (Cour eur. dr. h., *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, Série A 295, § 50).

⁴² *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, Recueil 1996-V, vol. 33, § 58, notre accent.

⁴³ *Ibid.*

nature scientifique, juridique, *morale et sociale* » et que celles-ci ne font pas l'objet « d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants »⁴⁴, que la Cour, dans un premier temps, reconnaît aux Etats une ample latitude pour décider du traitement juridique qu'il convient de réserver aux transsexuels opérés. Par la suite, estimant que l'évolution des droits nationaux et des attitudes sociales témoigne clairement de l'émergence d'un consensus en la matière, elle finira par modifier sa position dans ses arrêts du 11 juillet 2002 (voir *infra*). De façon intéressante, on trouve dans certaines des opinions dissidentes jointes à cette série d'arrêts, des références directes à la question de l'incidence de la « culture » ou des « traditions ». Dans l'affaire *Cossey c. Royaume-Uni*, le Juge Mertens, critiquant la décision de la majorité de reconnaître aux Etats une large marge d'appréciation, observe :

« ...rien dans le dossier ne donne à penser que pour ce qui est des rôles sexuels, la *culture* du Royaume-Uni soit essentiellement différente de celle d'autres Etats membres. Il ne s'impose donc pas, pour déterminer si cette attitude de l'Etat en cause est compatible avec ses obligations au titre de la Convention, de prendre en compte des éléments caractéristiques de la société britannique ou d'autres conditions particulières existant au Royaume-Uni. »⁴⁵

Selon le Juge Mertens, la marge d'appréciation n'aurait été justifiée que s'il avait été prouvé que la culture du pays concerné était sensiblement différente sur ce point de celle des autres Etats membres. Le Juge Pettiti, par contre, s'exprimant à l'occasion de l'affaire *B. c. France*, semble adopter la position exactement inverse. Désapprouvant la conclusion de la majorité selon laquelle il y aurait eu en l'espèce violation de l'article 8, il déclare que « [s]'il est un domaine où il faut accorder aux Etats le maximum de marge d'appréciation compte tenu *des moeurs et des traditions*, c'est bien celui du transsexualisme [...]. »⁴⁶. Le Juge Pettiti penche donc pour l'approche *Wingrove*, réclamant une marge d'appréciation maximale au nom de la nature même de la question examinée.

Quoi qu'il en soit, l'octroi d'une marge d'appréciation, même importante, n'induit pas nécessairement une conclusion de non-violation. C'est une « marge de discrétion » qui est reconnue aux Etats, non un « pouvoir discrétionnaire ». Dans l'arrêt *Handyside*, la Cour insiste sur le fait que cette marge n'est pas illimitée et que les mesures prises dans ce cadre restent soumises à son contrôle⁴⁷. Dans l'arrêt *Open Door et Dublin Well Women c. l'Irlande*, elle précise qu'elle « ne saurait admettre que l'Etat possède, dans le

⁴⁴ Cour eur. dr. h., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 juillet 1998, § 58, notre accent. Voy. aussi Cour eur. dr. h., *X, Y et Z c. the Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997, §52.

⁴⁵ Opinion dissidente du Juge Mertens jointe à l'arrêt *Cossey c. the Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, Série A n°184, § 3.6.4, notre accent.

⁴⁶ Opinion dissidente du juge Pettiti jointe à l'arrêt *B. c. France*, du 25 mars 1992, Série A n°232 C, notre accent. Voy. aussi l'opinion dissidente du Juge Pinheiro Farinha : « je crois que la réglementation légale du transsexualisme reste de la compétence de chaque Etat - compte tenu des moeurs et des traditions, bien que les avis des experts médicaux et scientifiques diffèrent » (§9).

⁴⁷ Arrêt *Handyside*, §49.

domaine de la protection de la morale, un pouvoir discrétionnaire absolu et insusceptible de contrôle »⁴⁸. La latitude reconnue aux Etats en vertu de la marge d'appréciation peut donc être contre-balancée par d'autres éléments intervenant dans l'appréciation de la Cour – principalement l'existence d'un consensus européen, la gravité de l'atteinte au droit garanti ou l'importance de la sphère d'activités protégée.

En premier lieu, la marge sera plus réduite, voire absente, lorsque la Cour estime qu'il existe un *consensus européen* sur la question envisagée. C'est la conséquence logique de l'argumentation développée dans l'arrêt *Handyside* : dans la mesure où c'est le constat des divergences entre les Etats membres qui justifie l'octroi d'une marge d'appréciation, celle-ci perd sa raison d'être dès lors qu'une convergence vers un critère commun peut être observée dans le droit et les pratiques de l'ensemble des Etats. Pour dégager un tel consensus, la Cour se fonde avant tout sur des facteurs juridiques – les lois internes des Etats membres, les traités internationaux auxquels ceux-ci ont adhéré, les actes des organisations internationales – mais aussi à des considérations non juridiques, tels que l'opinion publique européenne ou l'avis des experts⁴⁹. Or, ces éléments connaissent des transformations constantes. L'interprétation consensuelle est donc étroitement liée au principe d'interprétation évolutive⁵⁰. La Cour l'a souvent affirmé : « la Convention est un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles »⁵¹. La compréhension des exigences de la Convention peut donc être réexaminée en permanence, en fonction de l'évolution tant des standards juridiques dans les Etats membres que de l'opinion publique. La Cour peut ainsi être amenée à remettre en cause, à raison du changement des mentalités, des solutions anciennement admises parce que conformes aux « traditions » généralement acceptées. Dans l'arrêt *Marckx*, par exemple, elle admet que la distinction entre enfants « naturels » et enfants « légitimes » « passait « pour licite et normal[e] dans beaucoup de pays européens à l'époque où fut rédigée la Convention », mais décide que cette conception doit céder devant l'évolution du droit de la grande majorité des Etats membres et des instruments internationaux pertinents vers

