

La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme

Olivia Rouziere-Beaulieu

► To cite this version:

Olivia Rouziere-Beaulieu. La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme. Droit. Université Montpellier, 2017. Français. <NNT : 2017MONTD015>. <tel-01707106>

HAL Id: tel-01707106

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01707106>

Submitted on 12 Feb 2018

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

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



THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'**Université de Montpellier**

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
Et de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme
(EA 3976)

Spécialité : Droit public

Présentée par **Olivia ROUZIERE-BEAULIEU**

**LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT
PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE
L'HOMME**

Soutenue le 23 septembre 2017 devant le jury composé de

Madame **Laurence BURGORGUE-LARSEN**,
Professeur de droit public, Université Paris 1

Rapporteur

Madame **Laure MILANO**,
Professeur de droit public, Université de
Montpellier

Monsieur **Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE**,
Professeur rattaché, Université catholique de
Lisbonne (Portugal), Juge à la Cour européenne des
droits de l'homme, Strasbourg

Président du jury

Monsieur **Frédéric SUDRE**,
Professeur de droit public, Université de
Montpellier

Directeur de thèse

Monsieur **Sébastien VAN DROOGHENBROECK**,
Professeur de droit public, Université de Saint-Louis
(Bruxelles)

Rapporteur



« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

*A André,
A Hélène,
mes parents.*

« Seul vole celui qui ose le faire »

*Luis Sepúlveda, Histoire de la mouette et
du chat qui lui apprit à voler*

SOMMAIRE

Partie 1. Un « objet » intangible inhérent au droit

Titre 1. Une conception idéale

Chapitre 1. Une substance du droit absolue

Chapitre 2. Une protection absolue de la substance du droit

Titre 2. Une réalisation très imparfaite de l'idéal

Chapitre 1. Un impact pratique particulièrement limité quant à la substance du droit

Chapitre 2. Un impact pratique limité quant à la protection de la substance du droit

Partie 2. Un mécanisme de protection des droits

Titre 1. Une conception réaliste

Chapitre 1. La confusion de la substance et de la protection de la substance du droit

Chapitre 2. La relativité nuancée de la protection de la substance du droit

Titre 2. Un emploi ultimement réaliste

Chapitre 1. La progressive diffusion de la conception relative de la protection de la substance du droit

Chapitre 2. Le dessein d'une métamorphose pérenne de la protection de la substance du droit

REMERCIEMENTS

Je souhaite adresser mes premiers remerciements au Professeur Frédéric SUDRE.

Pour sa relecture diligente, ses conseils avisés, et sa direction réaliste durant ces cinq années, bien sûr, mais surtout pour son support et sa compréhension à mon égard, quant aux aléas de mon chemin de recherches doctorales, aux projets qu'il m'importait de réaliser, et aux choix qui étaient les miens.

Je tiens également à témoigner ma reconnaissance aux universitaires et praticiens du droit, clercs, qui, sans peu ou prou me connaître, se sont rendus disponibles pour éclairer de leurs connaissances cette recherche et m'ont offert leur aide : Dominique AVON, Gilles DANROC, Pascal DOURNEAU-JOSETTE, Jean-Joël DUHOT, Laurence EARLY, Laurent LAVAUD, Michel LEVINET, Patrice MEYER-BISCH, Jean Philippe PIERRON, Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, Juris RUDEVSKIS, Alexandre VIALA.

Pour leurs encouragements, nos discussions enflammées et joviales, je veux remercier les doctorantes et doctorants de mon laboratoire de recherche, mais aussi, plus généralement, l'équipe enseignante et de direction de l'IDEDH, dont le soutien compte.

Mes proches, ma famille, toutes celles et ceux qui m'entourent de près ou de loin, qui m'ont fait la joie d'une rencontre ou de leur amitié, qui ont partagé ma vie ou la partagent encore – ils se reconnaîtront puisqu'ils m'ont suivie, encouragée, réconfortée, conseillée, épaulée, d'une parole, d'une attention, occasionnellement ou régulièrement ; cru en moi, toujours. Vous qui m'avez nombre de fois montré votre affection, j'inscris ici en toutes lettres mon amour et mes remerciements les plus profonds pour chacune, chacun.

Parmi eux, mille mercis à mes très chères : relectrices, « co-entraineuses », et assistante indéfectible de mes recherches parisiennes durant ces longues années.

Une tendresse particulière pour mes parents, au support fondamental, et pour celui dont la douceur d'être a rendu ces derniers mois plus faciles.

Enfin, toute ma gratitude envers l'amie qui m'accompagne depuis l'enfance, et sans qui je n'aurais peut-être pas abouti : merci de ton investissement inestimable et de ton soutien inconditionnel.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

A	Série d'affaires de la Cour européenne des droits de l'homme jusqu'au 31 décembre 1995
aff.	affaire(s)
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique – Droit administratif</i>
al.	autres
Art.	Article(s)
Ass.	Assemblée (Conseil d'Etat)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral publiés (Suisse)
BOE	Boletín Oficial del Estado (Espagne)
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin</i> (Cour de cassation ; Joly)
BVerfGE	Arrêts de la Cour constitutionnelle (Allemagne)
c/	contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de Cassation
CC	Conseil constitutionnel
<i>CCC</i>	<i>Cahiers du conseil constitutionnel</i>
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEDS	Comité européen des droits sociaux
ch.	Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme
chron.	chronique
CIJ	Cour Internationale de justice
Civ.	(Chambre) civile
coll.	collection
comm.	commentaire
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CNRS	Centre nationale de la recherche scientifique
<i>CRDF</i>	<i>Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (Caen)</i>
<i>D</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
DC	Type de décision du Conseil constitutionnel (contrôle de constitutionnalité <i>a priori</i> des lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées)

déc. irrecev.	décision d'irrecevabilité (Commission ou Cour européenne des droits de l'homme)
déc. recev.	décision de recevabilité (Commission ou Cour européenne des droits de l'homme)
dir.	(sous la) direction scientifique
DR	Recueil des décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
ECLI	Identifiant européen de la jurisprudence
éd.	édition ; éditeur (scientifique)
Fasc.	Fascicule
<i>GACEDH</i>	<i>Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme</i> ,
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
Gde ch.	Grande chambre
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IDEDH	Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme
<i>JCP A</i>	<i>La semaine juridique, administrations et collectivités territoriales</i>
<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique, édition générale</i>
<i>JCP S</i>	<i>La semaine juridique, social</i>
<i>JDE</i>	<i>Journal de droit européen</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal de droit international (Clunet)</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
n°	numéro(s) (du paragraphe cité)
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
p.	page
Plén.	Formation plénière de la Cour européenne des droits de l'homme
pp.	pages
PUF	Presses universitaires de France
<i>RBDI</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>RDISDP</i>	<i>Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil (CC)</i>
récl.	Réclamation(s) (collective(s))
req.	requête(s)
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RTD Civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>

<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l'homme</i>
s.	suivant(es)
STC	Arrêts du Tribunal constitutionnel (Espagne)
UE	Union européenne

INTRODUCTION

« Déclarés et constatés plutôt que créés ou accordés, [les droits de l'homme] s'inscrivent dans la perspective du temps long et paraissent donc, littéralement « inaliénables et sacrés ». Antigone, dans la pièce de Sophocle, ne tenait pas un autre langage face à l'édit du roi de Thèbes, son oncle Créon. Certes, on comprendra bien vite qu'il faut faire des compromis pour ménager tant la liberté d'autrui que les exigences de l'intérêt général. On s'attachera alors à placer des garde-fous, afin de « raisonner la raison d'Etat », comme l'a écrit Mireille Delmas-Marty. »¹

1. UNE LOCUTION FAMILIERE. Si l'expression « *vider quelque chose de sa substance* » est courante, quel que soit le domaine considéré, elle semble se prêter davantage à la traduction de phénomènes sociaux et juridiques². Relayant l'idée de destruction ou perte du contenu principal, de l'objet, de la finalité profonde, ou encore du fondement de quelque chose, elle vise potentiellement deux aspects : l'intensité, d'une part, et le sujet, d'autre part, de l'atteinte à ladite chose.

2. LA RECONNAISSANCE D'UNE NOTION INCONNUE DU SYSTEME CONVENTIONNEL. Extension de l'expression générale, le juge de la Convention européenne des droits de l'homme a, en 1968, déclaré l'évidence qu'une réglementation étatique du droit à l'instruction « *ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit* »³. A travers cette mystérieuse formule prohibitive, il a pour la première fois invoqué une notion formellement étrangère à son instrument, qui apparaît depuis lors constituer un des fondements du droit de la Convention. La protection de la substance du droit venait ainsi d'être reconnue, sans qu'elle ne soit jamais désignée sous ce terme dans la jurisprudence strasbourgeoise.

¹ F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 95.

² Dans la seule jurisprudence strasbourgeoise, on dénote de nombreuses références à l'expression en cause concernant, entre autres, un ordre juridique, une infraction, des allégations ou griefs, une décision ou contrôle judiciaire, un mécanisme protecteur, une notion ou critère ; sans compter les renvois à la substance même des faits, d'un argumentaire, d'une disposition, droit, ou garantie, d'un ordre juridique, ou d'une procédure, à titre d'exemples, ni davantage la formule « *en substance* ».

³ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, A6, § 5 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 9, pp. 99-114.

§ I. Les origines plurielles de la protection de la substance du droit conventionnelle

3. L'HERITAGE PHILOSOPHIQUE ET THEOLOGIQUE DE LA NOTION : UNE DEFINITION EVANESCENTE DE LA *SUBSTANCE*. Du latin *substantia* (*substare*, « se tenir en dessous »), la substance renvoie généralement⁴ soit à la matière, composition, ou encore réalité d'une chose, soit à la qualité substantielle, partie essentielle d'une chose. Mais c'est particulièrement sous l'angle philosophico-théologique que le terme offre ses enseignements majeurs. Recouvrant ce qui est en soi et/ou par soi, et permanent dans une chose susceptible de changer, à la différence des accidents ou prédicats⁵, la substance témoigne tant d'une idée de permanence, que de subsistance. Aussi, l'emploi de la notion implique nécessairement l'admission d'un présupposé : une chose dispose d'une substance distincte, (relativement⁶) autonome de ses éléments.

Au-delà, on ne peut qu'être frappés par la richesse des acceptions de la substance, sous laquelle transperce l'incertitude qui entoure la notion⁷. Incertitude, voire impasse pour quiconque tente de l'analyser. Depuis la recherche par ARISTOTE de ce qui – grammaticalement, et métaphysiquement – est le plus *ousia*, ce qui se rapproche plus de l'être en tant que tel, aboutissant à revaloriser contre son gré la Forme (solution platonicienne⁸), jusqu'à l'acquisition moderne d'une perception fonctionnaliste, relationnelle de la substance⁹, en passant par les controverses scolastiques¹⁰ et classiques¹¹ quant à sa forme (et ses

⁴ Voir à cet égard G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos Poche », 11^e éd. mise à jour, 2016, p. 995 ; le dictionnaire *Larousse en ligne* (<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/substance/75108?q=substance#74252>) ; ou encore *Le petit Robert*, nouvelle éd. 2017, p. 2448.

⁵ Voir *ibid* (les deux dernières sources citées).

⁶ Paul RICOEUR remarquait ainsi que comme l'attribut ne peut exister sans le sujet, la substance (du moins tel qu'ARISTOTE la concevait) ne peut être sans les qualités qui la déterminent ; elles ne lui sont pas extérieures, mais la constituent en réalité (P. RICOEUR, *Etre, essence et substance chez Platon et Aristote. Cours professé à l'université de Strasbourg en 1953-1954*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2011, pp. 278-279).

⁷ Voir, par exemple, A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé. Tome 351 », 2001, pp. 462-463.

⁸ Voir, notamment, E. GILSON, *L'être et l'essence*, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 3^e éd., 1994, p. 59 ; A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 3^e éd., 2010, pp. 1048-1049 (commentaires L. ROBIN ; CH. WERNER).

⁹ – Sur cette évolution, voir O. BALABAN, « Intellectualisme et causalité chez Hegel, et les limites de la science moderne », *Archives de Philosophie*, 2005, n° 1, Tome 68, pp. 56-57. – Notons, cela dit, chez KANT comme chez HEGEL, un retour à une conception aristotélicienne, et la place centrale conférée à la Forme : chez KANT, la substance est conçue comme un concept a priori, de relation (voir, S. SIMHA, « Substance », in M. BLAY (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse, CNRS, 3^e éd., 2012, pp. 993-994) ; chez HEGEL, elle est perçue dans sa relation à l'accident, dès lors « indiscernable » de ceux-ci, la substance étant le savoir absolu, la réalité totale, en soi et pour soi (R. MISRAHI, « Substance », in *Dictionnaire de la philosophie*, Paris, Albin Michel, coll. « Collection Encyclopaedia universalis », 2000, p. 1798).

¹⁰ Illustratives du tiraillement entre philosophie (aristotélicienne notamment) et foi. – Voir, quant à ces questions, J.-Y. LACOSTE, « Être », in J.-Y. LACOSTE (dir.), *Dictionnaire critique de théologie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 3^e éd. revue et augmentée, 2007, p. 511 ; R. MISRAHI, « Substance », *op. cit.*, p. 1793 ; également, O. BOULNOIS, « Les scolastiques, Bonaventure (v. 1220-1274), Thomas d'Aquin (1225-1274),

implications), tous les philosophes n'ont eu de cesse de trouver un chemin pérenne pour présenter le concept de substance ; en vain. Il s'agit là d'une notion éminemment complexe, confuse, du fait de sa traduction même du grec au latin, puis au français tout d'abord, mais aussi de la part d'insaisissabilité qui lui est propre. Ce caractère peut trouver une explication dans la proximité (ontologique) de la substance à l'être, en tant que tel, dont HEIDEGGER écrivait qu'il est « *de prime abord inconnu, fermé, inaccessible* »¹² ; et on le retrouvera dans la conception théologique de la substance, notamment dans le mystère de la Trinité, constituée de trois Personnes divines, et d'une seule substance¹³. Finalement, tous les philosophes et théologiens s'étant penchés sur la notion semblent avoir abouti à une impasse. Il en découle un questionnement : y a-t-il vérité totale ou certitude en matière de substance¹⁴ ? Est-elle un horizon accessible¹⁵ ? S'interroger sur l'étymologie et l'histoire de la notion permet-il d'en comprendre le choix privilégié, en français, par le juge strasbourgeois ? Dans quelle mesure l'ancrage philosophico-théologique de la notion juridique influence-t-il son appréhension, compte tenu de ses caractères propres et de ses indéniables spécificités ? Bien que les diverses acceptions de la substance même ne puissent, en tant que telles, aider à définir la protection de la substance du droit, les questionnements soulevés par cette double dimension sont susceptibles d'en éclairer les ombres.

Duns Scot (1265-1308) : béatitude, loi naturelle et pauvreté », in A. CAILLE, C. LAZZERI, M. SENELLART (dir.), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile*, Paris, La Découverte, 2001, pp. 176-184.

¹¹ On pense ici aux conceptions de la substance de DESCARTES (dualiste), de SPINOZA (unique), de LEIBNIZ (monadiste). – Voir, globalement, R. MISRAHI, « Substance », *op. cit.*, pp. 1793-1797. – Sur l'opposition de l'empiriste HUME à la pensée cartésienne, voir en particulier, A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle. Approche théorique », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pédone, coll. « Cahiers Européens (n° 1) », 2011, pp. 17-18.

¹² M. HEIDEGGER, *Concepts fondamentaux de la philosophie antique*, Paris, Gallimard, coll. « Œuvres de Martin Heidegger. Bibliothèque de philosophie », 2003, notamment pp. 19-21 (différenciant l'être, objet de la recherche scientifique critique, et l'étant, qui « est », « a l'être », et en constitue ainsi l'expression visible).

¹³ – Sur la doctrine de la Trinité, voir J.-Y. LACOSTE, « Être », *op. cit.*, p. 503. – Pour une lecture complète sur la question, voir l'ouvrage de G. EMERY *La Trinité. Introduction théologique à la doctrine catholique sur Dieu Trinité*, Paris, Cerf, coll. « Initiations », 2009.

¹⁴ – Sous l'angle strictement philosophique, voir L.-J. WINTGENS, « Le projet philosophique moderne : l'histoire standard et la *quaestio originis* », in *Mélanges en l'honneur de Michel TROPER. L'architecture du droit*, Paris, Economica, 2006, p. 1006. – Dans le cadre de notre thématique directement, citons Magdalena LORENZO, RODRIGUEZ-ARMAS (« El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional », *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, 1996, n° 13, p. 75) selon qui « *tratar de «acertar» del contenido es casi imposible. Tan imposible como si tratásemos de describir lo que significan, a ciencia cierta y de manera indiscutible conceptos tales como lo «bueno», lo «malo», las ideas de «bondad», «amor», «odio»* » ; voir aussi, E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Paris, Mare et Martin, coll. « Bibliothèque des thèses. Droit privé et sciences criminelles », 2014, p. 436.

¹⁵ Rappelons avec Etienne GILSON que « *précisément parce qu'elle désigne la réalité ultime, l'ousia est difficile à décrire, et chaque fois qu'Aristote entreprend de dire ce qu'elle est, il finit par se contenter de dire ce qu'elle n'est pas* » (E. GILSON, *L'être et l'essence*, *op. cit.*, p. 50) ; un écho à la jurisprudence strasbourgeoise qui, nous le verrons, emploie le plus souvent des formules négatives en matière de protection de la substance du droit.

4. LES ORIGINES JURIDIQUES DE LA NOTION : DU DROIT ALLEMAND AUX AUTRES SYSTEMES JURIDIQUES.

– LE SOCLE « EUROPEEN ». Le point de vue comparatiste n'en est pas moins instructif pour l'examen de la protection conventionnelle de la substance du droit. Recouvrant diverses formulations – lesquelles font notamment référence aux termes de substance, de contenu essentiel, ou d'essence d'un droit, nécessairement conditionnées par l'acte de traduction, elle est principalement apparue dans les ordres constitutionnels rattachés à l'espace européen, au sens large¹⁶. La notion s'est tout d'abord imposée en réaction à des événements traumatiques et des régimes négateurs des droits de l'homme dans la Loi fondamentale allemande, du 23 mai 1949 (article 19-2¹⁷, selon lequel « *Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental* »), puis dans la Constitution du Portugal, du 2 avril 1976 (article 18-3, prévoyant que « *Les lois qui restreignent les droits, les libertés et les garanties (...) ne peuvent avoir d'effets rétroactifs, ni restreindre l'étendue et la portée du contenu essentiel des préceptes constitutionnels* »), et dans la Constitution de l'Espagne, du 31 octobre 1978 (article 53-1, disposant notamment que « *C'est seulement par la loi, qui dans tous les cas doit en respecter le contenu essentiel, que l'on peut réglementer l'exercice de ces droits et libertés (...)* »).

Elle a plus ou moins récemment été inscrite, en partie sous l'influence du Conseil de l'Europe, dans les précédentes Constitutions de la Turquie¹⁸ (du 9 juillet 1961¹⁹; et du 7 novembre 1982²⁰, article 13 disposant que « *Les droits et libertés fondamentaux ne peuvent être limités que (...) pour autant que ces limitations ne portent pas atteinte à l'essence même des droits et libertés* »), des Etats d'Europe Centrale et de l'Est²¹ à la suite de la Chute du régime communiste de l'URSS, telle la Constitution de la Slovaquie, du 3 septembre 1992

¹⁶ Voir, en dehors de ce champ, l'exemple de la Constitution de la Corée du Sud, 25 février 1988 (article 37-2, prescrivant notamment que « *Même lorsqu'une telle limitation est imposée, aucun aspect essentiel de la liberté ou du droit ne doit être violé* »).