⁴⁸ Cour eur. dr. h., *Open Door et Dublin Well Women c. l'Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, Série A, n°246-A, §68. Sur ce point, voy. S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, pp. 505-506.

⁴⁹ Comme l'ont souligné les commentateurs, la méthode appliquée par la Cour pour établir l'existence d'un tel consensus est toutefois assez approximative. Les juges se livrent rarement à une comparaison approfondie du droit de l'ensemble des Etats parties. (Voy. L. R. Helfer, « Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights », *Cornell Int'l L. J.*, Vol. 26, 1993, pp. 133-165 et T. H. Jones, « The Devaluation of Human Rights Under the European Convention », *Public Law*, 1995, pp. 430-449, p. 440.) Soulignons cependant qu'il ne s'agit pas pour la Cour de calquer l'interprétation de la Convention sur le droit et les pratiques de l'ensemble des Etats membres. Le constat d'un « consensus » émergeant des divers systèmes juridiques nationaux et internationaux, doit plutôt s'analyser comme l'observation par la Cour de tendances générales qui confortent une certaine interprétation de la Convention, contribuant à dissiper ses doutes à cet égard. En d'autres termes, le fait qu'un grand nombre d'Etats parties ait adopté des solutions similaires est considéré par la Cour comme une forte indication de la validité d'une certaine interprétation des exigences de la Convention, qui vient confirmer d'autres arguments en ce sens.

⁵⁰ Voy. F. Rigaux, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 41-62.

⁵¹ Cour eur. dr. h., *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, Série A no. 26, § 31.

l'abolition de cette différenciation⁵². De même, dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, pour conclure que les lois réprimant les relations homosexuelles entre adultes consentants sont contraires à l'article 8 de la Convention, la Cour fait notamment valoir qu'« [o]n comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption de ces lois » et que « dans la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale ; la législation interne y a subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne peut négliger »⁵³.

La jurisprudence sur le transsexualisme, évoquée plus haut, fournit l'une des illustrations les plus frappantes de l'application du principe d'interprétation évolutive. Dès son premier arrêt en la matière, dans l'affaire *Rees*, la Cour avait précisé que la conclusion selon laquelle le refus des autorités britanniques de reconnaître pleinement le changement de sexe des requérants ne portait pas atteinte à leur droit au respect de la vie privée, pourrait être réexaminée dans l'avenir, « eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société »⁵⁴. Après une série d'arrêts confirmant l'absence de violation de l'article 8, la Cour a fini par renverser sa position dans les arrêts *Goodwin* et *I.* du 11 juillet 2002 : considérant que des « éléments clairs et incontestés » démontrent « une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés »⁵⁵. Il est à noter que la Cour se réfère ici à l'évolution du droit et des attitudes sociales dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, mais aussi dans des Etats tiers, comme l'Australie et la Nouvelle-Zélande⁵⁶.

L'existence d'un relatif consensus au niveau européen n'entraîne cependant pas automatiquement la condamnation de l'Etat qui maintiendrait une solution divergente. Dans l'arrêt *F. c. Suisse*, la Cour observe ainsi à propos d'un article du Code civil suisse autorisant le juge à prononcer une interdiction de remariage d'une durée de trois ans à l'encontre d'un époux condamné au divorce pour adultère :

« le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la

⁵² Cour eur. dr. h., *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, § 41. Voy. aussi Cour eur. dr. h., *Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, §§ 42 et 44 et Cour eur. dr. h., *Mazurek c. France*, arrêt du 1 février 2000, §52.

⁵³ Cour eur. dr. h., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 octobre 1981, § 60. Notons que le Juge Walsh, dans son opinion partiellement dissidente, conteste la pertinence de cet argument, en faisant valoir que les pays « qui forment le Conseil de l'Europe [...] embrassent des variétés considérables de cultures et de valeurs morales. » (§16). A ses yeux, étant donné que la majorité de la population d'Irlande du Nord est favorable au maintien des lois réprimant l'homosexualité, l'Etat devrait bénéficier d'une très large marge d'appréciation afin de réglementer la « morale sexuelle » en accord avec « l'éthique de la collectivité » (§§14-15).

⁵⁴ Cour eur. dr. h., *Rees c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 octobre 1986, Série A n°106, § 47.

⁵⁵ Cour eur. dr. h., *Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, §85 et *I. c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, §65.

⁵⁶ Arrêts *Goodwin c. Royaume-Uni*, § 84 et *I. c. Royaume-Uni*, §§ 64.

Convention, surtout dans un domaine - le mariage - aussi étroitement lié *aux traditions culturelles et historiques de chaque société* et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale. »⁵⁷

Après avoir déclaré que l'existence d'un consensus n'était pas déterminant, la Cour conclut néanmoins à la violation de l'article 12, eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de se marier. Elle estime en effet que la mesure litigieuse « a touché à la substance même du droit au mariage [...] »⁵⁸. C'est là le deuxième facteur susceptible de contre-balancer la marge d'appréciation : selon la Cour, les Etats, dans le cadre de la marge qui leur est reconnue, ne peuvent aller jusqu'à porter atteinte à l'*essence* ou à la *substance* du droit protégé⁵⁹.

Enfin, troisième limite de la marge d'appréciation, les juges exercent en principe un contrôle plus strict lorsqu'ils estiment que le droit ou l'activité en cause est d'une importance essentielle pour le bien-être de l'individu ou le bon fonctionnement de la démocratie. Ce critère a notamment été appliqué dans l'arrêt *Dudgeon* précité, où il s'est combiné à l'argument du consensus européen et de la gravité de l'ingérence⁶⁰, pour conduire à un constat de violation. La Cour affirme à cette occasion que « l'étendue de la marge d'appréciation dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu. Or la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 [...], des ingérences des pouvoirs publics »⁶¹.

L'impact de la reconnaissance d'une marge d'appréciation dépend en définitive d'un jeu complexe entre une multiplicité de facteurs dont l'influence varie d'un cas à l'autre : « one factor may reinforce another where both point in the same direction; a factor may

⁵⁷ Cour eur. dr. h., *F. c. Suisse*, arrêt du 18 décembre 1987, Série A 128, § 33, notre accent.

⁵⁸ *Id.*, § 40.

⁵⁹ Ce critère a également été appliqué par la Cour pour marquer la limite de la marge de manœuvre reconnue aux Etats dans le choix des mesures propres à assurer la mise en œuvre de certains droits. Ainsi, dans le cadre du droit à des élections libres, garanti par l'article 3 du 1^{er} protocole additionnel, la Cour reconnaît aux Etats une grande latitude pour établir les règles relatives à l'exercice du droit de vote et d'éligibilité. Soulignant que ces règles varient « en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque Etat », la Cour estime que « toute loi électorale doit toujours s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre. ». Elle précise que cette « marge de manœuvre reconnue à l'Etat est toutefois limitée par l'obligation de respecter le principe fondamental de l'article 3, à savoir « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » » (Cour eur. dr. h., *Podkolzina c. Lettonie*, arrêt du 9 avril 2002, § 33). Dans le même ordre d'idée, à propos du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du protocole additionnel n°1, la Cour remarque que ce droit « appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. Il va de soi qu'une telle réglementation ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention. » (*Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, I, B, § 5, notre accent). Voy. E. Brems, *op. cit.*, pp. 368-371.

⁶⁰ Arrêt *Dudgeon*, § 61.

⁶¹ Arrêt *Dudgeon*, § 52. Voy. aussi les exemples cités par E. Brems, *op. cit.*, p. 367.

also compensate the influence of another factor where they point in opposite directions. »⁶² Plusieurs auteurs ont sévèrement critiqué la méthode de la marge d'appréciation, reprochant à la Cour de ne pas avoir défini de critères clairs qui en déterminent l'usage et l'étendue⁶³. Ce débat dépasse toutefois l'objet de notre analyse. En ce qui concerne les relations entre droits humains et diversité culturelle, la marge d'appréciation peut être vue comme un moyen pour les juges de composer avec les facteurs culturels. Dans cette optique, sa variabilité, son imprévisibilité même peuvent apparaître, jusqu'à un certain point, comme une conséquence inévitable de toute tentative d'appréhension d'un phénomène aussi multiforme, fluctuant et contrasté que la culture. Il faut cependant ajouter que la « culture » susceptible d'entrer en ligne de compte par le biais de la marge d'appréciation, ne reflète que la version qu'en donne l'Etat. Or, cette version est souvent contestée par les requérants. Les deux autres mécanismes, en revanche, vers lesquels nous allons à présent nous tourner, permettent l'intégration d'arguments culturels invoqués par l'Etat mais aussi par les requérants.

2. Le contrôle de proportionnalité

Le principe de proportionnalité connaît de nombreuses applications dans la jurisprudence de la Cour⁶⁴. Mais c'est uniquement dans le contexte des articles 8 à 11 de la Convention que ce principe nous intéresse ici. Ces quatre dispositions autorisent les Etats à apporter des limitations aux droits garantis dans leur premier paragraphe, à condition qu'elles soient prévues par une loi et nécessaires dans une société démocratique à la réalisation de l'un des objectifs légitimes énoncés au second paragraphe. Selon l'interprétation qu'en ont développée les juges européens, la condition de « nécessité dans une société démocratique » implique notamment que la restriction soit *proportionnée* au but légitime poursuivi, c'est-à-dire que dans le choix des moyens utilisés pour réaliser ce but, les autorités doivent avoir ménagé un juste équilibre entre l'importance de l'objectif poursuivi et l'impératif de respect des droits.