¹⁷ Notion trouvant potentiellement et dans une certaine mesure écho dans l'esprit de la Constitution de 1849 (voir A. GAILLET, *L'individu contre l'Etat. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXème siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2012, p. 201), ou encore durant la République de Weimar, à travers l'idée d'irréductibilité propre à des garanties institutionnelles (voir D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 228-229).

¹⁸ Comme le note, par exemple, H. PAZARCI, « La spécificité nationale turque concernant la Convention EDH », *LPA*, 2010, n° 254, p. 41.

¹⁹ Voir M. SAGLAM, *L'expérience de la justice constitutionnelle en Turquie*, thèse dactylographiée, 2004, p. 47.

²⁰ Voir *ibid.*, pp. 98-99.

²¹ Voir M. WYRZYKOWSKI, « The constitutions of the Eastern European Countries in the Structure of European Constitutionalism », in R. BIEBER et P. WIDMER, *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Verlag, coll. « Publications de l'Institut suisse de droit comparé », 1995, pp. 151 et s.

(article 13-4²², prévoyant qu' « *En cas de restrictions des droits fondamentaux et libertés fondamentales, il est nécessaire de veiller au respect de leur substance et de leur esprit* »), la Constitution de la Pologne, du 2 avril 1997 (article 31-3, qui indique notamment que « *Ces restrictions ne peuvent porter atteinte à l'essence des libertés et des droits* »²³), la Constitution de la Serbie, du 8 novembre 2006 (article 18-2²⁴, au sein duquel il est prévu que « *La loi précise les modalités d'exercice de ces droits (...), mais la loi ne peut en aucun cas porter atteinte à la substance du droit pertinent garanti* »), la Constitution de la Hongrie, du 25 avril 2011 (article I-3, qui précise notamment qu' « *Un droit fondamental ne peut être limité par l'exercice d'un autre droit fondamental ou la défense d'un principe constitutionnel que (...) dans le respect du contenu essentiel de ce droit fondamental* »), ou encore la Constitution de la Géorgie, du 24 août 1995 (article 21-2, s'agissant des droits compris dans le droit de propriété, qui « *peuvent être soumis à des restrictions (...) pourvu que l'essence même du droit de propriété ne soit pas violée* »).

Pour autant, il ne faut pas oublier qu'il s'agit là d'un outil essentiellement prétorien, qui s'illustre dans de multiples jurisprudences constitutionnelles particulièrement²⁵, comme en Italie²⁶, en Autriche²⁷, ou en Russie²⁸. Une telle reconnaissance a parfois été formellement entérinée comme en Suisse²⁹, par la réforme constitutionnelle du 18 avril 1999 (article 36-4,

²² Voir similairement l'article 4-4 de la Charte des droits fondamentaux et libertés fondamentales de la République tchèque, du 16 décembre 1992.

²³ Voir L. GARLICKI, « Tribunal constitutionnel polonais, 12 janvier 2000 », in P. BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2008, notamment p. 154 ; L. GARLICKI, « Le catalogue et le champ d'application des droits fondamentaux. Les conditions des restrictions autorisées et leur impact sur l'ordre juridique », in *Mélanges offerts au professeur Michel LESAGE. L'État et le droit d'Est en Ouest*, Paris, Société de législation comparée, 2006, pp. 138-139.

²⁴ A compléter par l'article 20, selon lequel « *Les droits de l'homme et les droits des minorités garantis par la Constitution peuvent être limités par la loi (...) sans empiéter sur la substance du droit garanti en question. Le niveau atteint en matière de droits de l'homme et de droits des minorités ne peut être réduit. Lorsqu'ils limitent des droits de l'homme et des droits des minorités, tous les organes de l'État, notamment les tribunaux, sont tenus de considérer la substance du droit limité (...)* ».

²⁵ Voir, globalement, P. BON, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », in D. MAUS et P. BON (dir.), *La nouvelle République brésilienne. Études sur la Constitution du 5 octobre 1988*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif. Série travaux de l'Association française des constitutionnalistes », 1991, p. 252.

²⁶ En témoigne, notamment, G. ZAGREBELSKY, « Cour constitutionnelle italienne », in L. FAVOREU (dir), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1982, p. 305. Voir aussi, l'affaire strasbourgeoise Cour EDH, (déc. irrecev.), 8 mars 2016, *Gatto c/ Italie*, req. n° 19424/08, § 18.

²⁷ En témoigne, notamment, T. OEHLINGER, « Cour constitutionnelle autrichienne », in L. FAVOREU (dir), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, op. cit., p. 366.

²⁸ En donnent illustrations les affaires strasbourgeoises Cour EDH, 1er octobre 2009, *Kimlya et autres c/ Russie*, req. n° 76836/01 ; 32782/03, Recueil des arrêts et décisions 2009, §59 ; Cour EDH, 9 février 2016, *Zinovchik c/ Russie*, req. n° 27217/06, § 34.

²⁹ Précisons que l'invocation par le Tribunal fédéral de la protection de la substance du droit s'inscrit plus largement dans une œuvre prétorienne en matière de libertés propres au droit suisse (voir, à cet égard, E. RONZANI, *L'interprétation créatrice de la constitution par le juge constitutionnel en France et en Suisse*, thèse

énonçant que « *L'essence des droits fondamentaux est inviolable* »), ou dans l'Union européenne, avec la Charte des droits fondamentaux proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (article 52-1, au sein duquel on lit que « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés* »).

– LES SYSTEMES REGIONAUX (AUTRES) ET INTERNATIONAUX. Si par-delà cet espace, la résonnance de la notion est manifestement amoindrie, il est notamment possible de la distinguer au sein de travaux du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies³⁰, de décisions d'organes de contrôle de Traités de droits de l'homme³¹ : juridictionnels – telle la Cour inter-américaine des droits de l'homme³², ou quasi-juridictionnels – tel le Comité des droits de l'homme³³, ou, *a minima*, dans les interrogations de la doctrine de droit international pénal³⁴.

5. UNE RECONNAISSANCE D'ORDRE MONDIAL. Finalement, la protection de la substance du droit est au cœur d'un processus de communication d'ampleur³⁵ aux échelles nationale,

dactylographiée, Université de Bourgogne, 1999 ; M. ROSSINELLI, *Les libertés non-écrites*, Lausanne, Payot, coll. « Collection juridique romande. Etudes et pratique », 1987).

³⁰ Voir *Protection de la propriété culturelle : un droit individuel et commun*, doc. E/C.12/2000/16, p. 6.

³¹ Voir un parallèle dans le cadre de l'office de la CIJ, audience publique du 13 février 1995, *Timor Oriental (Portugal c/ Australie)*, CR 95/13, §§ 86 et s.

³² Voir B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, Université de Lille II, 2005, p. 105 ; aussi, à l'égard du système de la Convention américaine relative aux droits de l'homme plus généralement, L. VALINA, « Droits intangibles dans le cadre du système interaméricain des DH », in D. PREMONT et al, *Droits intangibles et états d'exception*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Organisation internationale et relations internationales ; 36 », 1996, p. 266.

³³ Il y est renvoyé notamment sous couvert des termes de privation ou de déni, selon B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international...*, op. cit., p. 105.

³⁴ Voir N.A.J. CROQUET, *The Role and Extent of a Proportionality Analysis in the Judicial Assessment of Human Rights Limitations within International Criminal Proceedings*, Leiden, Boston, Brill, Martinus Nijhoff, 2015, pp. 46 et s., à défaut d'une quelconque référence dans les jurisprudences des organes observés (*ibid.*, p. 374).

³⁵ Indiquons déjà la place spécifique du droit germanique dans cette diffusion : – elle est suggérée à l'égard de la jurisprudence strasbourgeoise (voir, notamment, L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006, p. 199 ; A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, op. cit., p. 461) ; – apparaît expressément dans la doctrine relative aux ordres constitutionnels suisse (voir, par exemple, les multiples allusions dans l'ouvrage de P. MEYER-BISCH (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 23-25 novembre 1989*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991) et espagnol (voir, notamment, L. MARTIN-RETORTILLO et I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 104 et s. ; L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 141) ; – et au-delà même de ce spectre, s'agissant de ceux des pays d'Europe Centrale et de l'Est (voir, notamment, A. BLECKMANN et M. BOTHE, « General report on the theory of limitation on Human Rights », in A. DE MESTRAL et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, pp. 111-112), ou du système communautaires (R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2008, pp. 360-361).

régionale et internationale, dont le système de la Convention³⁶ constitue un relais majeur en raison de sa structure institutionnelle européenne, d'une part, et de l'autorité de la jurisprudence de sa juridiction, d'autre part³⁷. Nonobstant sa diffusion, constituants, contractants, ou juges semblent souvent avoir privilégié une approche généraliste de cette notion, témoignant d'une commune difficulté à la cerner et la préciser, et probablement, à l'appréhender.

§ II. Les modalités générales de développement de la protection de la substance du droit conventionnelle

6. LE TERRAIN D'ANCRAGE : LE SYSTEME DE LA CEDH. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou Convention européenne des droits de l'homme – ci-après, la Convention – a été adoptée le 4 novembre 1950 (depuis, complétée par plusieurs Protocoles additionnels matériels ou structurels) dans le cadre de l'organisation régionale du Conseil de l'Europe ; elle a pour objectif global, dans le prolongement de la Déclaration universelle des droits de l'homme, la mise en œuvre par les Etats parties de la garantie des droits et des libertés inscrits à l'instrument. Cela dit, la distinction conceptuelle

³⁶ Signalons, également dans le cadre du Conseil de l'Europe, le recours à la notion par le Comité européen des droits sociaux chargé de surveiller l'application de la Charte sociale européenne (par exemple, au titre de la procédure de réclamations, CEDS, 22 mai 2003, *Confédération des entreprises suédoises c/ Suède*, récl. n° 12/2002, § 30 ; chron. J.-F. AKANDJIKOMBE, *RTDH*, 2004, n° 57, pp. 225-244 ; CEDS, 16 octobre 2007, *Fédération des entreprises finlandaises c/ Finlande*, récl. n° 35/2006, §§ 29-30 ; CEDS, 2 décembre 2013, *Confédération européenne de Police (EuroCOP) c/ Irlande*, récl. n° 83/2012, § 212 ; CEDS, 17 mai 2016, *Bedriftsforbundet c/ Norvège*, récl. n° 103/2013, § 76).

³⁷ – Le cas français est topique d'un tel déploiement sous influence strasbourgeoise, ajoutant aux notions proprement constitutionnelles de « non-dénaturation » (voir L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 19^e éd., 2016, p. 922 ; Th. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003, p. 92) et de « privation de garanties légales », similaire (voir, notamment, V. BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2009, p. 77 ; P. GERVIÉ, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2014, p. 174 ; S. LETURCQ, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005, pp. 281-282 ; S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, coll. « Collection des thèses ; n° 22 », 2008, pp. 613-614), l'appropriation par les divers juges de droit commun de la protection de la substance du droit, au sens conventionnel (voir, en guise d'illustrations, quant à la jurisprudence administrative, CE, 12 avril 2012, *Syndicat national des producteurs d'énergie photovoltaïque et autres*, n° 337528 ; quant à la jurisprudence judiciaire, Cass., 1^{ère} Civ., 21 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 97, p. 65 ; note P.-Y. GAUTIER, *RTD Civ.*, 2000, n° 3, pp. 592-595 ; Cass., Plén., 7 avril 2006, *Bull.*, n° 3, p. 5 ; conclusions M. DE GOUTTES ; note F. BERENGER, *RTDH*, 2006, n° 68, pp. 885-908 ; CA Lyon, 1^{ère} Civ. A, 7 octobre 2010, n° 10/04507 ; CA Lyon, 1^{ère} Civ., 9 avril 2013, n° 13/03481 ; quant à la jurisprudence constitutionnelle, CC, 16 janvier 1991, 90-284 DC, *Rec.*, p. 20, considérant 3).

– Un autre exemple peut être trouvé au Royaume-Uni (voir, dans la jurisprudence, Cour EDH, 2 juin 2009, *Szuluk c/ Royaume-Uni*, req. n° 36936/05, § 19 ; dans la doctrine, A. ASHWORTH, *Human rights, serious crime and criminal procedure*, London, Sweet & Maxwell, coll. « Hamlyn Lecture Series ; 53 », 2002, p. 64).

originelle³⁸ – notamment familière à l’ordre constitutionnel français – est, en pratique, régulièrement apparue s’effacer derrière l’évocation générique – explicite ou implicite – de droits spécifiques à la Convention, permettant dès lors l’emploi d’une terminologie unique dans le cadre de cette étude. Par ailleurs, la Convention organise leur garantie en les encadrant par le biais de mécanismes prévoyant leur régime de la façon suivante : il faut distinguer d’une part les droits absolus, insusceptibles de dérogations ou de restrictions (au moins cinq reconnus aujourd’hui comme tel par la Cour), les droits conditionnels d’autre part, classés en deux sous catégories, les droits susceptibles de dérogations uniquement et les droits « dérogeables » et passibles de restrictions, qui sont encadrés soit par une clause spécifique, soit par une clause générale. Cette dernière, aussi appelée clause d’ordre public, identifiable au second paragraphe des droits prévus aux articles 8 à 11, permet une vérification des restrictions étatiques selon trois étapes : la légalité, la légitimité, la proportionnalité d’une mesure.

7. LE CONTEXTE D’IMPULSION : L’INTERPRETATION DE L’ARTICLE 2 DU PROTOCOLE 1. Contrôlé et sanctionné par un organe juridictionnel devenu pleinement obligatoire (et unique) à la suite de l’entrée en vigueur du Protocole n° 11, le 1^{er} novembre 1998, le respect des engagements conventionnels repose sur un mécanisme de requêtes – individuelles ou étatiques – saisissant ainsi la Cour européenne de la violation d’un ou plusieurs articles de la Convention par ses Etats membres. Interprète authentique du système, le besoin d’explicitier et de fixer le droit conventionnel sur le fondement des dispositions prévues par l’instrument s’est très tôt fait sentir pour le juge strasbourgeois, qu’il s’agisse des droits eux-mêmes ou de leur mise en œuvre. Parmi les remarquables exemples de ce développement, l’arrêt du 23 juillet 1968 consacrant la protection de la substance du droit, renommé succinctement *Affaire linguistique belge*, qui concernait le régime linguistique belge, et plus précisément la condition de résidence empêchant l’accès à l’enseignement en français dans six communes à la périphérie de Bruxelles appartenant à la région unilingue « néerlandaise » (ou relevant d’un

³⁸ – Sur la distinction inscrite dans la Convention, voir notamment A. VIALA, « Droits et libertés », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l’homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, pp. 327-330 ; P. WACHSMANN, « droits de l’homme (protection internationale) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », pp. 540-544 ; complémentairement, E. PICARD, « droits fondamentaux », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 544-545, sur la notion de « liberté fondamentale ».

– Notons que le terme de « droit fondamental » pourra similairement être invoqué, jouissant d’une très large portée dans le domaine des droits de l’homme, notamment dans les ordres constitutionnels européens (sur la notion, voir aussi, O. DORD, « Droits fondamentaux (notion de – et théorie des –) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l’homme*, *op. cit.*, pp. 332-336).

"arrondissement administratif distinct" doté d'un "statut propre"). Les requérants, pères et mères de nationalité belge et francophones ou s'exprimant le plus fréquemment en français, désiraient que leurs enfants soient instruits dans cette langue, se fondant notamment sur les articles 2 du Protocole n° 1, 8 et 14 de la Convention dont les griefs furent jugés recevables par la Commission. Aboutissant au constat de violation des articles 14 et 2 du Protocole n° 1 combinés, du fait des restrictions discriminatoires à l'accès à un enseignement francophone fondées sur un critère de résidence, la Cour de Strasbourg a d'emblée souligné la tâche prioritaire, d'ordre général, d'interprétation du sens et de la portée des articles invoqués, à commencer par l'article 2 du Protocole n° 1³⁹. De la formulation négative du droit en question, le juge européen a tiré une obligation positive, à défaut de toute charge pour les Etats membres d'organiser à leurs frais, ou de subventionner, un enseignement d'une forme ou à un échelon déterminé(e). Usant de son interprétation téléologique, le juge européen a déduit de l'objet de la disposition, et plus particulièrement de sa première phrase, non seulement la garantie d'un droit d'accès aux établissements scolaires existants à un moment donné, mais aussi la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi par l'obtention, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, de la reconnaissance officielle des études accomplies⁴⁰.

8. LE CHAMP D'APPLICATION : UN HORIZON POTENTIELLEMENT ILLIMITE, PRATIQUEMENT LIMITE. Le juge a alors reconnu tant un principe de réglementation – en d'autres termes, de limitation⁴¹ – étatique évolutive du droit à l'instruction par les Etats parties à la Convention, que la limite à une telle réglementation, matérialisée notamment dans la protection de la substance du droit, similairement à l'usage constitutionnel⁴². Alors que le terme de limitation

³⁹ Cour EDH, *Affaire linguistique belge c/ Belgique* précitée (note n° 3), § 3.

⁴⁰ Cour EDH, *Affaire linguistique belge c/ Belgique* précitée, § 4.

⁴¹ Terme renvoyant à « l'opération consistant à fixer, par une règle ou un accord, une limite à ce qui est permis (...) ou à ce qui peut être dû (...) » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 618). Voir, complémentairement, W. SABETE, « Limitations aux droits », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., pp. 656-662 ; P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, op. cit., pp. 17-19). Les « limitations » englobent dans le cadre du système conventionnel plusieurs types de mesures étatiques (voir *infra*, n° 271).

⁴² – Signalons que la protection de la substance du droit est même susceptible de limiter le pouvoir constituant, participant ainsi de la réflexion relative à la supra-constitutionnalité (voir, principalement, Th. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, op. cit., pp. 423-424 ; 434 et s. ; W. SABETE, *Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux. Étude des fondements épistémologiques, constitutionnels et européens de la limitation matérielle du pouvoir constituant dérivé*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2005, pp. 171-174 ; et 182-184 ; complémentairement, C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental. Droit politique et théorique », 1995, pp. 164-165 ; J.-B. MATHIEU, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA*, 1995, n° 29, p. 12). – Paradoxalement, il est intéressant de remarquer qu'elle peut être évoquée en vue de la protection des droits fondamentaux des Etats (voir M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2007, pp. 224-225).

sera le plus souvent remplacé ou associé à celui de restriction à un droit garanti, on verra que la notion étudiée concerne potentiellement tout type de limitation étatique⁴³.

Evoquée sous la dénomination de protection de la substance du droit, elle s'attache bien à un (ou plusieurs) droit(s) garantis, et non pas au droit, comme catégorie générale. Initialement invoquée concernant l'un d'entre eux précisément, le champ d'intervention de la notion s'est rapidement étendu, la Cour et la Commission en réitérant inexorablement la référence quant à d'autres droits, non sans générer un certain flou par la diversité des formes de manifestation de la protection de la substance du droit. Dans la foulée de l'Affaire fondatrice de 1968, sont ainsi concernés les domaines de l'article 6⁴⁴, de l'article 11⁴⁵, de l'article 1 du Protocole n° 1⁴⁶, de l'article 12⁴⁷, de l'article 3 du Protocole n° 1⁴⁸, de l'article 5⁴⁹, puis de l'article 34⁵⁰, de l'article 2 du Protocole n° 7⁵¹, de l'article 10⁵², de l'article 4⁵³, de l'article 8⁵⁴, de l'article 9⁵⁵ de la Convention, concomitamment à la multiplication des manifestations sur ces mêmes terrains. Bien que révélatrice de l'ampleur de l'ancrage de la protection de la substance du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette liste met aussi en exergue le caractère pratiquement limité de sa reconnaissance, en l'état du droit conventionnel.