A l'instar de la marge d'appréciation, le contrôle de proportionnalité introduit une certaine souplesse dans les standards fixés par la Convention⁶⁵. Il permet à la Cour de mettre en balance l'ensemble des intérêts en présence⁶⁶. Or, parmi ces éléments, peuvent figurer des circonstances d'ordre culturel. En témoigne le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Otto-Preminger-Institute c. Autriche*. En vérifiant le caractère « nécessaire »,

⁶² J. Schokkenbroek, *op. cit.*, p. 35.

⁶³ Voy. not. T. H. Jones, *op. cit.* ; P. Wachsmann, *op. cit.* ; L. R. Helfer, *op. cit.* ; E. Benvenisti, « Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards », *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, Vol. 31, 1999, pp. 843-854.

⁶⁴ Sur l'application du principe de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme, voy. l'étude approfondie de S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*. Sur le principe de proportionnalité plus généralement, voy. F. Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, pp. 431-443 ; O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux – Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen*, Bruxelles, Bruylant, 1999, spéc. pp. 5-43 et P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, t. I, 1992, pp. 49-68.

⁶⁵ E. Brems, *op. cit.*, p. 363. S. Van Drooghenbroeck observe d'ailleurs que la distinction entre « marge d'appréciation » et « contrôle de proportionnalité » n'est pas toujours claire, la Cour tendant à fonder ces deux analyses sur des critères identiques (*op. cit.*, pp. 537-538).

⁶⁶ Van Dijk and Van Hoof, *op. cit.*, p. 537.

au sens de la Convention, de la décision des autorités judiciaires autrichiennes d'interdire la projection d'un film dans un ciné-club du Tyrol, au motif qu'il offenserait les « sentiments religieux » de la population en tournant en dérision les symboles du christianisme, la Cour se montre très sensible aux particularités de la région concernée. Elle affirme en effet ne pas pouvoir « négliger le fait que la religion catholique est celle de l'immense majorité des Tyroliens »⁶⁷. Elle observe en outre que pour conclure que le film constituait « une attaque injurieuse contre la religion catholique romaine », les juridictions autrichiennes se sont fondées sur « la conception du public tyrolien ». C'est donc en considération de la sensibilité religieuse de la population locale – ou à tout le moins de la description qu'en donnent les autorités étatiques – que la Cour estime que la saisie et la confiscation du film, bien qu'elles constituent une ingérence dans la liberté d'expression du requérant, n'étaient pas des moyens disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi, à savoir la protection des droits d'autrui⁶⁸.

Comme pour la marge d'appréciation toutefois, l'influence des éléments culturels sur le contrôle de proportionnalité peut être contre-balançée par d'autres facteurs. Dans l'affaire *Dudgeon*, par exemple, le gouvernement britannique se prévalait des particularités culturelles de l'Irlande du Nord pour justifier le fait que les lois réprimant l'homosexualité aient été maintenues dans cette région, alors qu'elles avaient été abolies dans le reste du pays. La Cour admet la pertinence de cet argument : « Dans un Etat où vivent des communautés culturelles diverses, les autorités compétentes peuvent fort bien se trouver en face d'impératifs divers, tant moraux que sociaux »⁶⁹. Elle concède 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 »⁷⁰. Les autorités nationales pouvaient donc tenir compte du « climat moral de l'Irlande du Nord en matière sexuelle »⁷¹, marqué par l'opposition vigoureuse d'une grande partie de la population à l'abolition des lois en cause. Mais étant donné l'« ampleur et [le] caractère absolu » de l'ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée, eu égard également à la nature du droit en cause et à l'existence d'un consensus européen (voy. *supra*), la Cour conclut que les « restriction imposée à M. Dudgeon en vertu du droit nord-irlandais se révèle [...] disproportionnée aux buts recherchés »⁷².

Dans ces deux affaires, les spécificités culturelles étaient invoquées par les Etats, qui tentaient de convaincre la Cour du caractère proportionné des restrictions apportées à l'exercice de certains droits. Mais il arrive également que des requérants se déclarent victimes d'une violation de l'un des droits garantis par la Convention, en raison des

⁶⁷ Cour eur. dr. h., *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, § 56.

⁶⁸ *Id.*, § 57. Sur cet arrêt, voy. not. les critiques de P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », 6 *R.U.D.H.*, 1994, n°12, 441-449, p. 443 et F. Rigaux, « La liberté d'expression et ses limites », *Rev. Trim. dr. h.*, 1995, 401-415, pp. 408-409.

⁶⁹ Arrêt *Dudgeon*, § 56.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Id.*, § 57.

⁷² *Id.*, § 61.

entraves imposées par l'Etat à l'expression de leur identité culturelle ou religieuse. Le respect de la diversité culturelle est alors invoqué pour étayer la thèse du caractère disproportionné des mesures contestées.

La notion de « société démocratique » joue à cet égard un rôle crucial. D'une manière générale, elle représente aux yeux de la Cour « un élément fondamental de l'ordre public européen » : la Convention toute entière « est destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique »⁷³. Le test de proportionnalité exercé dans le cadre des articles 8 à 11 constitue précisément l'un des aspects du contrôle du caractère « nécessaire dans une société démocratique » d'une mesure de restriction. Par conséquent, c'est à l'aune des exigences d'une « société démocratique », que la Cour doit en principe évaluer le poids à attribuer à chacun des intérêts pris en compte. Or, en précisant le sens de cette notion au fil de sa jurisprudence, la Cour a été amenée à accorder une importance centrale au principe de pluralisme. Elle a commencé par évoquer de façon générale les idées de « pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique » »⁷⁴. Progressivement, elle a accordé une valeur autonome au concept de « pluralisme » : les références à ce principe, considéré isolément, se sont multipliées dans la jurisprudence des années 1990, en particulier dans les affaires concernant des minorités religieuses, ethniques ou culturelles.

Dans des affaires portant sur la liberté religieuse, la Cour a déclaré à plusieurs reprises que le pluralisme était « consubstantiel » à la notion de société démocratique⁷⁵. Dans l'arrêt *Eglise métropolitaine de Bessarabie c. Moldavie* du 13 décembre 2001, elle énonce explicitement les conséquences qui en résultent pour le contrôle de proportionnalité. Les autorités moldaves refusaient de reconnaître l'Eglise métropolitaine de Bessarabie, qu'elles accusaient d'être une formation schismatique de l'Eglise métropolitaine de Moldavie. Faute de reconnaissance, cette Eglise était, en vertu du droit moldave, empêchée d'exercer ses activités. Il y avait donc ingérence dans sa liberté religieuse. Examinant la licéité de cette ingérence, la Cour déclare qu'est en jeu dans cette affaire « la nécessité de maintenir un véritable pluralisme religieux, inhérent à la notion de société démocratique. » Et elle ajoute : « il convient d'accorder un grand poids à cette nécessité lorsqu'il s'agit de déterminer, comme l'exige le paragraphe 2 de l'article 9, si l'ingérence répond à un « besoin social impérieux » et si elle est « proportionnée au

⁷³ Cour eur. dr. h. (Grande Chambre), *Gorzeli c. Pologne*, arrêt du 17 février 2004, § 53. Voy. aussi Cour eur. dr. h., *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, Recueil 1998-I, pp. 21-22, § 45 et Cour eur. dr. h. (Grande Chambre), *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, arrêt du 13 février 2003, § 86.

⁷⁴ Arrêt *Handyside*, § 49. Dans un arrêt ultérieur, elle ajoute en déduit que « la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante » (Cour eur. dr. h., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, *Série A* n°44, §63).

⁷⁵ Cour eur. dr. h., *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, § 31. Voy. aussi not. Cour eur. dr. h., arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, § 81 ; *Eglise métropolitaine de Bessarabie c. Moldavie*, arrêt du 13 décembre 2001, § 114 ; *Agga c. Grèce*, arrêt du 17 octobre 2002, §56 ; *Hasan et Chaush c. Bulgarie*, arrêt du 26 octobre 2000, § 60 ; *Serif c. Grèce*, arrêt du 14 décembre 1999, § 49.

but légitime visé »⁷⁶. Elle conclut que le refus de reconnaître l'Eglise requérante a des conséquences telles pour la liberté religieuse des requérants « qu'il ne saurait passer pour proportionné au but légitime poursuivi, ni, partant, pour nécessaire dans une société démocratique »⁷⁷. Il apparaît ainsi que lorsqu'une mesure de restriction a pour effet de porter atteinte au pluralisme, elle doit être justifiée par des raisons particulièrement fortes pour être considérée comme proportionnée au but poursuivi.

Les litiges impliquant des minorités nationales ou culturelles ont fourni à la Cour un autre terrain propice au développement du principe de pluralisme. Dans l'arrêt *Gorzelik et autres c. Pologne* du 17 février 2004, la Cour, réunie en Grande Chambre⁷⁸, consacre plusieurs paragraphes à exposer le sens de ce principe et ses liens avec la notion de démocratie⁷⁹. Elle souligne que le pluralisme ne concerne pas seulement l'expression et l'échange d'idées en matière politique :

« [il] repose aussi sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques. Une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale. »⁸⁰

Citant le préambule de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, elle ajoute qu'« une société pluraliste et véritablement démocratique doit non seulement respecter l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de toute personne appartenant à une minorité nationale, mais également créer des conditions propres à permettre d'exprimer, de préserver et développer cette identité »⁸¹. En l'espèce, elle conclut toutefois à l'absence de violation. Les requérants alléguaient qu'en refusant d'enregistrer leur association dénommée « l'Union des personnes de nationalité silésienne », les autorités polonaises avaient porté atteinte à leur droit à la liberté d'association garanti à l'article 11. Selon ses statuts, cette association avait pour but de rétablir et promouvoir la culture silésienne. Mais le gouvernement faisait valoir, pour sa défense, que l'article 30 des statuts, en qualifiant l'association d'« organisation de la minorité nationale silésienne », laissait entendre que les requérants tentaient en réalité d'obtenir, par le biais de la procédure d'enregistrement, la reconnaissance implicite de la qualité de « minorité nationale », ce qui leur aurait permis de bénéficier des droits attachés à ce statut par la loi électorale. Il affirmait que les requérants auraient pu obtenir l'enregistrement de leur association s'ils avaient accepté de modifier l'article litigieux, ce

⁷⁶ Arrêt *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, § 119. Elle affirme d'autre part devoir également tenir compte de cette nécessité pour « délimiter l'ampleur de la marge d'appréciation en l'espèce » (*ibid*).