⁴³ En dépit de sa rareté dans la jurisprudence strasbourgeoise, l'hypothèse de l'action de la protection de la substance du droit dans le cadre d'une confrontation entre droits est envisageable (voir, N.A.J. CROQUET, *The Role and Extent of a Proportionality Analysis in the Judicial Assessment...*, op. cit., pp. 47-48 ; et S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, op. cit., pp. 617-618).

⁴⁴ Cour EDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, A18, § 38 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 27, pp. 299-313.

⁴⁵ Cour EDH, Plén., 13 août 1981, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, req. n° 7601/76 ; 7806/77, A44, §§ 52, 55 et 57 ; obs. G. COHEN-JONATHAN, *CDE*, 1982, pp. 226-232 ; obs. R. PELLOUX, *AFDI*, 1982, pp. 499-504 ; obs. P. ROLLAND, *JDI*, 1982, pp. 220-224.

⁴⁶ Cour EDH, Plén., 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, req. n° 7151/75 ; 7152/75, A52, §§ 60, 63 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 67, pp. 776-784.

⁴⁷ Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, A106, § 50 ; chron. P. ROLLAND, *JDI*, 1987, pp. 796-799.

⁴⁸ Cour EDH, Plén., 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, req. n° 9267/81, A113, § 52 ; obs. P. ROLLAND, *JDI*, 1988, 849-852.

⁴⁹ Cour EDH, Plén., 29 novembre 1988, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 11209/84 ; 11234/84 ; 11266/84 ; 11386/85, A145-B, §§ 59, 62 ; obs. G. COHEN-JONATHAN, *RTDE*, 1989, pp. 163-165.

⁵⁰ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 1999, *Tanrikulu c/ Turquie*, req. n° 23763/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-IV, § 132.

⁵¹ Cour EDH, 13 février 2001, *Krombach c/ France*, req. n° 29731/96, Recueil des arrêts et décisions 2001-II, § 96.

⁵² Cour EDH, 6 mai 2003, *Appleby et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 44306/98, Recueil des arrêts et décisions 2003-VI, § 47.

⁵³ Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France*, req. n° 73316/01, Recueil des arrêts et décisions 2005-VII, § 89 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 17, pp. 196-203.

⁵⁴ Cour EDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou c/ Chypre*, req. n° 23890/02, § 65.

⁵⁵ Cour EDH, Gde ch., 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, req. n° 30985/96, Recueil des arrêts et décisions 2000-XI, § 62 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2001, n° 1, pp. 211-214 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2001, I, 291, p. 193.

9. LE CHAMP LEXICAL : UNE NEBULEUSE SYNONYMIQUE. L'extension de la protection de la substance du droit se réalise, parallèlement, à travers une diversification terminologique. Dans le prolongement des observations relatives au droit comparé, il faut ainsi admettre de considérer la notion comme une locution doctrinale générique, pouvant recouvrir divers termes distincts, bien que leur emploi reste empiriquement faible. Parmi la jurisprudence strasbourgeoise, sont éventuellement associés à la « *substance* » d'un droit les vocables principaux d'« *essence* »⁵⁶, de « *cœur* »⁵⁷, et de « *noyau* »⁵⁸. Bien qu'ils renvoient communément à l'idée d'élément central et vital conditionnant la subsistance d'un tout, à l'instar de la substance, chacun d'eux dispose de spécificités, et d'un sens propre. Aussi, on ne saurait voir d'identité parfaite et constante entre tous les termes entrant dans le lexique de la protection de la substance du droit, leur rapprochement à cette dernière dépendant du contexte d'évocation : l'ajout d'adjectifs est à cet égard significatif, insistant sur l'objet en tant que tel – comme le terme postposé « *même* »⁵⁹, ou sur son caractère intangible⁶⁰ – on pense entre autres au « *noyau dur* » d'un droit.

§ III. Des intérêts de l'étude de la protection de la substance du droit conventionnelle à l'enjeu de celle-ci

10. LES ENSEIGNEMENTS DE LA NOTION : L'INFLUENCE IDEELLE. La diversité des formes que recouvre la protection de la substance du droit au sein de la jurisprudence strasbourgeoise suggère une pluralité de rôles, de fonctions, appelant une analyse approfondie. Au regard des éléments convoqués en prémices, il semble, néanmoins, possible d'avancer que la notion est principalement destinée à intervenir comme une composante structurelle de l'examen du juge européen, se distinguant à cet égard d'une méthode interprétative ou d'une technique à l'appui de l'interprétation et du contrôle ; en cela, son étude participe à informer sur les règles de contrôle judiciaire dans le cadre du système conventionnel. De surcroît, l'inscription fondamentale de la protection de la substance du droit dans le rapport « de forces » opposant les droits de l'homme, d'un côté, et leurs

⁵⁶ Synonyme naturel, puisqu'on a vu qu'ils sont reliés dans l'histoire linguistique européenne ; d'ailleurs, c'est ce terme qui est généralement usité en version anglaise pour traduire celui de « *substance* ».

⁵⁷ Terme dont l'usage a connu un développement notable dans le sillage de la protection de la substance du droit (quantitativement, et spécifiquement).

⁵⁸ Bien plus rare, au sens de l'objet étudié, que les autres vocables précités dans la jurisprudence strasbourgeoise (en dehors de ce sens, « le noyau » vise généralement un champ plus large : les droits de l'homme, garantis par l'instrument), signalons que la doctrine germanophone se réfère régulièrement au « *noyau dur* ».

⁵⁹ Régulièrement ajouté à la suite de la substance ou de l'essence d'un droit dans les jugements conventionnels.

⁶⁰ A travers, par exemple, la référence au noyau dur. Remarquons que le terme « *intangible* » est très peu usité par la Cour européenne dans ce cadre, et désigne alors les droits dits absolus (articles 3, et 4 de la CEDH, notamment) ; pour plus de détails, voir *infra*, n° 59.

indispensables garants, de l'autre, permet de nourrir la réflexion sur l'équilibre du droit dans un domaine aux intérêts – contradictoires – primordiaux. Enfin, la protection de la substance du droit renvoie à une certaine conception de la justice et du monde, mettant en lumière tant les divergences – salutaires – de perceptions entre les juges au sein d'une juridiction, que leurs ambivalences ; entre convictions, valeurs supérieures et contingences, réalités de leur office.

11. LES PARADOXES DE LA NOTION : DU MYSTERE AU MYTHE ? A l'épicentre des potentialités de l'examen de la protection de la substance du droit propre au système conventionnel, une observation déroute particulièrement : bien qu'ayant fait l'objet d'une constante et conséquente diffusion par la Cour européenne des droits de l'homme, et malgré le caractère prétorien de cette découverte à la formulation lapidaire, elle reste éminemment floue⁶¹ et ambivalente, entraînant la variabilité, parfois la contradiction, et par conséquent, la faible lisibilité de la jurisprudence strasbourgeoise.

On ignore ce en quoi consiste la protection de la substance du droit, au sens du juge européen. Ce dernier n'en a, effectivement, jamais défini le sens, les contours, la portée. Pire encore, son développement semble s'être produit dans l'indifférence quasi schizophrénique du juge, globalement imitée, jusqu'à une période relativement récente, par la doctrine⁶². Certes, un sens premier – précisément, une finalité première – paraît s'en dégager immédiatement : une telle notion vise à garantir la mise en œuvre essentielle d'un droit sujet à réglementation étatique. Au-delà, son appréhension même recèle une ambiguïté profonde dans la jurisprudence conventionnelle : insinuant la cristallisation de cette protection autour d'une substance distincte, une telle perception peine à émerger concrètement du contrôle judiciaire. Cependant, nous verrons que ce double constat – et les interrogations qu'il soulève – n'est pas spécifique à la jurisprudence conventionnelle, trouvant un certain écho dans le droit comparé.

Il est généralement possible de se demander si, par-delà l'usage qu'en fait le juge de Strasbourg, alimentant certainement le constat exposé, ce n'est pas dans la protection de la substance du droit elle-même qu'il faut chercher l'explication de l'apparente retenue des juges à en encadrer nettement la compréhension. Il semble, d'un point de vue objectif, que celle-ci nous invite à la prudence, voire à un certain scepticisme, en raison de sa structure linguistique

⁶¹ Notons que l'observation provocatrice selon laquelle le droit n'est « *pas flou, (...) et s'il est flou, il n'est plus du droit* » a fait long feu, le droit ayant largement intégré ce phénomène (M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Essais, Débats », 2004, p. 29).

⁶² En témoignent, notamment, les premières analyses relatives à l'*Affaire linguistique belge* précitée (note n° 3) : obs. R. PELLOUX, *AFDI*, 1968, vol. 14, n° 1, pp. 201-216 ; obs. J. VERHOEVEN, *RBDI*, 1970, vol. 6, n° 1, pp. 353-382.

qui relève fondamentalement du registre philosophique, et non proprement juridique, impliquant naturellement une dimension idéologique. Or, tant empiriquement – quant à l'ensemble de la jurisprudence conventionnelle en la matière, que théoriquement – quant à l'accessibilité même de la substance (condition élémentaire de sa protection), la question se pose de savoir dans quelle mesure la notion renvoie véritablement à une substance. Inversement, ne représente-t-elle pas qu'une formule ? Une image ? Une expression, à l'instar de la locution familière ? Si tel est le cas, on en déduirait, dès lors, que la protection de la substance du droit est convoyeuse d'utopie, générant l'illusion s'agissant d'une vision du droit fort éloignée de la réalité de l'office judiciaire.

§ IV. Les conditions de l'étude de la protection de la substance du droit conventionnelle

12. LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT CONVENTIONNELLE : UN OBJET D'ETUDE RESTREINT. Ce contexte rend nécessaire, voire impérieux, d'entreprendre de lever le voile sur la protection de la substance du droit en élucidant la ou plutôt les manières dont le juge conventionnel – et notamment la Cour européenne – l'envisage, et en perçant à jour les troubles qui la traversent.

Ainsi, l'étude se dirigera essentiellement vers le matériau prétorien strasbourgeois, base directe de manifestation de la notion dans le système considéré. A cet égard, un examen de la totalité de la jurisprudence a été requis, procédant par une succession de filtres et de tris à la captation générale et systématique de références répertoriées sur le site HUDOC depuis l'origine du contrôle conventionnel, issues des organes juridictionnel, para-juridictionnel ou politique jouant dans le contrôle de l'application de la Convention. Il s'est alors agi de convoquer non seulement les décisions et arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (quelque formation que ce soit), les décisions et rapports de la défunte Commission européenne des droits de l'homme, les résolutions du Comité des ministres⁶³, que les opinions séparées des juges à la Cour, l'argumentation des parties aux litiges, rendant compte aussi largement que possible de l'emploi de la protection de la substance du droit selon les mots-clés retenus s'agissant de la notion elle-même ainsi que ses synonymes périphériques. Sélectionnées et classifiées au sein de divers tableaux, plus de 900 références jurisprudentielles ont été jugées pertinentes au regard d'un sens ou d'une fonction juridique globalement associés à la notion. Elles ont dès lors fait l'objet d'analyses approfondies suivant un ensemble de champs et critères, tels la formulation d'une référence donnée,

⁶³ Notons néanmoins qu'elles se sont révélées ne pas présenter de matière supplémentaire aux jugements rendus.

l'endroit du jugement où elle se situe, l'article concerné, sa traduction en langue anglaise, et particulièrement la conception de la notion véhiculée. A cet égard, il semblait globalement qu'une grille de lecture binaire, héritée du travail de Master 2, opposant l'évocation de substances propres absolument intangibles et l'assimilation à la proportionnalité – soit la plus à même d'expliquer les emplois de la notion. Toutefois, l'analyse des références jurisprudentielles a fréquemment révélé en pratique soit la mixité ou l'imbrication de conceptions, soit une simple probabilité ou neutralité quant à la démarche du juge, soit encore des logiques particulières ne s'apparentant pas directement à notre grille d'analyse. Au-delà, des grandes lignes de jurisprudences se sont distinguées, la majorité des manifestations de la notion se rattachant à des modèles types ou formes récurrentes.

Soulignons, par ailleurs, que dans cette recherche les termes ont toute leur importance ; tant dans leur choix, en vue de l'identification de la notion (tenant dûment compte de la pluralité de vocables synonymes), que dans l'analyse des formulations se voyant isolées, eu égard à la diversité de tournures de phrases (s'agissant notamment des aspects grammaticaux de conjugaison, et de syntaxe). Pour autant, aucune rigueur et précaution ne pourront pallier l'inhérente extériorité du positionnement doctrinal vis-à-vis de la jurisprudence – surtout en une matière empreinte d'une telle évanescence ; même la réalisation d'entretiens de membres de la juridiction en cause.

Il ne pourra alors être fait l'impasse sur le droit comparé, le large socle juridique commun à la thématique générale fournissant, comme cela a été précédemment perçu, une source dense d'informations et de réflexions conceptuelles ou critiques susceptibles de nourrir et d'appuyer l'étude de la notion conventionnelle. Plus précisément, trois systèmes juridiques entretenant des rapports particulièrement forts et durables avec le concept en général se verront utilisés : les droits constitutionnels allemand, suisse et espagnol. Ayant donné lieu à des manifestations empiriques ainsi qu'à des études doctrinales riches et influentes en la matière, ils représentent pour cette étude des ressources complémentaires privilégiées, permettant la mise en perspective et le décryptage du droit de la Convention.

Finalement, par-delà la grande fécondité du champ strictement national – notamment dans le cadre des trois ordres distingués – quant aux réflexions sur la protection de la substance du droit, l'inspiration et le soutien de l'examen entrepris ici reposeront sur les écrits de doctrine tenant au domaine des droits de l'homme, généralement. Notons qu'ils recouvrent alors un aspect régulièrement comparatiste – tant au niveau interne, régional, qu'international, et profondément théorique. Aussi, quels que soient l'ordre d'origine et leur spécialité principale, la dimension de théorie du droit, globalement, est commune aux analyses réalisées sur la

protection de la substance du droit, pointant inopinément son appartenance au monde abstrait. C'est au moyen de ce triple appareil qu'il s'agira de lire la notion conventionnelle.

13. LES DIFFICULTES MAJEURES DE L'ETUDE DE LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT CONVENTIONNELLE. Une fois le cadre fixé, il convient cependant de souligner que la réalisation d'une telle ambition se voit spécialement confrontée à la dimension théorique prédominante de l'analyse. Elle se manifeste dans deux types d'obstacles interdépendants. Le premier tient non seulement au caractère implicite du matériau jurisprudentiel analysé, mais aussi à l'écart y existant entre proclamation et pratique de la Cour. Plus précisément, la faiblesse des renseignements directement issus de la jurisprudence ainsi que sa confusion semblent conduire à restreindre indéniablement la teneur de l'étude. Le second concerne l'acte de théorisation de l'objet d'étude, pour laquelle l'extension ou l'extrapolation les plus souvent nécessaires de la jurisprudence strasbourgeoise comportent le risque d'aboutir à un modèle excessivement abstrait ou artificiel, et finalement moins révélateur de la compréhension véritable de la protection de la substance du droit. Aussi, bien qu'elle essaye de se fonder premièrement sur la jurisprudence, et en ce sens, relève de l'induction, l'analyse pourra alors apparaître largement théorique, se muant en une démarche déductive.

§ V. La structure de l'étude de la protection de la substance du droit conventionnelle

14. L'APPREHENSION STRASBOURGEOISE DE LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT A TRAVERS DEUX PERSPECTIVES : ENTRE CONCURRENCE ET COHABITATION. Tout en gardant à l'esprit ces considérations, l'étude de la protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme semble pouvoir s'organiser autour d'une grille double, le juge balançant entre des visions opposées de la notion. Bien qu'elles paraissent entièrement inconciliables, l'observation de la jurisprudence conventionnelle conduirait à soutenir la thèse suivante : l'appréhension de la protection de la substance du droit repose, en réalité, sur une conjugaison de ces deux perspectives. Telles les facettes d'une même pièce, elles se révéleraient, en l'état actuel, inséparables et complémentaires. Il en résulte le parti pris d'expliquer chacune de ces deux perspectives tant dans leurs significations et implications théoriques, que dans leurs expressions pratiques au sein de la jurisprudence strasbourgeoise.

15. LA PROTECTION D'UNE SUBSTANCE PROPRE A UN DROIT DE LA CEDH. Un premier degré de lecture dérive directement de la dimension philosophique de la protection de la substance du droit – expliquant en partie le choix de sa dénomination, et en exacerbe la finalité première. Comprise comme une entité générale, la notion de protection de la substance du droit se

distingue de son élément constituant principal. Véritable « objet » spécifique à un droit, la substance représente ainsi la limite tangible, concrète, mais surtout ultime face aux limitations étatiques. De ce point de vue, à la différence d'autres mécanismes qui considèrent davantage l'entité globale « droit de l'homme », visant à en protéger indistinctement le contenu, la protection de la substance du droit consacre la garantie immuable d'une part fixe du droit (Partie 1).

16. UNE PROTECTION DE LA SUBSTANCE DES DROITS DE LA CEDH. Le second degré de lecture coïncide paradoxalement avec une vision plus pratique, concrète, et efficace du droit. Contrairement à la première perspective, la protection de la substance du droit est alors uniquement envisagée comme un mécanisme de protection des droits conventionnels. Elle symbolise – plutôt qu'elle ne forme – une limite aux excès des Etats membres dans le cadre de leur mise en œuvre desdits droits. Mais cette limite, telle qu'elle a été jusqu'alors conçue, est foncièrement variable, dépendant des éléments – facteurs contextuels et autres intérêts – propres à une espèce. Mue par le but du meilleur épanouissement de la notion, notre recherche n'hésitera pas à corriger ou bien dépasser – ce, à quelconque stade de l'étude – les nombreuses déficiences de la jurisprudence en la matière, notamment pour esquisser une perception qui en assure la finalité profonde, l'effectivité des droits de l'homme (Partie 2).

Partie 1. Un « objet » intangible inhérent au droit.

Partie 2. Un mécanisme de protection des droits.