⁷⁷ *Id.*, § 130.

⁷⁸ Le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre a été demandé par les requérants, en application de la procédure prévue à l'article 43 de la Convention, après l'arrêt du 20 décembre 2001 rendu par une chambre de 7 juges.

⁷⁹ Cour eur. dr. h. (Grande Chambre), *Gorzelik et autres c. Pologne*, arrêt du 17 février 2004, §§ 53-57.

⁸⁰ *Id.*, § 56.

⁸¹ *Id.*, § 57. Voy. aussi Cour. eur. dr. h., *Chapman c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 2001, § 93.

qu'ils avaient refusé. Compte tenu des particularités du droit polonais, la Cour juge cette explication convaincante : le refus ne constituait pas « une mesure générale et absolue dirigée contre les buts culturels et pratiques » de l'association mais visait uniquement « à contrer un abus particulier ». Dès lors, la restriction au droit des requérants à la liberté d'association « n'a en aucun cas constitué un déni de l'identité ethnique et culturelle distinctive des Silésiens ou méconnu le but premier de l'association » et lui paraît proportionnée au but poursuivi⁸².

3. L'interprétation de certains termes définissant l'objet de la protection

Troisième cas de figure, les facteurs culturels peuvent entrer en ligne de compte dans l'interprétation de certains termes utilisés dans la Convention. Dans la plupart des affaires, l'arrière-plan culturel qui conditionne la lecture de la Convention par les juges reste bien entendu implicite. Mais dans certains cas, la Cour a été amenée à discuter explicitement de l'incidence de certaines spécificités culturelles propres au pays ou aux individus concernés, sur le sens de certaines notions, en particulier celle de « vie familiale » et, de façon plus inattendue, celle de « traitement dégradant ».

Selon l'article 3 de la Convention, « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Cette prohibition a en principe un caractère absolu, aucune limitation ni dérogation n'est permise, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation⁸³. Il n'est pas toujours aisé cependant de déterminer si une peine ou un traitement peut être qualifié de « dégradant » au sens de l'article 3. Suivant la Cour, l'appréciation du seuil de gravité qu'un mauvais traitement doit atteindre pour entrer dans le champ de l'article 3 « est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc. »⁸⁴. La qualification de « dégradant » peut aussi être fonction de la manière dont le traitement est perçu, par la personne qui en est victime ou par la société environnante. Cette question a été soulevée dans l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*. Le gouvernement britannique soutenait que l'usage de châtiments judiciaires corporels à l'encontre des jeunes délinquants sur l'île de Man ne pouvait être considéré comme un traitement dégradant car il ne choquait pas « l'opinion publique locale »⁸⁵. La Cour rejette cet argument :

⁸² *Id.*, § 69. Comp. avec Cour eur. dr. h., *Stankov et the United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgarie*, arrêt du 2 octobre 2001, §§ 88-89 et *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, arrêt du 10 juillet 1998, Recueil 1998-IV, §44. Voy. aussi l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres*, § 57. Sur la jurisprudence récente de la Cour en matière de minorités, voy. R. Medda-Windischer, « The European Court of Human Rights and Minority Rights », *Journal of European Integration*, sept. 2003, vol. 25(3), pp. 249-271 ; F. Benoît-Rohmer, « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », 51 *Rev. Trim. dr. h.*, 2002, pp. 563-586 ; G. Gilbert, « The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights », 24 *H.R.Q.*, 2002, pp. 736-780 et K. Henrard, *Devising an Adequate System of Minority Protection – Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 56-146.

⁸³ Article 15 (2) de la Convention.

⁸⁴ Cour eur. dr. h., *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, § 162.

⁸⁵ Cour eur. dr. h., *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, Série A no. 26, § 31.

« à supposer même que celle-ci puisse avoir une incidence sur l'interprétation du concept de « peine dégradante » [...] la Cour ne considère pas comme établi que les habitants de l'île favorables au maintien de ce châtiment ne le jugent pas dégradant : l'une des raisons pour lesquelles ils y voient un moyen efficace de dissuasion réside peut-être précisément dans son aspect dégradant. »⁸⁶

Il apparaît dans ce passage que si la Cour écarte l'argument, c'est qu'elle l'estime non étayé par les faits : il n'est pas avéré que la population de l'île ne considère pas les punitions corporelles comme dégradantes. Elle laisse donc ouverte la question de savoir si, au cas où la population aurait réellement considéré le traitement comme « non dégradant », cet élément aurait pu avoir une incidence sur sa propre appréciation. L'arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* semble y répondre par l'affirmative. Appelée à déterminer si l'usage des châtiments corporels dans les écoles écossaises était contraire à l'article 3, la Cour souligne que ceux-ci « correspondent à une tradition dans les écoles écossaises » et qu'« une forte majorité des parents y semble d'ailleurs favorable ». Toute en précisant que « la menace d'une mesure donnée ne sort pas de la catégorie du « dégradant », au sens de l'article 3 [...] par cela seul qu'il s'agit d'une mesure consacrée par un long usage, voire en général approuvée [...] », elle conclut que, « eu égard notamment à la situation existant ainsi en Ecosse », il n'est pas établi « que les élèves d'une école où l'on recourt à de telles punitions soient en raison du simple risque d'en subir une, humiliés ou avilis aux yeux d'autrui au degré voulu ou à un degré quelconque »⁸⁷.

La notion de « famille » apparaît à l'article 12, qui consacre le droit « de se marier et de fonder une famille », mais c'est surtout dans le contexte de l'article 8, qui garantit le droit au respect de la « vie familiale », que les problèmes d'interprétation se sont présentés. Il arrive régulièrement, lorsque le droit au respect de la vie familiale est invoqué, que les Etats contestent l'existence même d'une « vie familiale » entre les requérants, leur déniaient par conséquent la possibilité de se prévaloir de ce droit. Dans cette optique, ils se réfèrent souvent à une conception « traditionnelle » de la famille. Les requérants, de leur côté, défendent une interprétation large de cette notion, se prévalant des « pratiques sociales » réelles. La Cour a adopté une position souple, s'efforçant d'interpréter la notion de famille en fonction de l'évolution des mœurs dans les sociétés européennes⁸⁸. Elle considère en effet que « l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique. »⁸⁹ Elle a commencé par affirmer, dans l'arrêt *Marckx*, que le concept de « vie familiale » visé à l'article 8 n'était pas limité à la

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Cour eur. dr. h., *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 février 1982, § 29. L'usage des châtiments corporels fut néanmoins jugé contraire à l'article 2 du Protocole 1, en vertu duquel, lorsqu'il assume ses responsabilités en matière d'éducation et d'instruction, l'Etat doit respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents.

⁸⁸ D. J. Harris, M. O'Boyle, and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 312-313.

⁸⁹ *Mazurek c. France*, § 52.

famille fondée sur le mariage mais valait également pour la famille « naturelle »⁹⁰. Elle a par la suite précisé que les liens familiaux incluaient des relations de couple stables lorsque les parties vivent ensemble, sans toutefois que la cohabitation soit une exigence stricte⁹¹. Elle a également admis qu'une femme, un transsexuel femme-homme avec lequel elle vivait en couple, et un enfant né par insémination artificielle constituaient une famille *de facto*⁹². Refusant toute définition formelle et rigide de la notion de famille, la Cour considère que l'existence d'une « vie familiale » doit s'apprécier en fonction des faits de l'espèce, en tenant compte d'un ensemble de circonstances⁹³.

La notion de vie familiale a connu un développement intéressant sur un autre plan. La Cour a parfois été amenée à prendre en compte les traditions non plus de la société en général, mais d'un groupe culturel spécifique auquel appartenaient les requérants. C'est surtout dans les affaires ayant trait au mode de vie tsigane que ce cas de figure s'est présenté⁹⁴. Les requérants se plaignaient d'être empêchés, en vertu du droit britannique, de vivre en caravane conformément à leurs traditions. Or, dans l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, pour déterminer si, comme le soutenait la requérante, les mesures contestées affectaient non seulement son droit au respect de son domicile mais également au respect de sa vie privée et de sa vie familiale, la Cour accepte de tenir compte de la signification particulière de la vie en caravane pour une personne appartenant à la communauté rom :

« La Cour considère que la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité tsigane de la requérante car cela s'inscrit dans la longue tradition du voyage suivie par la minorité à laquelle elle appartient. [...] Des mesures portant sur le stationnement des caravanes de la requérante n'ont donc pas seulement des conséquences sur son droit au respect de son domicile, mais influent aussi sur sa faculté de conserver son identité tsigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition »⁹⁵.

⁹⁰ *Marckx c. Belgique*, § 31.

⁹¹ Voy. Cour eur. dr. h., *Keegan c. Irlande*, arrêt du 26 mai 1994, §44. Voy. aussi Cour eur. dr. h., *Kroon et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1994, Série A, n°297-C, § 29.

⁹² Cour eur. dr. h., *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 juin 1995, §36.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Voy. toutefois Comm. eur. dr. h., *G. et E. c. Norvège*, requêtes n°9278/81 & 9415/81, décision du 3 octobre 1983, D.R. 35, 30 (concernant le mode de vie traditionnel des Saamis ou Lapons en Norvège) et Cour eur. dr. h., *Noack et autre c. Allemagne*, décision du 25 mai 2000 (concernant des membres de la minorité sorabe en Allemagne).

⁹⁵ Cour eur. dr. h., *Chapman c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 2001, §73. Voy. aussi *Lee c. Royaume-Uni*, *Coaster c. Royaume-Uni*, *Beard c. Royaume-Uni*, *Jane Smith c. Royaume-Uni*, arrêts du 18 janvier 2001. Cette position représente un changement capital par rapport à l'attitude adoptée par la Cour dans l'arrêt *Buckley c. Royaume-Uni*, du 25 septembre 1996, qui portait sur des faits semblables. La Cour, dans cette affaire, avait refusé de tenir compte de la situation particulière de la requérante en tant que Tsigane vivant de manière traditionnelle. Elle s'était contentée de constater qu'était en jeu le droit de la requérante au respect de son domicile, estimant « inutile de décider si l'affaire concerne également le droit de l'intéressée au respect de sa « vie privée et familiale » » (§ 55). Voy. à ce sujet O. De Schutter, « Le droit au mode de vie tsigane devant la Cour européenne des droits de l'homme : droits culturels, droits des minorités, discrimination positive », *Rev. Trim. dr. h.*, 1997, pp. 64-93, spéc. pp. 75-77.