PARTIE 1. UN « OBJET » INTANGIBLE INHERENT AU DROIT

17. LE POSTULAT D'UN IDEAL. Selon un premier angle de lecture, il semble permis de soutenir que la Cour européenne des droits de l'homme, par son recours à la notion de protection de la substance du droit, vise un « objet » intangible composant un droit garanti par la Convention. Une telle approche a pour effet de matérialiser (ou de substantialiser, en l'occurrence) la notion générale, puisqu'il s'agit de reconnaître l'existence propre d'une substance intrinsèque à un droit, composante immuablement insusceptible d'atteinte, au-delà de sa réalité instrumentale et idéale. Or, cette interprétation de la protection de la substance du droit ressortirait tant de la notion elle-même, dans sa compréhension instinctive et littérale, que – plus ou moins explicitement, et dans tous les cas, partiellement – de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, il est postulé que la protection de la substance du droit, par le juge de Strasbourg, convoie une dimension idéale (*Titre I*). A quoi la qualification d'« idéal » se réfère-t-elle, directement et indirectement ? S'agissant du premier aspect, l'idéal se comprend notamment, selon le dictionnaire *Larousse*⁶⁴, comme un « *modèle qui correspond à ce que quelqu'un, une collectivité estiment être parfait* ». D'après le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, outre son sens absolu « d'Idéal », il renvoie à ce que « *l'on se propose comme type parfait ou comme modèle dans un certain ordre de pensée ou d'action* »⁶⁵. Transposé à notre cas d'étude, c'est donc l'idée ou conception « parfaite » que se fait le juge de la protection de la substance du droit qu'il s'agira de mettre en lumière tout au long de ce *premier Titre*. Souvent supputé, parfois reconstruit en raison des silences et non-dits de la jurisprudence européenne, le contenu du modèle présenté trouvera certainement des limites dans la réalité empirique. Néanmoins, l'idéal entourant l'appel à la protection de la substance du droit, au sein du système conventionnel, constituera une balise guidant l'interprétation du matériau jurisprudentiel à l'examen.

18. L'ILLUSION DE L'IDEAL. Une fois éclaircie la notion d'idéal sous son aspect « positif », un deuxième élément d'analyse s'invite automatiquement à notre réflexion. Qu'en est-il de sa réalisation ? Là encore, il est question de confrontation à la réalité judiciaire. Or, l'usage de l'attribut « idéal » permet de relayer adéquatement la part d'illusion ou d'enchantement⁶⁶

⁶⁴ Dictionnaire *Larousse* en ligne

(<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/id%C3%A9al/41392?q=id%C3%A9al#41286>).

⁶⁵ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., pp. 433-435.

⁶⁶ Il semble à cet égard pertinent d'évoquer la notion de « *mythe conceptuel* », présentée par Christian ATIAS, laquelle recouvre tant les idées d'héritage, d'histoire et culture juridique, que d'indétermination de sens et de

Partie 1. Un « objet » intangible inhérent au droit

accompagnant la référence conventionnelle à la protection de la substance du droit. Ainsi, l'idéal dont il est question semble, en tout état de cause, passer difficilement l'épreuve de l'application pratique au contrôle du juge européen. Il conviendra alors de démontrer que la mise en œuvre, par la Cour de Strasbourg, de ladite conception apparaît rapidement et largement imparfaite (*Titre 2*).

portée (C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit », 4^e éd. mise à jour, 2016, pp. 353-356).

TITRE 1. UNE CONCEPTION IDEALE

19. LA THEORIE ABSOLUE : ELEMENTS DE DEFINITION. La présentation de la conception idéale du juge européen, en matière de protection de la substance du droit, appelle deux remarques principales. En premier lieu, l'idéal dont il s'agit s'exprimerait au travers une théorie absolue. D'après le *Larousse*⁶⁷, l'adjectif « absolu » renvoie principalement à ce « *qui n'admet aucune restriction, aucune exception ni concession* » ; on pense ainsi au caractère absolu d'un droit, ou plus précisément, au caractère absolu de sa protection⁶⁸. A cette signification, il est possible d'en ajouter une autre, se référant au caractère opposable à tous d'une notion, concept ou, proprement au domaine juridique, d'un droit⁶⁹. Mais c'est le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* qui offre l'appréhension la plus complète, quant à la présente étude, de la notion d'absolu. Ce dictionnaire en expose, tout d'abord, les sens logique et psychologique, l'absolu renvoyant notamment aux termes « *qui expriment des notions considérées comme indépendantes, en ce sens qu'elles ne sont pas posées comme impliquant un rapport à un autre terme* », ou à « *ce qui ne comporte aucune restriction ni réserve en tant qu'il est désigné par tel nom* », ou bien est-il pris comme un synonyme d'« *a priori* » au sens métaphysique de ce qui « *n'est pas relatif, qui n'a rien de contingent* ». Au sens purement métaphysique, cette notion désigne « *ce qui, dans la pensée comme dans la réalité, ne dépend d'aucune autre chose et porte en soi-même sa raison d'être* », autrement dit, une chose en soi, existant en elle-même, ou encore ce qui est « *en dehors de la relation en tant que fini, parfait, achevé, total* »⁷⁰. Au regard de ces divers aspects de définition, il peut être avancé que le caractère absolu recouvrera des significations légèrement différentes selon l'objet spécifique auquel il s'applique ; ceci nous conduisant à la seconde remarque annoncée.

20. UN OBJET DOUBLE. De la prémisse initialement formulée, il découle, en second lieu, que l'idéal se rapportant à une notion générale de protection de la substance du droit viserait, par résurgence, deux éléments constitutifs : la substance, et sa protection particulière. Il s'agira ainsi de les distinguer dans le présent travail de recherche. Cela étant dit, il convient

⁶⁷ Dictionnaire *Larousse* en ligne (<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/absolu/269?q=absolu#260>).

⁶⁸ Voir F. TULKENS, « Dérogation », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 267-271 (particulièrement pp. 270-271 concernant les droits intangibles) ; ou encore, R. OGIEN, « Ethique (Grandes doctrines de l'éthique et droits de l'homme) », *ibid.*, pp. 398-402, spécialement p. 398 faisant référence à « *la priorité absolue* » conférée à certains droits individuels.

⁶⁹ Voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 5.

⁷⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, pp. 4-7.

dès à présent d'avouer que cette volonté de distinguer nettement la substance de sa protection, bien qu'elle reflète un processus logique dans le cadre de l'idéal prétorien postulé, trouve un faible écho dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ou dans la doctrine spécialisée. En effet, ces dernières ont plus communément tendance à réunir ou à confondre les deux éléments constitutifs de la notion générale, sans les envisager comme des « étapes » distinctes de son déploiement. Aussi, l'intangibilité apparaît plus affirmée que l'objet lui-même de cette intangibilité. A cet égard, il est frappant de remarquer l'intérêt, somme toute, minoritaire qui est porté par la doctrine à la substance du droit elle-même et à ses manifestations jurisprudentielles⁷¹. Au contraire, l'hypothèse de lecture de la jurisprudence européenne formulée ici tient dans la double manifestation de la conception idéale-absolue : premièrement, celle-ci renverrait à une certaine appréhension de la substance du droit, alors considérée comme un « objet » absolu (*Chapitre 1*), c'est-à-dire – en écho aux définitions retenues précédemment – existant en soi et *a priori*. Secondement, ladite conception idéale caractériserait aussi la protection particulière de cette substance, pouvant, dès lors, également être qualifiée d'absolue⁷² (*Chapitre 2*). Si une telle analyse doit permettre d'exposer les lignes et caractéristiques principales de l'idéal postulé, au travers de ses deux volets, elle va déjà conduire à en observer les premières limites, notamment du point de vue de sa construction théorique, au regard de la matière de la jurisprudence conventionnelle.

⁷¹ Attestant d'un tel intérêt, dans le cadre général du droit des droits de l'homme, voir notamment E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 435-475 ; P. MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », in P. MEYER-BISCH (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme...*, *op. cit.*, notamment pp. 111-113 ; J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, Staempfli, 1983, pp. 150 et s. (l'étude traitant fondamentalement du droit constitutionnel suisse) ; T. ZIMMERMANN, « Le noyau intangible des droits fondamentaux : la quête d'une définition », in E. CASHIN-RITAINE et E. MAITRE-ARNAUD (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bruxelles, Bruylant, Zürich, Schulthess, coll. « Enseignements du 3^e cycle de droit », 2008, pp. 307 et s.

⁷² Par opposition au premier angle de lecture, la question de l'existence d'une protection absolue de la substance du droit n'a pas manqué d'être posée et instruite par la doctrine, parmi les divers systèmes juridiques connaissant la notion (voir, pour illustration, A. BLECKMANN et M. BOTHE, « General report on the theory of limitation on Human Rights », *op. cit.*, pp. 111-112).

CHAPITRE 1. UNE SUBSTANCE DU DROIT ABSOLUE

21. UN OBJET PROPREMENT ET OBJECTIVEMENT CONNAISSABLE. Afin de saisir ce qu'on entend par « conception idéale » de la protection de la substance du droit, commençons par nous pencher, parmi les deux éléments auxquels elle renvoie, sur l'objet de la protection, c'est-à-dire la substance du droit elle-même. Ladite substance, ainsi que nous l'avons introduit, jouirait d'un caractère absolu, selon la conception idéale détenue par le juge européen. Concevoir la substance du droit comme un absolu signifie que celle-ci est déterminable *a priori* (*Section 1*). Autrement dit, la substance du droit, selon cette thèse, serait connaissable du juge européen « en elle-même », et ce, antérieurement à l'expérience propre⁷³.

22. UNE DETERMINATION DISCUTABLE. Toutefois, cet élément de compréhension théorique semble se confronter à plusieurs obstacles engendrés par la jurisprudence européenne elle-même (nous verrons qu'ils ne sont néanmoins pas spécifiques à cette Cour, trouvant des résonances dans les autres systèmes de juridictions faisant usage de la notion). Il s'agit, tout d'abord, de sa faible représentation dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, nuançant de fait l'influence qu'elle peut y exercer. Le second obstacle tient dans l'absence de cadre théorique à la notion, quant à sa définition, d'une part, et quant aux critères de son identification, d'autre part. En effet, passée l'affirmation dogmatique d'un objet déterminable *a priori* – la substance du droit absolue, reste la question de savoir *comment* identifie-t-on en pratique l'absolu ; autrement dit, quels sont les critères de détermination de la substance du droit absolue ? Force est de constater, avec regret, qu'ils sont laissés inexpliqués par les juges de Strasbourg (*Section 2*).

⁷³ Selon la définition qu'en donne le *Larousse* en ligne, le terme « *a priori* » renvoie à ce qui se conçoit « *en se fondant sur des données antérieures à l'expérience (par opposition à « a posteriori »)* » (http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/a_priori/4822?q=a+priori#4796) ; voir également, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., pp. 73-75.

Section 1. Une substance du droit déterminable a priori

23. UN FONDEMENT JUSNATURALISTE. Alors que le juge européen a invoqué, à l'occasion de *l'Affaire linguistique belge* de 1968⁷⁴, une substance du droit qu'il est interdit d'atteindre, il ne l'a, malgré l'entière étrangeté de la notion au système conventionnel et la multiplication progressive des références à celle-ci, jamais définie, ni n'en a précisé le cadre théorique. Si ce fait énoncé dès l'Introduction concerne la protection de la substance dans sa globalité, il affecte tout particulièrement la substance du droit même. Nonobstant celui-ci, voire en guise d'explication, il est émis le postulat que la notion de substance du droit renvoie de façon première et intrinsèque à une conception absolue. Celle-ci découle en effet indirectement des racines philosophiques de la notion, et plus directement, du fondement ou posture jusnaturaliste induite, lequel implique une vision spécifique du Droit, pour ne pas dire du monde. En effet, la posture jusnaturaliste⁷⁵ moderne, comme le droit naturel ancien, repose sur une perception dualiste du droit, le Droit objectif, considéré comme antérieur et transcendant, constituant le « modèle » d'inspiration du droit positif, adopté par les hommes. Une de ses caractéristiques principales réside donc dans le cognitivisme⁷⁶ que cette posture suppose, c'est-à-dire l'affirmation de la « connaissabilité » objective d'un droit suprême non écrit mais bien réel, trouvant son fondement dans la Raison humaine, qu'il s'agit d'identifier, et de transcrire dans le Droit actuel, positif.

24. LES MANIFESTATIONS DU COGNITIVISME. Visant à constituer la barrière ultime à toute limitation des droits garantis par les Etats contractants, l'appréhension première de la substance du droit se fonderait principalement sur un tel caractère cognitiviste. Il semble nécessaire, après l'avoir démontré, d'interroger cette caractéristique cognitiviste imprégnant la notion de substance du droit, en ce qu'elle pourrait s'avérer, à bien des égards, problématique, notamment dans le pouvoir qu'elle laisse à l'interprète. Afin d'établir l'influence jusnaturaliste propre à l'idée de substance du droit, et de distinguer les implications critiquables du cognitivisme subséquent quant à l'intelligibilité de la notion elle-

⁷⁴ Cour EDH, *Affaire linguistique belge c/ Belgique* précitée (note n° 3).

⁷⁵ Voir J. KISSANGOULA, « Jusnaturalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., pp. 570-573. – Voir, également, sur les jusnaturalismes, M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Limal, Némésis, coll. « Droit et justice », 4^e éd. refondue et mise à jour, 2012, pp. 452 et s. ; M. TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais je ? », 4^e éd. mise à jour, 2015, pp. 16 et s.

⁷⁶ Selon le Larousse en ligne, il s'agit d'une « tendance théorique qui met l'accent sur les activités supérieures humaines (la cognition), et qui accepte l'idée qu'une connaissance scientifique de ces activités est possible » (<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cognitivisme/17006?q=cognitivisme#16875>).

même, ainsi que la cohérence et la légitimité de la jurisprudence conventionnelle en général, il en sera étudié les manifestations concrètes. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence pertinente de la Cour – dont il faut souligner la faible lisibilité (indéfinition de la notion, rareté de l'identification directe, ambiguïtés et divergences du raisonnement judiciaire), la substance du droit constituerait un objet absolu en ce sens qu'elle serait déterminable, connaissable en tant que telle (§I), et ce, objectivement (§II).

§ I. Une substance du droit connaissable en tant que telle

25. La première caractéristique de la substance du droit, entendue comme absolue, constituant l'expression d'une posture jusnaturaliste du juge européen, réside dans l'existence concrète, en tant que telle, de la substance. Commençons par présenter et éclaircir le contenu théorique d'une telle proposition (A), pour en démontrer ensuite la présence pratique dans la jurisprudence européenne (B).

A) Une présentation théorique

26. DES DROITS DE L'HOMME « VIVANTS ». Derrière l'idée d'une substance du droit connaissable « en tant que telle », il s'agit de considérer la substance dans sa matérialité, comme un véritable « objet » à part entière, inhérent à un droit en particulier⁷⁷. A cette conception s'oppose celle d'une substance comprise en tant que pur *concept* de l'entendement, qu'il joue un rôle de mécanisme de protection des droits, ou soit considéré comme une simple formule, ou idée symbolique, n'ayant pas de portée pratique⁷⁸. Ainsi que cela a été présenté, la substance du droit renvoie à la notion philosophique de substantialisme, autrement dit, de croyance dans la réalité de substances, entités véritables, et non pas les seules idées qu'elles sont pour certains. Notons que cette thèse substantialiste⁷⁹ a été et reste largement débattue. Les nominalistes⁸⁰ ont, par exemple, été de fervents opposants et détracteurs de ces entités voulues réelles qu'ils analysaient comme de simples concepts,

⁷⁷ Selon Gerhard VAN DER SCHYFF (*Limitation of Rights : a study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, p. 165), il s'agit d'une « *metaphysical reality that speaks for itself* ».

⁷⁸ Cette idée sera développée dans la *Partie 2* ; nous verrons que de nombreux auteurs, dans la doctrine conventionnaliste et constitutionnaliste européenne partagent cette vision d'une notion « impraticable ».

⁷⁹ Pour une définition (quoi que tautologique), voir A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 1052.

⁸⁰ Selon le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, il s'agit d'une « doctrine d'après laquelle il n'existe pas d'idées générales (...) mais seulement des signes généraux » (*ibid.*, p. 686). – Voir, également, A. VIALA, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2010, pp. 32 et s., au sujet de l'anti-substantialisme de Léon DUGUIT.

façonnés et au service de l'esprit, ou encore des philosophes tels BERKELEY ou HUME⁸¹ ont par suite rejeté leur existence. Derrière le recours à cette notion par le juge de la Convention, il y aurait donc une sous-partie ou sous-composante aux droits, nommée substance. Cette construction intellectuelle suppose que le droit en question soit appréhendé comme une structure générale, un droit « valise », contenant en son sein un ensemble constitué de sous éléments spécifiques : des propriétés, des caractères du droit.

27. LA PREMIERE DES COMPOSANTES D'UN DROIT. La substance du droit se distinguerait ainsi des autres composantes concrètes identifiables au sein d'un droit en raison de sa valeur et de sa place essentielles, premières, dans le droit en question⁸². Ce sont précisément ces deux aspects – la détermination de la composante détenant cette valeur extraordinaire *stricto sensu*, d'une part, et l'enjeu de la place ensuite conférée à celle-ci, eu égard à l'ensemble des composantes du droit, d'autre part – qu'il conviendra d'analyser et de questionner, tout au long de ce *Chapitre*.

Mais avant toute chose, il faut se demander quelle est donc cette valeur qui confère un statut spécial à la composante « substance » au sein d'un droit ? L'étude des critères d'identification de celle-ci permettra de dégager les pistes majeures de réponse à cette question. On peut, cependant, dès à présent remarquer, usant d'un langage proprement tautologique, que la substance du droit est la partie ou composante essentielle de ce droit⁸³. Afin d'éviter la

⁸¹ Sur le courant phénoméniste, voir C. GODIN, *Dictionnaire de philosophie*, Paris, Fayard, Editions du Temps, 2004, p. 1266 ; A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, pp. 767-768.

⁸² Cette conception apparaît plus ou moins directement dans la doctrine, tant spécialisée dans le droit conventionnel, que relative au droit des droits de l'homme généralement (international, comparatiste et national). – Quant à la première, voir 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, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. Collection générale », 2001, pp. 354-356, sur la répartition des prérogatives contenues dans le droit, considérées essentielles ou accessoires. – Quant aux suivantes, voir E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 437-438, précisant explicitement que le noyau intangible devrait être défini « *a priori, de manière générale et abstraite* » ; E. BREMS, *Human Rights : Universality and diversity*, The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff, coll. « International studies in human rights », 2001, pp. 410-411, distinguant le « cœur », qui ne doit jamais être affecté, et la périphérie d'un droit ; A. MACHERET, « Le noyau intangible des droits de l'homme : sources nationales et internationales », in P. MEYER-BISCH (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 33, renvoyant au « noyau élémentaire de protection » ainsi qu'aux « standards minima » dont l'article 19 de la Loi fondamentale allemande permet la garantie ; J.-B. MARIE, « La quête du noyau intangible », in P. MEYER-BISCH (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 14, évoquant le noyau irréductible requis pour que le droit existe et fasse sens ; P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP*, 2006, n° 4, p. 1002 notamment, faisant référence à un noyau fixé « *ex ante* » ; B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne : limitation et protection*, thèse dactylographiée, Université de Lille II, 1990, pp. 390-391, le noyau substantiel du droit étant constitué, pour l'auteur, des « particularités qui résultent de sa nature et de sa substance fondamentale » ; S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, p. 615, affirmant que « la théorie du noyau dur signifie normalement qu'il existe une part intangible dans chaque droit fondamental, un ensemble de prérogatives auxquelles il ne pourrait être porté atteinte dans aucune circonstance ».

⁸³ Pour un exemple cité par S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 355.

répétition, on préférera le choix de l'adjectif « fondamental », qui retranscrit tant le caractère principal qu'indispensable de l'élément qualifié de substance. En effet, l'emploi analogue de termes tels que le « cœur » ou le « noyau dur » du droit, renvoie directement à l'idée de vitalité, prégnante dans la conception ici étudiée⁸⁴. La substance est donc l'élément indispensable à l'existence effective même d'un droit. Ainsi, elle sera la composante ou propriété, ou bien le groupe de celles-ci, jouissant d'une protection spéciale, dérogatoire, absolue car elle ne peut et ne doit être affectée⁸⁵.