L'interprétation de la notion de « vie familiale » ne représente toutefois qu'une première étape dans l'analyse de la Cour : la souplesse de son approche à cet égard n'implique pas que l'issue de l'affaire sera nécessairement favorable au requérant. Ainsi, dans les affaires concernant le mode de vie tsigane, après avoir admis que les mesures étatiques entravant la vie en caravane constituaient une ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, la Cour a néanmoins estimé que cette restriction aux droits des requérants satisfaisaient aux conditions de licéité fixées par la Convention.

Conclusion

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que nous venons d'examiner brise avec l'idée classique d'une opposition radicale entre respect des droits de l'homme et respect des différences culturelles. Appliquer les droits énoncés dans la Convention ne consiste pas nécessairement à imposer des solutions uniformes et invariables, en ignorant les facteurs culturels. A l'inverse, la prise en considération de certaines spécificités culturelles ne signifie pas forcément que l'on subordonne l'interprétation de la Convention aux particularismes nationaux, régionaux ou communautaires et que l'on dévalue les standards de protection.

Les choses sont plus complexes : les facteurs culturels ont, dans certaines affaires, une influence sur les raisonnements de la Cour. Mais cette influence varie de plusieurs points de vue. Elle peut porter sur différents moments du raisonnement : sur la détermination de la marge d'appréciation laissée aux Etats, sur le contrôle de proportionnalité ou encore sur l'interprétation de certains termes de la Convention. D'autre part, l'impact des considérations culturelles dépend de l'incidence des autres éléments pris en considération. Ils constituent un facteur contextuel parmi d'autres, auquel la Cour a parfois égard pour apprécier la compatibilité d'une mesure avec la Convention, mais auquel elle n'accorde aucune prééminence de principe. Quant à savoir dans quel sens ces éléments orientent l'appréciation de la Cour, on constate là aussi des variations d'une espèce à l'autre : si dans certains cas ils sont de nature à justifier des restrictions à un droit garanti par la Convention, dans d'autres, au contraire, ils sont invoqués par les requérants pour étayer l'allégation de méconnaissance d'un droit protégé.

L'étude de cette jurisprudence conduit en outre à remettre partiellement en question la corrélation souvent établie entre droits de l'homme et uniformisation d'une part, respect des cultures et défense du pluralisme d'autre part. L'ambiguïté des rapports entre ces différentes notions apparaît tout particulièrement lorsqu'on examine le fonctionnement de la marge d'appréciation. La reconnaissance d'une marge étendue dans les matières « culturellement sensibles » semble *a priori* contribuer à la préservation de la diversité culturelle puisqu'elle laisse à l'Etat le soin d'établir un juste équilibre entre les particularités culturelles de la société qu'il représente et les exigences des droits humains. Mais en limitant ainsi son contrôle, la Cour conforte le pouvoir homogénéisant de l'Etat, qui se voit autorisé à imposer à l'ensemble de la population la conception de la morale ou

de la religion qu'il estime conforme aux spécificités nationales⁹⁶. De ce point de vue, on peut estimer que c'est en exerçant un contrôle strict du respect des droits tels que la liberté d'expression, la liberté d'association ou le droit à la vie privée, que la Cour protège le mieux la diversité, car elle garantit aux individus le droit de contester les normes que les autorités pourraient prétendre appliquer à tous au nom des traditions. De même, lorsque la Cour établit sa propre interprétation de la notion de « vie familiale », écartant celle défendue par l'Etat, il est tentant de considérer qu'elle contraint les Etats à adopter une conception uniforme du concept de « famille ». Cependant, lorsqu'ils interprètent ce terme, les juges s'efforcent de refléter la pluralité des pratiques sociales et culturelles réelles, alors que les gouvernements leur opposent généralement une définition rigide et restrictive de la notion de « famille ».

Il apparaît dès lors que l'application des droits de l'homme par la Cour ne consiste pas à imposer aux systèmes juridiques nationaux des normes définies de manière autoritaire et abstraite au niveau européen. L'action de la Cour s'inscrit dans un processus complexe de discussions, de questionnements, de contestations auquel participent une multitude d'acteurs aux niveaux national et international : requérants et gouvernements, certes, mais aussi les juges nationaux, les institutions politiques, les mouvements de la société civile, et au-delà, d'autres juridictions ou organisations internationales. Le travail d'interprétation et d'argumentation auquel se livrent les juges de Strasbourg se nourrit des idées, des arguments, des analyses qui s'échangent, s'affrontent et interagissent dans ces multiples scénarios. Les arrêts de la Cour eux-mêmes viennent à leur tour alimenter et renouveler ces débats⁹⁷. C'est à travers ce réseau d'échanges et de dialogues critiques que le sens des droits de l'homme se construit et se transforme en permanence.

⁹⁶ Voy. M.-B. Dembour, « Between Universalism and Relativism », in J. Cowan et *al.*, *op. cit.*, p. 74. Voy. aussi E. Brems, *op. cit.*, p. 382.

⁹⁷ Voy. F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 430.