28. D'AUTRES THESES RATTACHEES A LA CONCEPTION ABSOLUE. Cela étant établi, il importe de signaler que cette première hypothèse ne constitue pas l'unique façon d'interpréter la forme prise par la substance du droit, telle que comprise dans l'idéal ou conception absolue.

– LE COUPLE « JOUISSANCE/EXERCICE ». A côté de celle-ci, il faut notamment évoquer une autre interprétation percevant la substance du droit non plus comme une composante matérielle définie au sein d'un droit, mais axée autour du couple « *jouissance/exercice* »⁸⁶. Celle-ci consiste à rapprocher la substance de la capacité de jouir des prérogatives qui le composent, alors que l'exercice desdites prérogatives relève de la partie accessoire de ce droit⁸⁷. Dans cette mesure, la seconde théorie peut être qualifiée d'hybride en ce que la substance du droit s'y définit relativement au niveau d'atteinte, tout en étant susceptible de protection absolue, ainsi que nous le verrons.

– LES DIMENSIONS « OBJECTIVE/SUBJECTIVE ». Parallèlement, mentionnons l'existence dans les systèmes germanophones notamment de la théorie dite de l'*institution*. Cette notion

⁸⁴ – Remarquons, à cet égard, que dans la jurisprudence dite « *Droit de grève* » (STC 11/1981, 8 avril 1981 (BOE n° 99 du 25 avril 1981)), fondement juridique 8, le juge constitutionnel espagnol envisageait le contenu essentiel d'un droit comme la partie « *absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos* » (nous soulignons). – Sur l'analogie des notions de cœur, de noyau, avec la substance du droit, voir notamment P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 979.

⁸⁵ Yves RODRIGUEZ affirme ainsi qu'« *il s'agit là d'un concept de valeur absolue quelles que soient les circonstances invoquées pour limiter ce droit, on doit toujours lui conserver ses caractéristiques essentielles* » (P. BON, F. MODERNE, Y. RODRIGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1984, p. 246).

⁸⁶ – Pour une réflexion globale autour de l'utilité du binôme, voir I. MARIA, « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP G*, 2009, I, n° 23-24, 149, pp. 17-21. – Pour des références au lien entre la notion à l'étude et un tel binôme, dans l'ordre interne : voir, par exemple, la note de E. GARAUD, *Bull. Joly Sociétés*, 2003, n° 3, p. 282, sous Cass., 1^{ère} Civ., 19 novembre 2002, *Bull. civ. I*, n° 275 ; complémentarément, J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse dactylographiée, Université de Limoges, 2001, pp. 111-112 ; dans l'ordre communautaire : voir, par exemple, les conclusions significatives de l'avocat général TRABUCCHI sur CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73, ECLI:EU:C:1974:27 ; et, dans la doctrine, R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 364 ; P. THIEFFRY, « Contentieux de la validité des mesures communautaires de protection de l'environnement : le retour », *Gaz. Pal.*, 15 avril 2006, n° 126, pp. 878-879.

⁸⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 355-356.

renvoie avant tout à une théorie développée en Allemagne et en Suisse⁸⁸ assimilant exclusivement la substance et sa protection à la dimension institutionnelle du droit, conçu « objectivement »⁸⁹, c'est-à-dire eu égard à son rôle et à son importance dans la société. Il s'agit, explique Jörg-Paul MÜLLER « *de ne pas supprimer l'effet général d'un droit fondamental* »⁹⁰. L'exemple le plus courant au sein de ces deux systèmes juridiques d'une institution juridique au sens précité est celle de la propriété⁹¹. A cette conception s'oppose celle soutenant qu'une atteinte à la substance du droit peut tout autant viser la dimension « subjective » d'un droit, alors même que l'institution se trouve garantie, s'attachant là à une perspective strictement individuelle ou personnelle du droit dont jouit et qu'exerce un individu (ou quelques-uns). Ainsi, outre l'aspect objectif, « *il faut, de plus, que les droits fondamentaux d'une personne ne soient en aucune circonstance restreints au point d'être dépourvus de tout signification pour celle-ci* »⁹². Néanmoins, ce couple conceptuel semble lui aussi renvoyer dans la doctrine davantage à la protection de la substance d'un droit qu'à la

⁸⁸ Voir notamment, – concernant la doctrine allemande, B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., pp. 386 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 372 ; – concernant la doctrine suisse, J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse. Supplément 1967-1982*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1982, p. 209 ; M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », in P. MEYER-BISCH (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 72-73 ; M. HOTTELIER, « La garantie constitutionnelle de la propriété en droit fédéral suisse : Fondement, contenu et fonctions », *RIDC*, 1997, n° 1, spécialement pp. 149-151 ; C.-A. MORAND, « Le noyau intangible des droits constitutionnels », in P. MEYER-BISCH (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 59-60 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 363-364 ; T. ZIMMERMANN, « Le noyau intangible des droits fondamentaux... », op. cit., pp. 311-316. Notons néanmoins que la doctrine espagnole, comme la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol (STC, 37/1987) s'est aussi saisie de cette notion (voir, par exemple, F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 450-452).

⁸⁹ Notons que, pour David CAPITANT, la confusion des notions de noyau obligatoire de l'institution et de substance du droit (au sens de l'article 19-2) « *conduit à adopter de la notion de substance une conception assez peu protectrice* », uniquement institutionnelle, alors même que les deux notions n'interviennent pas au même niveau : celle de noyau jouant « *lors de la définition du domaine protégé par le droit fondamental* » dans le but de « *limiter les possibilités d'aménagement* », celle de substance permettant quant à elle « *dans le cadre du droit défini, de limiter les possibilités d'ingérence* » (D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, p. 230).

⁹⁰ J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, op. cit., p. 161.

⁹¹ Voir, – en droit constitutionnel allemand, BVerfGE 24, 367, 18 décembre 1968 ; – droit constitutionnel suisse, ATF 88 I 248 (255), 14 novembre 1962, « *Dafflon* » ; ATF 103 Ia 417 (418), 5 octobre 1977, considérant 2 ; également, dans la doctrine, M. HOTTELIER, « La garantie constitutionnelle de la propriété en droit fédéral suisse... », op. cit., notamment pp. 143 et s. ; E. RONZANI, *L'interprétation créatrice de la constitution par le juge constitutionnel en France et en Suisse*, op. cit., pp. 17-18 ; – parallèlement, l'usage du terme dans la doctrine interne française (par exemple, F. TERRE, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits*, n° 1, 1985, p. 48).

– Remarquons, par ailleurs, que si la garantie de l'institution peut potentiellement concerner plusieurs droits (et libertés), elle ne semble pas être universellement applicable (voir, notamment, pour la jurisprudence allemande, B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., pp. 407-408 ; et pour la jurisprudence suisse, J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse. Supplément 1967-1982*, op. cit., p. 209).

⁹² J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, op. cit., p. 161. Voir aussi, parmi d'autres, M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », op. cit., p. 73.

substance en elle-même et pour elle-même⁹³. Ce qui ne devra cependant pas empêcher de rechercher, tout comme pour la théorie « jouissance/exercice » précédemment présentée, si elle trouve une résonance dans la jurisprudence de la Cour européenne.

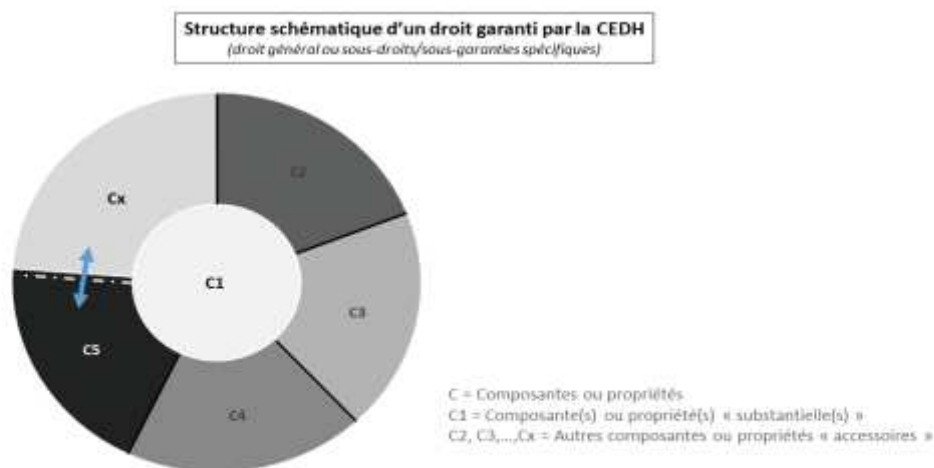
29. LA STRUCTURE COMPLEXE DES DROITS. Enfin, il faut revenir à la première interprétation proposée, afin d'en clore la présentation par une dernière remarque. Notons qu'au découpage « substance / accessoire » du droit précédemment exposé, doit être ajoutée la prise en considération de la structure complexe des droits prévus par la Convention, qui reçoivent une désignation large dans les articles de cet instrument. De tels droits se voient ainsi composés de différentes strates de droits, puisqu'ils sont subdivisés en diverses garanties ou sous-droits particuliers, eux-mêmes fréquemment re-subdivisés tant que de besoin, telles des poupées russes. Cette approche est observable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ayant largement développé les garanties attenantes aux droits protégés (en parallèle des divers développements en matière de champ d'application, et d'obligations particulières contenues)⁹⁴.

30. SCHEMA SYNTHETIQUE DE L'HYPOTHESE. En vue d'expliciter ces propos, il semble possible de recourir au schéma suivant, empruntant à l'idée d'une représentation graphique proposée par Sébastien VAN DROOGHENBROECK dans sa thèse de doctorat⁹⁵ :

⁹³ Au-delà de la perception du droit « en tant » qu'*institution* ou *droit subjectif* qui renseigne très abstraitement sur la substance, Michel HOTTELIER semble toutefois suggérer l'existence d'une substance déterminable en soi au travers ses propos relatifs à la garantie de l'institution. Cette dernière renvoie ainsi à des « *éléments objectifs de l'ordre juridique* », ou à un « *ensemble de principes directeurs de l'activité étatique* » (*ibid.*, p. 72 ; voir également, M. HOTTELIER, « La garantie constitutionnelle de la propriété en droit fédéral suisse... », *op. cit.*, p. 143). Il s'agit, précisément, de « *la sauvegarde des droits essentiels de disposition et de jouissance* » du propriétaire (*ibid.*, p. 150), introduisant, néanmoins, un aspect variable dans l'identification de la substance du droit en cause.

⁹⁴ – Quant à cette thématique en générale, voir F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I, n° 28, 335, pp. 1365 et s. ; F. SUDRE, « La réécriture de la Convention par la Cour EDH », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 597-605. – Quant à un exemple particulier, pertinent qui plus est en matière de protection de la substance, on pense en premier lieu au « travail » effectué par la Cour sur le terrain de l'article 6 de la Convention (voir, spécifiquement, F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1367). Ainsi, le droit protégé par l'article 6 se compose d'un ensemble de garanties (Cour EDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*, req. n° 2689/65, série A11, § 25), ou « sous-droits », qui ont été largement développées par la Cour ; de sorte qu'« *au volet central des garanties procédurales stricto sensu, énoncées implicitement (égalité des armes) ou expressément (indépendance et impartialité du tribunal, publicité, célérité de la procédure) dans le texte de l'article 6, sont ajoutés deux droits « matériels », le droit d'accès à un tribunal, d'une part, et, d'autre part, le droit à l'exécution des décisions de justice* » (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental. Classiques », 13^e éd. refondue, 2016, p. 577). – Pour des précisions sur l'une de ces garanties majeures, constituant le terrain le plus actif parmi les autres garanties à propos desquelles la Cour a expressément interdit l'atteinte à la substance du droit (plus de 50 % des arrêts rendus), voir L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

⁹⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 354-355 notamment (typologie elle-même inspirée de Theodor MAUNZ).



31. Il convient maintenant d'éprouver cette hypothèse à l'aune de la jurisprudence européenne. Or, comme l'a constaté Sébastien PLATON, « *s'il est possible de concevoir abstraitement l'existence d'un ensemble de prérogatives qui ne peut en aucunes circonstances faire l'objet de limitations, il est en revanche délicat de déterminer concrètement ce que sont ces prérogatives « absolues », qui seraient totalement à l'abri de toute ingérence* ». ⁹⁶

B) Une démonstration pratique

32. UNE DEMONSTRATION POTENTIELLEMENT CONFIRMATIVE. Au moment de confronter cette première perspective théorique, soutenant l'existence d'une substance du droit en tant que telle, à la jurisprudence de la Cour européenne, il paraît nécessaire de rappeler que cette recherche pratique se voit immédiatement entravée par la faible quantité d'arrêts identifiant directement la substance.

Néanmoins, il semble possible de trouver au sein de la jurisprudence européenne certaines illustrations de cette thèse. Sans anticiper les développements du *Chapitre 1* du prochain *Titre*, consacré à l'examen de l'identification pratique de la substance par la Cour de Strasbourg, peut être cité comme exemple le terrain de l'article 5, prévoyant le droit à la liberté et à la sûreté. Ainsi, il semble que le juge européen ait plusieurs fois relevé quant à ce droit des éléments déterminés assimilés à la substance reconnue⁹⁷. Il l'a notamment fait dans l'un des rares arrêts évoquant une identification directe de la substance : l'arrêt de Grande

⁹⁶ S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 616.

⁹⁷ Pour une présentation complète des exemples d'identification propres à l'article 5, voir *infra*, *Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §I, B*).

chambre, *Aquilina c/ Malte*⁹⁸, du 29 avril 1999. Concernant le droit pour la personne arrêtée ou détenue selon les conditions prévues au paragraphe 1, c) de l'article 5 d'être aussitôt traduite devant un magistrat, dans une affaire où le requérant avait, à la suite de son arrestation pour soupçon d'attentat à la pudeur, été traduit dans les quarante-huit heures devant un premier juge judiciaire dont la compétence en matière de remise en liberté était conditionnée au dépôt d'une demande de libération sous caution, la Cour a rappelé que le contrôle judiciaire de la détention doit non seulement avoir lieu rapidement, mais doit être automatique ; aussi l'exigence d'une demande formée au préalable par la personne détenue pourrait même priver la garantie offerte par l'article 5 § 3 de sa substance, cette disposition « *visant à protéger l'individu contre la détention arbitraire en garantissant la soumission de l'acte privatif de liberté à un contrôle judiciaire indépendant* ».

Si cette illustration tirée de la jurisprudence européenne paraît, à première vue, corroborer l'hypothèse d'une conception absolue de la substance du droit, entendue comme un objet déterminé, elle témoigne aussi d'une menace envers celle-ci, eu égard à la teneur de la substance supposément identifiée, similaire à la lettre même de la disposition en cause⁹⁹. Là encore, l'étude générale des manifestations empiriques de l'identification, lors du prochain *Titre*, permettra de pleinement adresser la pertinence et portée d'une telle menace.

33. UN CONSTAT SIMILAIRE EN DROIT COMPARE. Il semble, par ailleurs, que l'étude du droit comparé s'avère extrêmement instructive à l'égard du constat précédemment établi concernant la jurisprudence de la Cour européenne dans sa globalité. En effet, on y retrouve la même difficulté d'interprétation de la jurisprudence des juges constitutionnels, s'agissant de la notion de substance du droit ; il apparaît que lorsque concrètement évoquée à l'égard d'un droit, ladite substance ne renvoie pas systématiquement à une composante précise, en tant que telle, dans la jurisprudence des juges constitutionnels allemand, suisse et espagnol¹⁰⁰. *A contrario*, il semble possible d'en trouver un exemple dans un arrêt allemand¹⁰¹ de principe, évoquant la notion d'intimité inviolable¹⁰² ; dans l'arrêt espagnol fondateur du 8 avril 1981¹⁰³,

⁹⁸ Cour EDH, Gde ch., 29 avril 1999, *Aquilina c/ Malte*, req. n° 25642/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-III, § 49 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2000, n° 1, pp. 107-108.

⁹⁹ Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 468.

¹⁰⁰ Ainsi, le juge constitutionnel Suisse semble par exemple s'orienter plus largement vers une conception de la substance du droit indéterminée ou relative, correspondant à la thèse précitée axée sur le couple « jouissance/exercice » du droit (voir, notamment, l'arrêt « *Dafflon* » précité (note n° 91) ; ATF 90 I 29 (37), 25 mars 1964).

¹⁰¹ BVerfGE 44, 353, 24 mai 1977.

¹⁰² La Cour de Karlsruhe faisant également référence à la sphère inviolable de la vie privée (voir, par exemple, BVerfGE 6, 32, 16 janvier 1957, « *Elfes* »), ainsi qu'au « noyau dur absolument protégé » de celle-ci (voir, par exemple, BVerfGE 34, 238 (245), 31 janvier 1973).

par lequel le Tribunal constitutionnel propose une méthodologie afin d'identifier la substance et l'applique en l'espèce au droit de grève ; et enfin, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse¹⁰⁴, distinguant dans un arrêt du 28 juin 1972¹⁰⁵ le droit à la vie – directement associé à sa substance même – du reste de la liberté personnelle, ou précisant à l'occasion d'un arrêt du 12 novembre 1997¹⁰⁶ que le noyau intangible de la liberté religieuse « *comprend l'interdiction de contraindre quelqu'un à adopter une conviction et, d'autre part, qu'il ne comporte pas les manifestations extérieures d'une conviction* ».

34. LES CRITIQUES AFFECTANT L'HYPOTHESE. Une fois exposé ce premier caractère propre à la conception absolue de la substance du droit, plusieurs critiques doivent lui être objectées. Ainsi, la thèse cognitiviste sous-tendue ici peut recevoir à titre principal deux critiques, toutes deux dépassant la stricte thématique de la substance du droit.

– LA CRITIQUE DU DROIT NATUREL ANCIEN. Pour commencer, il paraît pertinent de relayer les griefs émanant d'une part de la doctrine se reconnaissant d'une branche du droit naturel aux fondements antiques, et hostile à l'idée d'un droit figé, intangible, ou « pré-jugé ». Le droit, tel qu'il est conçu selon ce premier (originellement) courant du droit naturel¹⁰⁷, n'est autre qu'une infinité de rapports conjoncturels fondés sur des intérêts adverses et ordonnés par le juge selon l'espèce. Qualifiée de réaliste, cette vision s'oppose diamétralement, d'après Petr MUZNY¹⁰⁸, à celle véhiculée par la Cour européenne des droits de l'homme au travers le recours à la notion de substance du droit, renvoyant à une réalité absolue, parfaitement intangible. Ainsi, invoquer la notion de substance du droit, dérivation de l'idéologie

¹⁰³ Arrêt « *Droit de grève* » précité (note n° 84), fondement juridique 8.

¹⁰⁴ Voir, de manière détaillée, P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 983-985.

¹⁰⁵ ATF 98 Ia 508 (514), 28 juin 1972, considérant 4, a).

¹⁰⁶ ATF 123 I 296, 12 novembre 1997, considérant 2, b) cc). – Il faut, par ailleurs, signaler que dans le Canton de Berne, en Suisse, le constituant local a établi la liste des « essences » attenantes aux droits, celles-ci étant déclarées absolument intangibles par la Constitution. Parmi ces interdictions absolues, on peut citer celle visant les discriminations (au titre de l'article 10-1), la torture et peines et traitements inhumains ou dégradants (au titre de l'article 12-2), et l'obligation d'accomplir des actes religieux (au titre de l'article 14-2). – Pour plus de détails (et notamment concernant les autres « noyaux intangibles », articles 17-2, 20-2, 23-2, 24-1, 25-6, 26-1), voir la Constitution du 6 juin 1993 en ligne (<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19930146/index.html>) ; et, dans la doctrine, A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Vol. II, Les droits fondamentaux*, Berne, Staempfli, coll. « Précis de droit Staempfli », 2000, p. 118 ; W. KÄLIN, « Intégration by Constitutional Review : The Case of the Swiss Federal Tribunal », in R. BIEBER et P. WIDMER, *L'espace constitutionnel européen*, *op. cit.*, p. 219.

¹⁰⁷ – Pour une expression contemporaine de ce courant, voir, en particulier, M. VILLEY, « Le droit dans les choses », in P. AMSELEK et Ch. GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1989, pp. 11 et s. ; M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit : les moyens du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », réédition, 2001, notamment pp. 260-262, opposant directement le droit naturel d'ARISTOTE, comme *relation*, à la *substance*. – Pour plus de détails sur le positionnement rattaché à celui-ci quant à la notion étudiée, voir notamment *infra*, n° 320.

¹⁰⁸ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 989-993.

subjectiviste¹⁰⁹, substantialise le droit et fige de façon irréaliste l'issue des relations d'intérêts individuels. Le droit est dans sa « *raison d'être même tout l'inverse d'une robinsonnade concentrée de manière monologique sur l'individu* »¹¹⁰.

– LA CRITIQUE DE LA THEORIE DES DROITS DE L'HOMME. Une seconde réflexion critique, d'ordre essentiellement théorique, peut être dégagée des conséquences d'une telle conception de la substance sur le rapport entre les différentes composantes d'un droit ; précisément, on vise ici la hiérarchisation au sein même d'un droit, ou plus généralement, des droits¹¹¹. En effet, étaient évoquées précédemment les questions de la valeur et de la place détenues par la substance du droit dans la conception absolue de la notion. L'existence même d'une structure du droit conceptualisée autour d'un binôme composantes « substantielle(s) / accessoires » – ces diverses composantes étant entendues comme des éléments autonomes et tangibles au sein du droit – est problématique en ce qu'elle implique nécessairement une mise en concurrence au sein des droits, en termes de valeurs, et ainsi une gradation de leurs composantes au regard du « régime » dont elles sont pourvues, bénéficiant alors d'une protection plus ou moins élargie en cas de limitations d'un Etat défendeur.

Mais ces propos semblent pouvoir s'appliquer également à un autre phénomène observable dans la jurisprudence européenne : la reconnaissance différenciée par la Cour européenne de la protection d'une substance d'un ou de plusieurs sous-droits particuliers, au sein du droit général. L'absence de systématisme de cette protection spécifique quant à la totalité des sous-droits inclus dans le droit général – protection qui, d'ailleurs, ne s'accompagne souvent pas d'un éclaircissement de la substance en question – pourrait suggérer une hiérarchie entre lesdits sous-droits dans l'esprit du juge européen¹¹². Y aurait-il dès lors un risque pour l'unité des droits de l'homme ? On sait en effet que la théorie des droits de l'homme, s'exprimant dans les instruments internationaux de protection, s'est établie sur un principe d'indivisibilité et d'égale valeur de ces droits inhérents à l'humain¹¹³. A défaut de construire des clivages selon des catégories de droits, la notion de substance du droit impliquerait une distinction

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 989-991. Sur le développement de la théorie des droits subjectifs, voir également, A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, notamment p. 58.

¹¹⁰ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 994.

¹¹¹ T. ZIMMERMANN, « Le noyau intangible des droits fondamentaux... », *op. cit.*, pp. 300 ; 317.

¹¹² En reprenant l'exemple du terrain de l'article 6 de la CEDH, signalons que la Cour ne reconnaît pas, pour chaque garantie qui le compose, une substance du droit protégée. Cette critique, si elle est admise, est extensible et vaudrait alors également quant aux droits généraux, n'ayant pas tous bénéficié de la reconnaissance de la protection de la substance du droit.

¹¹³ Voir, par exemple, – quant à un point de vue « classique », M.-J. REDOR-FICHOT, « L'indivisibilité des Droits de l'homme », *CRDF*, 2009, n° 7, pp. 75-86 ; – quant à une perspective renouvelée, P. MEYER-BISCH, « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2004, pp. 47-85.

interne, au profit d' (au moins) une composante ou propriété propre, ou encore d'une garantie ou droit spécifique, sanctuarisés. Il reste néanmoins possible de nuancer cet argument, en ce que, pour être praticables et « pratiqués », les droits de l'homme ont rapidement été pourvus de limites quant à leur exercice. Ces limites, distinctes selon les droits, suggèrent ainsi déjà une fragmentation des droits garantis, dans leur mise en œuvre, sans même évoquer la promotion prétorienne de certains droits (par exemple, les droits piliers de la société démocratique pour le juge européen)¹¹⁴.

35. BILAN DE L'ANALYSE. Si le premier aspect du postulat d'une conception absolue de la substance du droit dans le cadre conventionnel semble pouvoir être retenu à ce stade, on a vu qu'il supportait plusieurs critiques – tant sous l'angle de sa mise en œuvre pratique, que d'un point de vue doctrinal. Remarquons alors que l'ultime question posée, du risque généré à l'égard de l'unicité des droits de l'homme, est accentuée par le fait que l'échelle « d'essentialité » se voit déterminée par le seul juge, sur le fondement de ce qui semble fort être une conviction, ou (pré) connaissance objective.

§ II. Une substance du droit objectivement connaissable

36. UN COGNITIVISME OBJECTIF D'ORIGINE JUSNATURALISTE. Dans son aspect direct et traditionnel, la théorie cognitive suppose la « connaissabilité » du droit pour le juge, et ce, en toute objectivité. Cet aspect constitue le second caractère de la conception absolue de la substance du droit, au sens de l'ordre conventionnel. Ainsi que cela a été annoncé, dans la pensée jusnaturaliste, la thèse cognitive repose sur l'idée qu'un droit supérieur, le *Droit*, existerait là, au-dessus ou à côté de nous, et qu'il s'agirait *uniquement* de le découvrir, de le reconnaître. Ce droit ne serait donc évidemment pas le résultat de la construction d'un juge mais, considéré comme « objectif »¹¹⁵, il devrait orienter, voire commander l'application (ou non) du droit positif, dépendamment de la conformité de ce dernier au droit naturel. Les droits de l'homme¹¹⁶ constituent ainsi l'expression même de ce processus ou conception jusnaturaliste-cognitive ; ils ont été déclarés par les textes juridiques, mais leur sont

¹¹⁴ Sur la question, voir F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber Amicorum Marc-André EISSEN*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1995, pp. 381-398.

¹¹⁵ Le droit objectif est défini par le *Vocabulaire juridique* comme l'« ensemble des règles qui sont à la base de l'ordre juridique » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 700, entrée « Objectif, ive »).

¹¹⁶ Quant à cette question, voir par exemple M. PECHARMAN, « Droit naturel (Doctrines modernes du) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., pp. 313-318 ; P. GERARD, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. Collection générale », 2007, pp. 17 et s., notamment pp. 22 et s.

préexistants à eux, en ce qu'ils se dégagent directement de la nature humaine, et pour cette raison, sont transcendants au droit positif. Par ailleurs, une forme de cognitivisme a également été à la source du développement prétorien de règles de droit tels les principes généraux, notion largement diffusée depuis sa consécration par le juge administratif en 1945¹¹⁷. Derrière ce recours par le juge à un droit antérieur et transcendant se trouve plus ou moins directement l'expression de valeurs¹¹⁸ propres à une société – au sens strict ou large – donnée (ainsi que cela apparaît notamment dans les préambules de déclarations et autres textes relatifs aux droits de l'homme).

37. PISTES D'ACCREDITATION DANS LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE. Éclairés par ces éléments de compréhension, il peut être suggéré qu'en introduisant au sein du système conventionnel la référence à une substance du droit interdite d'atteinte, la Cour européenne des droits de l'homme renvoyait ainsi à un droit objectif connaissable¹¹⁹. Deux arguments semblent asseoir cette analyse : d'une part, l'absence de soubassement textuel direct à l'invocation prétorienne de la protection d'une substance du droit mystérieuse ; et d'autre part, le langage ou la syntaxe choisis par le juge européen pour évoquer une telle notion, dans sa dimension abstraite¹²⁰.

– UNE EXPLICATION A LA NON-DEFINITION DE LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT ? L'argument de l'extranéité au système conventionnel primitif¹²¹ de la notion de protection de la substance du droit ne nécessite pas de plus amples explications. Allié au mutisme de la Cour s'agissant de celle-ci, et tout particulièrement de la notion même de substance, on peut néanmoins en tirer une réflexion intéressante. Il est effectivement possible d'avancer que la conception cognitiviste-jusnaturaliste de la substance du droit constituerait une réponse non

¹¹⁷ CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, Rec. p. 213. – Sur la notion de « Principes généraux du droit », voir J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 5^e éd, 2012, pp. 97 et s. – Notons que cette notion, très largement analysée et débattue, a été diversement interprétée selon les courants doctrinaux, qu'elle soit par exemple l'expression, même indirecte, de la loi, et plus largement du droit positif (voir J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., pp. 102-106), ou l'héritage de traditions, de valeurs communes, expression formalisée d'un droit naturel (voir, notamment, C. GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit : réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2010, notamment p. 251 ; ou Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2^e éd., 1999, p. 75).

¹¹⁸ Pour une définition, voir C. BLANC-FILLY, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de la convention européenne des droits de l'homme ; 7 », 2016, pp. 19 et s.

¹¹⁹ Olivier DE FROUVILLE expose dans sa thèse doctorale les fondements d'inspiration jusnaturaliste libéraux lockiens et kantien de l'idée de protection de la substance du droit (O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'Homme et droits des traités*, Paris, Pedone, « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 2004, p. 67).

¹²⁰ L'attention portée à la linguistique, et notamment à l'énonciation de la notion constitue le fondement de notre analyse, eu égard à la diversité des formules, des emplois, de leurs significations et de leurs portées respectives.

¹²¹ Préalablement traité en *Introduction*.

seulement au défaut de fondement textuel de la protection de la substance du droit, mais aussi de définition de celle-ci. Aussi, cette conception explique certainement que l'idée de substance du droit semble claire ou aller de soi¹²² pour le juge européen, au point de ne jamais en proposer de cadre théorique.

– UNE INFLUENCE PERCEPTIBLE SUR LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT. Au-delà des déductions d'ordre purement théorique qui précèdent, une conception absolue-cognitiviste de la substance semble globalement s'illustrer dans la jurisprudence conventionnelle relative à la protection de la substance du droit, en général. Ainsi, le juge de Strasbourg fait, notamment lors du rappel des principes applicables aux affaires examinées, référence à *la* substance d'un droit qu'il s'agirait de ne pas affecter, évoquant un objet spécifique, pré-établi et familier, que n'aurait pas suggéré un vocable – essentiellement indéterminé – tel « la part ou aspect substantiel(le) » du droit. Ladite substance protégée se voit volontairement isolée pour mieux, semble-t-il, la distinguer « en propre » des autres mécanismes, plus classiques, conditionnant les limitations à l'exercice des droits garantis. Notons que l'énonciation de cette notion étant loin d'être univoque et limpide sur le terrain des principes applicables, l'observation de sa mise en œuvre sur terrain de l'application offre un grand secours en vue de confirmer une telle conception absolue. Ainsi, au travers cette découverte passée quasiment inaperçue, la Cour européenne apparaît avoir ré-invoqué la lecture *jusnaturaliste* du droit, un temps oubliée, à l'instar par exemple du constituant allemand à la suite de la Deuxième Guerre mondiale¹²³.

38. DES CONCLUSIONS ANALOGUES PROVENANT DU DROIT COMPARE. Ainsi, le langage de la Cour en la matière est fort ressemblant à celui des autres juges (notamment constitutionnels)

¹²² – Toutefois, le terme « clair », défini notamment par le *Larousse* en ligne comme ce « *qui est parfaitement intelligible, sans ambiguïté, qui se comprend aisément ou qui s'exprime ainsi et qui se fait comprendre* » (autrement dit, ce qui est manifeste ou net), ne peut être que d'appréhension relative, à un sujet d'une part, et à son objet d'autre part (<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/clair/16309?q=clair#16175>). – A titre de comparaison, citons la vision du réaliste (moderne) Michel TROPER, pour qui le travail du juriste, et donc du juge, relève d'un choix, d'un jugement de valeur, s'opposant en cela au courant de la dogmatique juridique qui ne peut être considéré comme scientifique en ce qu'il « *présuppose l'adhésion à un certain nombre d'idées, qui ne sont pas mises en cause* », telle la clarté du sens du texte et la rationalité des auteurs, acteurs du droit (M. TROPER, *La philosophie du droit, op. cit.*, p. 60). Voir, également, M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. Collection générale », 1978, pp. 15 et s ; et pp. 49-50, pointant la fonction de dissimulation remplie par la théorie du « sens clair » des textes. – Notons, enfin, que pour DESCARTES, la connaissance claire est celle « *qui est présente et manifeste à un esprit attentif* », de telle sorte qu'il n'ait aucune raison d'en mettre en doute la réalité et la valeur (cité par A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, pp. 142-143).

¹²³ Il semble en aller de même, pour Magdalena LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, s'agissant du constituant espagnol, puisque « *el contenido esencial tiene un carácter evidente de preexistencia a la norma constitucional que, como en los casos anteriores, se limita a reconocerlo* » (M. LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, « El problema del contenido esencial... », *op. cit.*, p. 44).

protecteurs de la substance du droit. Ceux-là, bien que se fondant sur un texte de référence – leur Constitution – pour mettre en œuvre cette garantie, emploient également plus ou moins explicitement un vocabulaire associé au droit naturel. A cet égard, le juge espagnol dans sa décision fondatrice de 1981¹²⁴ a exposé une vision tout à fait cognitiviste de la substance. Évoquant deux voies complémentaires pour identifier le « contenu essentiel » du droit, au sens de l'article 53 de la Constitution espagnole, le Tribunal constitutionnel se réfère soit à « *la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho* », au « *metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho* », signalant que « *el tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta.* », soit à la recherche de « *lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos* »¹²⁵. Il ne faut pas oublier l'influence de la conception allemande, elle-même empreinte de *jusnaturalisme*¹²⁶, sur la jurisprudence espagnole¹²⁷.

39. LES ENJEUX DE LEGITIMITE JURIDICTIONNELLE IMPLIQUES PAR CE PRESUPPOSE. La jurisprudence espagnole fondatrice précédemment examinée est particulièrement instructive pour l'analyse de la conception conventionnelle de la substance du droit ; et plus particulièrement, à l'égard du cognitivisme objectif qu'elle induit. L'enjeu du caractère connaissable de la substance n'est autre que celui de la méthode d'identification concrète de la substance d'un droit : si celle-ci doit être recherchée dans un droit objectif, comment sera-t-il déterminé ? Les caractères prétoriens et indéfinis de la notion de substance du droit telle que conçue par la Cour européenne des droits de l'homme s'ajoutent à cette opacité soulevée par l'appel au droit naturel, engendrant la crainte d'une dérive subjective¹²⁸. A la supposée clarté

¹²⁴ Arrêt « *Droit de grève* » précité (note n° 84), fondement juridique 8. – Sur cet arrêt, lire P. BON, F. MODERNE, Y. RODRIGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, op. cit., pp. 245-246 ; L. PAREJO ALFONSO, « El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a proposito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981 », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, Vol. I, n° 3, pp. 169-190 ; L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., p. 143.

¹²⁵ Arrêt « *Droit de grève* » précité, fondement juridique 8.

¹²⁶ Voir E. BAURA, « El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio », *Ius Canonicum*, 1987, XXVII, n° 54, p. 705 ; B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., p. 350.

¹²⁷ Voir, par exemple, P. BON, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », op. cit., p. 252.

¹²⁸ Comme l'écrit Eduardo BAURA, « *el problema surge precisamente cuando la fe en un Derecho Natural objetivo se ha apagado* » (E. BAURA, « El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio », op. cit., p. 705) ; plus loin, l'auteur s'interroge même ainsi : « *como quiera que «la naturaleza humana se ofrece como un texto necesitado de interpretación», el problema reside en decidir quién ha de realizar la labor hermenéutica de fijar el contenido esencial o la naturaleza de un derecho fundamental.* » (ibid., p. 721).

et l'évidence – résultant de l'inspiration *jusnaturaliste* de la substance du droit – pour le juge invoquant la norme ¹²⁹, s'opposent l'illisibilité et l'insaisissabilité – en termes de détermination de la substance – pour les individus récepteurs de ladite norme. Aussi, c'est bien la question de la valeur ¹³⁰ du caractère objectif – difficilement appréciable – de la substance du droit découverte qui se pose face à la conception cognitiviste. Alors que la reconnaissance prétorienne d'une telle notion détient des conséquences importantes sur le rapport entre les différentes composantes d'un droit ¹³¹, et sur l'issue du contrôle opéré par le juge européen eu égard à l'intangibilité de la substance, on peut s'interroger sur la pleine légitimité de la démarche. Démarche qui confère, comme tout travail du texte par le juge, un pouvoir plus grand à ce dernier. Sans doute cette créativité prétorienne ¹³² s'inscrit-elle dans une insuffisance et une imprécision du texte conventionnel ¹³³ quant au régime de protection des droits garantis et au contenu de ces derniers. Une telle conception, qui plus est si elle n'est pas régulée, est nécessairement lourde d'implications, et peut présenter des risques. Aussi, devant la complexité intrinsèque de la notion de substance du droit, la mise en œuvre d'un encadrement théorique méticuleux, jurisprudentiel en l'occurrence, à défaut d'être constituant ou « contractant », paraît indispensable ¹³⁴.

Notons, tout de même, l'analyse de Luis PRIETO SANCHIS suggérant de ne pas en exagérer les risques d'activisme judiciaire. Si la substance du droit, ou « contenu essentiel » dans le cadre

¹²⁹ Considérons, cela dit, avec beaucoup d'intérêt l'analyse développée par Thomas MEINDL dans sa thèse doctorale, concernant l'introduction (révolutionnaire) du droit naturel dans la Loi fondamentale allemande ; la référence au droit naturel y aurait reçu un rôle principalement fonctionnel – celui d'« *imposer les droits fondamentaux à la totalité des pouvoirs de l'Etat* », face à l'impossible pré-définition du contenu naturel des droits fondamentaux (en raison notamment des diversités doctrinales et nécessaires adaptations contemporaines des droits fondamentaux) (Th. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, op. cit., pp. 436-437). Il est difficile de ne pas envisager des parallèles avec notre sujet d'étude.

¹³⁰ Quant à l'argument de l'irréalisme juridique impliqué par la notion, voir P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », op. cit., pp. 993-995.

¹³¹ Et au-delà, de différenciation entre les différents « terrains de découverte », tous n'étant pas soumis – en même temps au moins – à la règle de l'interdiction de la substance du droit, étudiés dans le *Chapitre 2*.

¹³² Pour une réflexion générale sur le pouvoir créateur du juge européen, voir J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Etudes en l'honneur de Gérard TMSIT*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 67-88.

¹³³ Voir, en guise de parallèle, les remarques de Mireille DELMAS-MARTY, concernant la « sous-détermination initiale » des droits de l'homme (M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel. Les Forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2004, p. 66).

¹³⁴ – Hors le champ principal de l'étude, abonde dans ce sens la remarque de l'avocat général CRUZ VILLALÓN sur l'« *incontournable l'intervention du législateur dans la définition de la frontière entre la limitation du droit et le territoire en principe intangible de ce contenu essentiel* » (CJUE, 14 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c/ Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)*, aff. C-70/10, conclusions CRUZ VILLALÓN, ECLI:EU:C:2011:255, point 113). – Quant à notre champ d'étude, notons qu'une lecture par le prisme de la thématique de la motivation du juge européen, invitant celui-ci à un effort de pédagogie, peut constituer une première étape dans la légitimation de la notion à l'étude (lire A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, coll. « Publications de l'Institut international des droits de l'homme », 2014, pour une analyse complète sur le sujet).

de l'ordre juridique espagnol est certes une notion « générique et abstraite », celle-ci n'ouvrirait pas nécessairement la porte à un droit libre ou aux conceptions idéologiques de l'interprète, mais pourrait au contraire permettre de conditionner le système juridique et le processus d'interprétation par une cristallisation de valeurs ; empêchant ainsi que cette liberté ne soit utilisée par d'autres organes d'application du droit.

40. BILAN DE L'ANALYSE. S'il paraît difficile de récuser le cognitivisme emporté par l'idée même de substance d'un droit – ne lui est-il pas inhérent ?, celui-là lui confère un caractère profondément idéologique expliquant des enjeux de légitimité suscités, notamment à l'égard de ceux ne répondant pas d'une telle vision juridique. Par ailleurs, à la différence du juge constitutionnel espagnol pré-évoqué, la Cour européenne n'a pas révélé la méthode pour identifier en pratique la substance, pour chaque droit concerné, laissant planer le doute sur l'établissement même de critères à cet effet.

Section 2. Des critères de détermination non explicités

41. L'INDISTINCTION DE LA METHODE. Partant du présupposé que l'on recherche un « objet » inhérent au droit, déterminable en tant que tel, il faut se demander quels sont les critères pour le déterminer. Or, la découverte par le juge européen dans sa jurisprudence *Affaire linguistique belge* d'une idée (et entité) qui était formellement absente, ou invisible, du système conventionnel ne l'a pas conduit à éclaircir la substance du droit invoquée, laissant le champ libre aux interprétations et suppositions quant à son sens, ses contours, et sa portée. De l'absence de définition, en général, il résulte une indétermination de la méthode, autrement dit, des critères choisis, permettant d'identifier en particulier et en pratique la substance du droit¹³⁵. Aussi, si « *la nécessité pratique d'établir le noyau dur du droit* », pointée par Patrice MEYER-BISCH¹³⁶, revêt un caractère indispensable sous l'angle de la conception idéale, ne s'accompagne-t-elle pas tout autant d'une « *impossibilité théorique d'en fixer les limites* » admise par l'auteur ? Sans en préjuger, on se doit de constater le mutisme, sur un tel plan, du juge européen, ce dernier semblant se contenter d'une approche exclusivement matérielle quant à la substance du droit, sans qu'elle ne donne cependant lieu à une identification concrète régulière, ainsi que nous l'avons annoncé. Quoi qu'il en soit, dans les cas où le juge de Strasbourg paraît révéler la substance particulière d'un droit, il le fait manifestement sans en communiquer la recette. N'en suit-il tout simplement aucune, ou celle-ci est-elle implicite ?

42. LE SECOURS DU DROIT COMPARE. À défaut de pouvoir s'appuyer sur une construction prétorienne explicite quant à la méthodologie empruntée dans le but d'identifier la substance d'un droit en particulier, tournons-nous vers le droit comparé afin de mettre en évidence des éléments, apparaissant comme les plus communément admis par la jurisprudence ou la doctrine étrangère, participant à l'identification de la substance. L'étude du droit comparé, telle que concentrée sur les trois pays pré-choisis dans la présente recherche et étendue au Droit international, nous fournit une riche base de réflexion, et de perspective quant à l'analyse de la jurisprudence européenne. En guise de prémisses, il faut tout d'abord souligner qu'excepté l'éclairante décision du juge constitutionnel espagnol de 1981, leurs homologues

¹³⁵ S'agissant d'un constat similaire dans la doctrine étrangère et quant à la jurisprudence européenne, voir E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 443 ; 448 et s.

¹³⁶ P. MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », *op. cit.*, pp. 108 ; 111.

notamment allemand et suisse n'ont pas, semble-t-il, développé pareille œuvre théorique, et que, malgré leurs tentatives ou propositions d'interprétation, les auteurs s'étant penchés sur le sujet reconnaissent quasi-unaniment la difficulté de l'entreprise d'encadrement théorique. Ainsi, Jörg-Paul MÜLLER de constater qu'en Suisse « *une théorie permettant de déterminer le noyau intangible de manière satisfaisante sous l'angle méthodique fait aujourd'hui défaut* »¹³⁷. Par ailleurs, il faut remarquer la diversité des éléments ayant trait de près ou de loin à la détermination pratique de la substance d'un droit. De cette diversité, il semble toutefois possible, sans prétendre à une pleine exhaustivité, d'extraire plusieurs caractères dominants que l'on peut présenter selon le classement suivant : un premier ensemble de « critères » d'identification renvoie à une macro perspective de la substance du droit, s'inscrivant à l'échelle globale, alors qu'un second correspond à une micro perspective, d'échelle individuelle, vis-à-vis de la substance.

43. Sera donc mis en perspective le mutisme généralisé du juge européen par l'observation de ce que nous pouvons distinguer comme des paramètres généraux principaux d'identification de la composante fondamentale du droit, sa substance. Autrement dit, il s'agira d'examiner, et si possible de dépasser, le constat d'absence de référence explicite à de tels critères, qu'ils relèvent d'une « macro perspective » (§I) ou d'une « micro perspective » (§II).

§ I. L'absence de référence explicite aux critères d'identification relevant d'une « macro perspective »

44. UNE PERSPECTIVE GLOBALE. Parmi ce que nous donne à connaître le droit comparé, notamment concentré autour des systèmes juridiques allemands, suisses et espagnols, et émanant du Droit international, une première catégorie informelle de critères d'identification semble pouvoir être dégagée, réunis autour d'une perspective globale, voire universelle, quant à la substance du droit. Elle y est donc perçue comme la composante commune du droit, innervant tous les droits. Ce point de vue « haut » de la notion semble connaître plusieurs illustrations ou manifestations, qu'il convient de confronter à la jurisprudence européenne, dans ses affirmations, et ses non-dits. A cet égard, il est utile de commencer par évincer le concept de liberté comme un critère potentiel d'identification.

¹³⁷ J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, op. cit., p. 154 ; voir également, L. WILDHABER, « Limitations on human rights in times of peace, war and emergency : a report on Swiss law », in A. DE Mestral et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, op. cit., p. 47.

45. L'EVOCATION LIMINAIRE DE LA LIBERTE COMME (FAUX-)CRITERE D'IDENTIFICATION. Mentionnons l'analyse, chez quelques auteurs¹³⁸, de la liberté comme critère d'identification à la substance du droit. Cela semble pouvoir s'expliquer par la place qui lui est conférée dans l'idéologie des droits de l'homme. En effet, la liberté est au fondement-même de la plupart de ces droits inhérents à l'humain, et, puisque lesdites libertés ne sont pas absolues¹³⁹, également à la source du système de protection encadrant les limitations affectant les droits garantis par les instruments de droits de l'homme. Aussi, et dans cette perspective, la substance du droit en constitue, en quelque sorte, l'un des prolongements, particulièrement résistant à l'égard des limitations étatiques¹⁴⁰.

Toutefois, la liberté ne semble guère pouvoir constituer une aide quant à l'identification positive et concrète de la substance, au sens absolu. D'une part, abstraitement considérée, il est difficile de percevoir en quoi ce concept peut instruire sur la détermination concrète de la substance d'un droit. D'autre part, comme l'explique Michel HOTTELIER, tel qu'entendu dans le contexte de la substance du droit, il fait directement référence à la « *part de liberté* » minimale qui doit être préservée afin de ne pas vider le droit de sa substance¹⁴¹. Ainsi, il renvoie davantage à une conception relative de la substance du droit, et peut être rapproché du couple « jouissance/exercice ».

46. Cette précision étant faite, il est alors possible d'avancer que la substance du droit peut être appréhendée sous deux angles : d'une part, la dignité (*A*), d'autre part, la systémie ou surdétermination (*B*), tentant d'en discerner la trace dans la jurisprudence européenne.

¹³⁸ Tels, E. BAURA, « El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio », *op. cit.*, p. 713, rappelant la thèse de Fernando GARRIDO FALLA ; M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », *op. cit.*, p. 73 ; J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 152, évoquant notamment la garantie du « libre échange d'informations et d'opinions dans l'Etat et la société » comme idée « centrale » (liée à la protection classique des droits fondamentaux) dont il faut se rappeler lors de la détermination du noyau intangible.

¹³⁹ Rappelons qu'au sens des doctrines du contrat social, les libertés, naturellement illimitées, sont susceptibles de restrictions, soit « d'atteintes » par l'Etat (voir, généralement, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 656 ; spécifiquement, O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, *op. cit.*, p. 62), bien que ces dernières ne soient elles-mêmes pas inconditionnées, sans borne (voir *ibid.*, pp. 66-67).

¹⁴⁰ Voir notamment E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 437-438 ; C.-A. MORAND, « Le noyau intangible des droits constitutionnels », *op. cit.*, pp. 53-54.

¹⁴¹ M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », *op. cit.*, p. 73.

A) Le critère de la dignité¹⁴², à l'aune de la jurisprudence européenne ?

47. LA DIGNITE AU CŒUR DES DROITS DE L'HOMME. Le premier critère, et également le plus largement reconnu par la doctrine, quel que soit le système juridique en cause, n'est autre que la dignité. Clé de voûte des mécanismes de protection des droits de l'homme, émergeant en réaction aux atrocités de la Deuxième guerre mondiale, cette notion renvoie à la source des droits subjectifs, inhérents à l'homme, et constitue le fondement de leur indivisibilité¹⁴³ ; elle représente donc le cœur des droits et libertés garantis par ces instruments, internationaux, ou nationaux¹⁴⁴. C'est en cela que Patrice MEYER-BISCH affirme que le « noyau intangible » constitue un « *seuil qualitatif, au sens hégélien, qu'en deçà de ce seuil (dont l'interprétation mais non l'existence, varie selon les cultures) la dignité humaine n'a plus de sens* »¹⁴⁵. Celui-ci précise encore que « *c'est l'indivisibilité des caractères de la dignité humaine qui se joue dans le noyau intangible* »¹⁴⁶.

L'exemple premier et le plus frappant de la place réservée à la dignité dans les instruments juridiques faisant suite à la Deuxième guerre mondiale est à trouver dans la Constitution allemande ou Loi fondamentale pour la RFA de 1949 qui, rappelons-le, constitue la « mère » notoire de la protection de la substance du droit, et plus largement, une référence dans la garantie moderne des droits fondamentaux. C'est ainsi que Hans RUPP note que la Loi fondamentale allemande est fondée sur un ordre des valeurs « *de nature objective* » ; elle « *ne prétend pas à la neutralité, du point de vue éthique, de l'ordre qu'elle consacre* », ce système de valeurs étant « *centré sur le libre développement de la personnalité humaine au sein du groupe social et sur la dignité de celle-ci* »¹⁴⁷, qui innervent tous les autres domaines du droit.

¹⁴² Dans le cadre de son étude intitulée « La quête du noyau intangible » (*op. cit.*, p. 14), Jean-Bernard MARIE commence notamment par s'interroger sur ce « critère » d'identification : la notion de dignité apporte-t-elle précision, cohérence et permanence souhaitée dans la détermination de la substance d'un droit ?

¹⁴³ Sur la question, voir : – généralement, dans la doctrine, la thèse doctorale de B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, coll. « Monde européen et international », 1999 ; et spécifiquement, P. MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », *op. cit.*, p. 98 ; F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux... », *op. cit.*, p. 381 ; – dans la jurisprudence strasbourgeoise, notamment, Cour EDH, 22 novembre 1995, *S. et W. c/ Royaume-Uni*, req. n° 20166/92, § 44 (aussi, Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, § 65 ; Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, Recueil des arrêts et décisions 2002-VI, § 90 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 49, pp. 555-563).

¹⁴⁴ D'où la proximité entre le noyau intangible des droits de l'homme et la dignité, voir par exemple C. KATZ, « Pour la proclamation par la Communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, n° 28, p. 544.

¹⁴⁵ P. MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 107.

¹⁴⁷ H.G. RUPP, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Tribunal constitutionnel fédéral allemand », in L. FAVOREU (dir), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 245.

En effet, le principe de dignité, inscrit à l'article 1^{er} de la Loi fondamentale (1^{er} alinéa), tel qu'il est majoritairement perçu par la doctrine, et dans une certaine mesure par la Cour de Karlsruhe, détient un rôle primordial dans ladite Constitution¹⁴⁸.

Parallèlement, toujours en réponse aux horreurs perpétrées par le régime nazi, le constituant allemand a choisi d'offrir « *des garanties expresses contre les empiètements sur l'irréductible* » des libertés¹⁴⁹, et notamment, la protection de la substance de chaque droit, intangible.

48. UN LIEN INTRINSEQUE ENTRE LA DIGNITE ET LA SUBSTANCE DU DROIT PROTEGEE. A la lumière de cette double perspective, il apparaît nettement que le concept de dignité humaine et l'idée de substance du droit, découlant d'une origine commune, sont unis par une logique ou raison d'être identique, officiant à deux niveaux différents, celui de l'humain pour le premier, celui du droit, pour la seconde. Selon Bertrand PETER, les articles 79-3 (interdisant la modification de l'organisation et principes du système fédéral, et des principes garantis aux articles 1 et 20 de la Loi fondamentale) et 19-2 de la Loi fondamentale (interdisant l'atteinte à la substance du droit), « *sont l'expression « juridico-éthique » d'une conception de la liberté non pas immuable, mais dont l'aménagement est soumis à modification sous réserve de la protection de la dignité humaine.* »¹⁵⁰. Dès lors, il apparaît ici que la dignité est assimilée à la substance du droit¹⁵¹, de laquelle cette dernière découle ; elle n'est, dans la pensée de Günter DÜRIG, que « *la formulation abstraite du contenu minimum des droits fondamentaux* » et celui-ci devient « *accomplissement de valeurs* » lorsqu'il est compris dans cette perspective¹⁵².

¹⁴⁸ Voir notamment Th. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, *op. cit.*, p. 420.

¹⁴⁹ C.-A. MORAND, « Le noyau intangible des droits constitutionnels », *op. cit.*, p. 54. Voir, également, M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », *op. cit.*, p. 68, soulignant les « *rappports extrêmement étroits qu'entretient la notion de noyau des libertés avec les atrocités commises et institutionnalisées sous le IIIe Reich* ».

¹⁵⁰ B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, p. 350.

¹⁵¹ Ainsi Günter DÜRIG, au sein une partie de la doctrine allemande, envisage le noyau d'un droit fondamental comme une « *parcelle* » ou « *partie* » de dignité humaine, limite au pouvoir de révision de la LFA (Th. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, *op. cit.*, pp. 420-421 ; 429). – Voir également, concernant la correspondance dans la jurisprudence suisse de la garantie de la dignité et du noyau (celui de la garantie de la dignité elle-même, et des autres droits fondamentaux, dont elle est l'origine), T. ZIMMERMANN, « Le noyau intangible des droits fondamentaux... », *op. cit.*, pp. 310-311.

¹⁵² B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, pp. 391-392. Voir, également, E. BAURA, « El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio », *op. cit.*, pp. 704-705, évoquant la ligne dans laquelle s'inscrit Günter DÜRIG, ainsi qu'un auteur italien spécialiste du droit constitutionnel allemand (Gerardo MORELLI), qui consiste à considérer que « *el contenido esencial de un derecho fundamental viene determinado, desde una perspectiva fundamental, por la dignidad humana, y, desde un punto de vista positivo, por la definición que sobre el derecho fundamental da el ordenamiento jurídico.* ».

Par ailleurs, ce rapprochement entre la dignité humaine et la substance du droit, considérées toutes deux comme particulièrement protégées, a été rapidement établi par la Cour constitutionnelle fédérale, notamment dans son arrêt « *Elfes* »¹⁵³ de 1957. Aussi, le critère de dignité quant à l'identification de la substance du droit se retrouve également, principalement par ricochet du droit allemand, dans une partie de la doctrine suisse¹⁵⁴, s'appuyant sur la Constitution fédérale qui prévoit la garantie de la dignité humaine, notamment en son article 7. Enfin, il faut noter sa présence au sein de la doctrine espagnole¹⁵⁵.

49. LA PORTEE LIMITEE DE LA DIGNITE COMME CRITERE D'IDENTIFICATION. Complétons l'analyse de la dignité humaine, en tant qu'élément d'identification de la substance du droit, en opérant deux remarques critiques nuanciant la portée de ce premier critère. Commençons par un grief d'ordre pratique, plus bénin pour le cœur de notre étude, bien que gênant quant au rôle de la dignité dans l'identification de la substance du droit. Il s'agit d'évoquer brièvement ici les critiques d'impraticabilité et de subjectivité qui ont pu être opposées à ce concept, notamment telle que conçu par Günter DÜRIG. En effet, Bertrand PETER constate qu'il s'agit là plutôt d'une « *directive que d'une théorie applicable à la réalité juridique* »¹⁵⁶. En ce qui concerne la subjectivité à laquelle conduit la conception, en termes de valeurs, de la substance du droit de Günter DÜRIG, Bertrand PETER remarque qu'elle est d'une part contraire à l'esprit de la Loi fondamentale allemande (les normes constitutionnelles étant seules « *décisives dans la détermination du contenu substantiel* »), et d'autre part, dangereuse dans le pouvoir qu'elle laisse au juge dans l'interprétation éthique d'un droit fondamental¹⁵⁷.

Par ailleurs, une autre observation doit être faite concernant la ou les thèses établissant la dignité humaine comme constitutive de la substance du droit. S'il pouvait, de prime abord,

– Rappelons, par ailleurs, que Günter DÜRIG est « *le champion de la théorie subjective* » précédemment étudiée, perspective dans laquelle s'inscrit son appréhension du « *contenu substantiel* » (B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., p. 385).

¹⁵³ Arrêt « *Elfes* » précité (note n° 102).

¹⁵⁴ Voir, notamment, C.-A. MORAND, « Le noyau intangible des droits constitutionnels », op. cit., pp. 56-57, précisant qu'il y a « *une ligne directrice générale qui peut servir à définir le contenu du noyau de chaque droit (...), c'est le minimum qui permet d'assurer la dignité humaine* » ; J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, op. cit., p. 152, invitant, afin de déterminer le « noyau intangible », à « *se rappeler l'idée centrale liée à la protection classique des droits fondamentaux* », comprenant le fait d'« *assurer à chaque personne un traitement « humain » au sein de la collectivité* » (sans que le vocable de dignité ne soit cependant explicitement employé) ; G. STEINMANN, « Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle. Rapport du Tribunal fédéral suisse », *RUDH*, 2005, vol. 17, n° 5-8, p. 176, évoquant, parmi les « *points de repères* » constitutionnels suisse pour délimiter le « noyau intangible », la dignité humaine.

¹⁵⁵ Voir E. BAURA, « El «*contenido esencial*» del derecho constitucional al matrimonio », op. cit., pp. 713-714 ; M. LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, « El problema del contenido esencial... », op. cit., pp. 44 ; 76.

¹⁵⁶ B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., p. 392.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 393.

sembler envisageable de présenter la dignité humaine comme critère général – positif – d'identification d'une substance du droit en tant que telle, une autre façon d'appréhender la question paraît prédominer au sein des différentes analyses, et étouffer la première. Selon cette seconde perspective, la dignité humaine n'intervient, au regard de la thématique de la substance du droit, que « *lorsque l'homme concret est ramené par l'Etat au rang d'objet, au statut de simple moyen* » ; autrement dit, lorsque le principe de dignité est méconnu, au sens de Günter DÜRIG¹⁵⁸. Aussi, la dignité humaine est analysée comme un « étalon » à ne pas dépasser, ayant pour but de protéger un contenu minimum la recouvrant¹⁵⁹. Cette logique est donc proche de celle précédemment étudiée avec le couple « jouissance/exercice ». Elle vise à protéger un élément nommé « substance du droit » qui n'est invoqué qu'en cas d'atteinte au droit, et se formule dès lors négativement¹⁶⁰, ce qui amène une relativité dans l'énonciation de cette substance.

50. L'EXAMEN PRATIQUE DANS LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE. Observons maintenant, à la lumière des précédentes analyses, l'impact de cette notion dans la jurisprudence du juge strasbourgeois. Dans le prolongement de ce qui a été précédemment constaté, il est tout d'abord possible de signaler le lien opéré par Michel HOTTELIER entre les critères de liberté et de dignité quant à la détermination de la substance du droit, au sens du système conventionnel¹⁶¹. Principe d'interprétation matriciel, la dignité dispose d'une place essentielle dans ce système, bien que cette notion soit absente de son instrument, et employée avec précaution par la Cour¹⁶². A la lecture attentive de la jurisprudence de la Cour, il faut observer que la dignité humaine ne ressort pas, directement ou indirectement, des hypothèses de mise

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 391 ; voir, également, Th. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, *op. cit.*, p. 420.

¹⁵⁹ B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, pp. 351 ; 391-392.

¹⁶⁰ Voir en guise de parallèle concernant le rapport dignité humaine et contenu des droits de l'homme en général, P. MEYER-BISCH, « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », *op. cit.*, p. 58.

¹⁶¹ Voir M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », *op. cit.*, p. 73, avançant que « *le noyau intangible résulte de la part de liberté qui subsiste lorsque les limitations aménagées par voie conventionnelle sont épuisées* », la CEDH protégeant un dénominateur commun « *fondé sur le respect inconditionnel de la dignité humaine* ». Voir, également, J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, coll. « International studies in human rights », 2009, pp. 142 et s., visant particulièrement ici le lien de la dignité humaine avec la substance de la CEDH.

¹⁶² Voir spécialement B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, Introduction (notamment pp. 16-17 ; 22-23) ; et depuis cette étude, notamment M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de la CEDH. Thèses », 2011, pp. 181 ; 409-410 ; M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la CourEDH », *Droits*, n° 49, 2009, pp. 3-18 ; M. LEVINET, « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 2010, n° 254, pp. 9-16.

en œuvre de la substance du droit¹⁶³, cette notion infusant plutôt la logique générale de la protection des droits de l'homme.

51. BILAN DE L'ANALYSE. *In fine*, il semblerait que le concept de dignité humaine, tant dans son aspect théorique, que pratique, satisfasse difficilement la recherche de critère d'identification d'une substance « objet » déterminé du droit, dans le cadre conventionnel. Plus largement, ce constat permet, comme d'autres résultant de la présente étude, de prendre conscience des obstacles et limites d'une conception en tant que telle de la substance du droit. A côté de la dignité humaine, et souvent concomitamment¹⁶⁴, il est proposé un critère systémique d'identification de la substance du droit, considérée alors dans sa surdétermination.

B) Le critère de surdétermination, à l'aune de la jurisprudence européenne ?

52. UNE PROPOSITION THEORIQUE VISANT LA REVALORISATION DES DROITS DE L'HOMME. Le point de vue de la surdétermination, ou perspective systémique, dans l'identification de la substance du droit a été tout particulièrement développé par Patrice MEYER-BISCH¹⁶⁵. Par-delà la mise en exergue d'une diversité de facteurs orientant son identification, l'approche vise à proposer un cadre méthodologique à la détermination du noyau des droits et d'un droit de l'homme. Celui-ci s'inscrit dans une meilleure valorisation théorique et pratique des droits de l'homme – dont le cœur réside notamment dans la dignité humaine – à travers l'importance conférée à leur indivisibilité, et ainsi à leur interdépendance. Il en découlerait d'après son auteur une progression tant de la définition des obligations étatiques intangibles minimales, soit l'extension de la non-dérogeabilité, ainsi que de la considération de l'unité des droits de

¹⁶³ Notons, par extension, la référence de l'arrêt *Rahimi c/ Grèce* (5 avril 2011, req. n° 8687/08, § 86 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2011, doct. 914, p. 1509) à des conditions de détention d'un mineur isolé si graves qu'elles portaient atteinte « au sens même de la dignité humaine », au titre de l'article 3, curieusement transformé dans l'arrêt *Popov c/ France* (19 janvier 2012, req. n° 39472/07 ; 39474/07, § 90 ; chron. E. DECAUX, P. TAVERNIER et M. BOUMGHAR, *JDI*, 2013, n° 4, pp. 1283-1286 ; zoom F. SUDRE, *JCP G*, 2012, act. 221) en une atteinte « à l'essence même de la dignité humaine ».

¹⁶⁴ Voir par exemple dans l'étude de P. MEYER-BISCH, « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », *op. cit.*, pp. 47-85.

¹⁶⁵ Au sein de deux publications notamment : P. MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », *op. cit.* ; P. MEYER-BISCH, « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », *op. cit.* Voir, complémentaiement, C. KATZ, « Pour la proclamation par la Communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 545-548. – Notons, également, le rapprochement entre les dispositions de la CEDH (standard minimal) et le noyau intangible des droits fondamentaux du droit suisse opéré par Michel HOTTELIER, démarche relayant toutefois une appréhension relative du noyau puisque c'est « toute restriction qui ne s'avère pas conforme aux conditions prescrites par la CEDH [qui] doit être considérée comme contraire au noyau intangible du droit incriminé » (M. HOTTELIER, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Contribution à l'étude des droits fondamentaux*, Lausanne, Payot, coll. « Collection Juridique Romande. Etudes et pratique », 1985, pp. 103-106).

l'homme, par regroupements de droits en « familles », au-delà des catégorisations classiques. Cette perspective systémique, faisant émerger la substance d'un droit de sa surdétermination, se fonde sur un ensemble de critères, dont principalement ceux de cohérence (au tout et interne) et de complexité.

53. L'INTERCONNEXION D'UN DROIT ET DES DROITS DE L'HOMME PAR UNE SUBSTANCE COMMUNE. Selon cette thèse, le système entier des droits de l'homme est relié entre les droits¹⁶⁶, mais également au niveau interne ou inférieur au droit. Pour Patrice MEYER-BISCH, « *l'argument essentiel est qu'une hiérarchie des normes ne respecte l'indivisibilité que si elle est fondée, non pas sur un classement en deux catégories (les droits qui appartiennent et ceux qui n'appartiennent pas au noyau), mais sur un degré de liaison à la substance* »¹⁶⁷. Aussi, le noyau intangible des droits de l'homme renvoie au noyau intangible de chacun d'entre eux, soit, à une substance commune à tous¹⁶⁸. « *S'agissant d'une substance commune, chaque droit de l'Homme se voit, dans son essence, porteur de la détermination globale* »¹⁶⁹. Au travers le prisme de l'invisibilité, la substance du droit doit être identifiée selon l'auteur suivant les deux critères pré-énoncés, « *le noyau intangible d'un droit ne [pouvant] être perçu que dans sa surdétermination, par la somme d'un grand nombre de critères concourants : il convient d'analyser les conséquences de cette violation pour les autres droits de l'homme* »¹⁷⁰.

Si la démarche a pour mérite de viser la détermination concrète de la substance¹⁷¹, la grande théoricité de cette présentation, au travers de la perspective complexe et systémique distinguant et rapprochant à la fois substance des droits et substance d'un droit, paraît en rendre l'appréhension mal aisée, en pratique.

54. L'EXAMEN PRATIQUE DANS LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE. Qu'en est-il dans la jurisprudence européenne ? Cette théorie peut-elle être distinguée dans la détermination de la substance du droit, « objet » concret ? Au-delà du rapprochement observable dans la formule

¹⁶⁶ « chaque droit [étant] un fragment de droit, ou segment d'une droiture composée » (P. MEYER-BISCH, « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », *op. cit.*, p. 54).

¹⁶⁷ P. MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », *op. cit.*, p. 105.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 106-108 ; voir, également, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société. Série droit », 2004, p. 434, soulignant l'existence, outre la spécificité du « contenu essentiel », propre à chaque droit, d'un « *petit dénominateur commun – le cœur du contenu essentiel* ».

¹⁶⁹ P. MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », *op. cit.*, p. 108.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 110.

¹⁷¹ Patrice MEYER-BISCH propose d'ailleurs des exemples d'identification du « noyau intangible d'un droit de l'homme », répondant aux critères préalablement énoncés ; le noyau consiste ainsi, pour le droit à la liberté d'expression, dans le droit à la manifestation pacifique, ou pour le droit à la liberté d'association, dans la liberté syndicale (*ibid.*, p. 111).

principielle de l'*Affaire linguistique belge*¹⁷², les exemples d'une influence de la théorie de la surdétermination sur l'identification même de la substance du droit sont rares et plutôt implicites. Ainsi, on peut notamment citer l'arrêt *Women on waves et autres c/ Portugal*, du 3 février 2009¹⁷³, portant sur le terrain de l'article 10. La Cour y a précisé l'essence, commune pour les trois, des droits à la liberté de réunion, de manifestation et d'expression ; celle-ci tient dans « la possibilité pour tout citoyen d'exprimer son opinion et son opposition, voire de contester toute décision venant de tout pouvoir, quel qu'il soit ». Ainsi, il apparaît qu'au-delà d'une expression directe de la méthodologie suivie, le juge européen puisse occasionnellement s'appuyer sur des niveaux de raisonnement globaux – par regroupement de droits – afin d'extraire la substance d'un droit en particulier. Toutefois, il reste peu probable que cette méthode soit celle privilégiée par la Cour, eu égard à son raisonnement généralement individuel et spécifique en matière de substance du droit.

55. BILAN DE L'ANALYSE. Face à cette perspective « haute » de la substance du droit concrète, dont le risque théorique majeur reste celui de ne pas permettre de saisir la pleine spécificité d'un droit, par un excès d'attention aux rapports et aspects communs entre divers droits, un autre point de vue doit être exposé ; il repose sur une perspective interne. Parallèlement à une identification centrée sur une vision globalisante de la substance du droit, il semble ainsi nécessaire de présenter les différents critères permettant de déterminer concrètement la substance du droit, propre au droit concerné. Rappelons, à cet égard, que la substance découverte par les juges chargés de la protéger caractérise un droit en particulier, ainsi que cela a été fermement souligné par les juges eux-mêmes¹⁷⁴.

¹⁷² Pour rappel de ses termes : « 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. » (Cour EDH, *Affaire linguistique belge c/ Belgique précitée* (note n° 3), § 5). – Pour des détails quant à ladite formule, voir *infra*, note n° 300.

¹⁷³ Cour EDH, 3 février 2009, *Women on waves et autres c/ Portugal*, req. n° 31276/05, § 37 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2009, doct. 143, p. 39. – Notons que Patrice MEYER-BISCH cite une manifestation toute particulière du critère de surdétermination au travers la mise en évidence d'un noyau intangible commun aux droits culturels tels les droits à l'information, à la participation culturelle, et à l'éducation : le droit de connaître les droits de l'homme (P. MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », *op. cit.*, p. 112).

¹⁷⁴ On pense, en premier lieu, – au juge constitutionnel espagnol (notamment au travers de l'arrêt « *Droit de grève* » précité (note n° 84), notamment fondement juridique 8 ; voir, dans la doctrine, L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 142) ; – également au juge constitutionnel suisse, qui, au regard de sa jurisprudence, semble avoir développé une détermination distincte de la substance pour chaque droit (voir A. MACHERET, « Le noyau intangible des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 36 ; C.-A. MORAND, « Le noyau intangible des droits constitutionnels », *op. cit.*, pp. 56-57).

§ II. L'absence de référence explicite aux critères d'identification de la substance du droit relevant d'une « micro perspective »

56. UNE PERSPECTIVE SPECIFIQUE. Après avoir étudié ce qui, sous l'angle de la substance du droit, conduit à nourrir la thèse de l'indivisibilité, et donc de l'interconnexion des droits de l'homme, en confrontant lesdits critères à la jurisprudence de la Cour européenne pour tenter d'y déceler à tout le moins une présence implicite, il s'agit maintenant de considérer l'autre catégorie de critères annoncée. L'objectif ici reste le même : essayer de dépasser le constat implacable d'une absence de référence apparente à des critères d'identification de la substance du droit par la recherche d'une trame sous-jacente tracée par le juge européen, grâce à la mise en parallèle des critères principaux extraits de la doctrine juridique nationale européenne, régionale ou internationale. Toutefois, les critères présentés dans ce deuxième paragraphe se rallient à une perception « basse » de la substance du droit, insistant sur son caractère propre au droit auquel elle est inhérente.

Soulignons d'emblée que, bien que d'esprit diamétralement opposé, les deux logiques « haute » et « basse » n'en sont pas nécessairement exclusives l'une de l'autre. En effet, partageant un même but commun, il est possible d'imaginer, pour plus d'efficacité et de soutien au choix de la détermination concrète de la substance d'un droit, que celles-ci joignent leurs efforts, en composant un faisceau de critères. Ainsi, il semble pertinent de rappeler la définition proposée par Magdalena Lorenzo Rodriguez-Armas qui témoigne de la réunion des deux approches « macro » et « micro » étudiées. Selon cette auteur, le « contenu essentiel » « *es la expresión jurídico-positivizada del valor intrínseco de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución española, resultado de la conjunción entre el valor de la dignidad humana («fundamento del orden político y de la paz social») y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio)* »¹⁷⁵.

57. Cette remarque générale étant faite, il faut dès lors préciser ce qu'on entend par critères relevant d'une « micro perspective » œuvrant dans l'identification de la substance du droit. Si plusieurs éléments de détermination sont concernés par cette qualification, il semble pertinent de proposer, pour plus de lisibilité, un angle double : il s'agira, dans un premier temps, d'analyser la notion d'indérogeabilité des droits (*A*), et dans un second temps, un ensemble d'éléments participant de la spécificité propre, voire de l'identité d'un droit (*B*). Dans les deux cas, il faudra se demander si ces facteurs structurant la substance hors des

¹⁷⁵ M. LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, « El problema del contenido esencial... », *op. cit.*, p. 76.

frontières du droit conventionnel pourraient trouver un écho, tacite, dans la jurisprudence du juge de Strasbourg.

A) Le « critère » de l'indérogeabilité, à l'aune de la jurisprudence européenne ?

58. UN RAPPROCHEMENT FREQUENT A LA SUBSTANCE DU DROIT. De tous les « critères » instruisant la substance du droit, celui de l'indérogeabilité a été le plus largement étudié. Nombreux auteurs dans la doctrine s'intéressant aux mécanismes – nationaux et plus encore, supra-nationaux – de protection des droits de l'homme ont rapidement établi un lien entre le régime de protection des droits de l'homme au sein des divers instruments concernés, et la substance du droit. Généralement, cette réflexion est intervenue dans le prolongement de l'étude d'un « noyau intangible » ou « noyau dur » des droits de l'homme¹⁷⁶. La logique sous-jacente à cette réflexion était la suivante : puisque les mécanismes, nationaux, régionaux, ou internationaux des droits de l'homme fixent un régime de protection des droits qu'ils garantissent, n'est-ce pas là que l'on doit chercher en premier lieu le signe d'une protection absolue de la substance du droit ? Et par suite, n'est-ce pas dans cette notion qu'il faut voir l'expression de celle de substance du droit protégée ?

59. UNE PRESENTATION DU CONCEPT. Sans entrer dans des détails inutiles à notre étude, il semble important de commencer par définir et présenter cette catégorie juridique, celle de l'indérogeabilité. Elle renvoie en réalité à plusieurs termes variablement assimilés par la doctrine : l'intangibilité des droits¹⁷⁷ ; le caractère absolu de leur protection¹⁷⁸ ; et bien sûr, l'indérogeabilité même¹⁷⁹. Frédéric SUDRE précise que « *la présence formelle dans les conventions à portée générale d'une clause interdisant expressément toute dérogation à certains droits est un critère objectif permettant de distinguer, au sein de la catégorie des*

¹⁷⁶ Voir, par exemple, l'ouvrage de P. MEYER-BISCH (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme...*, op. cit.

¹⁷⁷ Quant à cette notion dans le champ du système conventionnel, voir F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux... », op. cit. Il s'agit, selon l'auteur, de droits qui, contrairement aux droits conditionnels, « *ne sont pas passibles de ces limitations [restrictions et/ou dérogations], ce sont des droits absolus, applicables à toute personne, en tout temps et en tout lieu* » (ibid., p. 382). Voir, également, L. HENNEBEL, « Les droits intangibles », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., pp. 195-218.

¹⁷⁸ Terminologie usitée, par exemple, par M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel...*, op. cit., p. 128 ; voir, encore, A. GEWIRTH, « Are there any absolute rights ? », *The philosophical Quarterly*, 1981, vol. 31, n° 122, pp. 1-16.

¹⁷⁹ – Mireille DELMAS-MARTY rappelle que cette notion traduirait, sur le plan juridique, la « quintessence des valeurs » propres à notre communauté humaine (au sens du secrétaire général de l'ONU, lors de la conférence de Vienne) ; en cela, elle constituerait le prolongement de la notion d'absolue protection, l'auteur avançant toutefois la limite de l'identité des deux notions (notamment au regard du droit prévu à l'article 2 de la CEDH) (M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel...*, op. cit., p. 128). – Dans la même logique, quant à la limite de l'identité des notions d'intangibilité et d'indérogeabilité, voir M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 66 ; P. MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », op. cit., pp. 100-101, contestant la conception citée ci-après.

droits individuels, les droits intangibles des autres droits »¹⁸⁰. Autrement dit, il s'agit de proclamer l'intouchabilité (négative) du droit en cause. Notons que la distinction entre droits indérogeables ou non se fonde notamment sur la théorie des circonstances exceptionnelles. « *En vertu de cette théorie, un État ayant ratifié une convention en matière de droits de l'homme peut, en respectant certaines conditions, suspendre la jouissance et l'exercice des droits proclamés en cas de guerre ou de danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation* »¹⁸¹.

Au-delà des différences inhérentes à chaque mécanisme, l'ensemble des conventions internationales de portée générale (à l'exception de la Charte africaine des droits de l'homme) présentent, d'une part, une liste de droits indérogeables, et d'autre part, « *une convergence remarquable* » quant aux droits choisis¹⁸². Il faut noter que, dans le cadre du système conventionnel, sont considérés comme indérogeables le droit à la vie (article 2), le droit à ne pas être torturé ou soumis à des traitements inhumains ou dégradants (article 3), le droit de ne pas être mis en l'esclavage et en servitude (article 4), le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale (article 7), la règle de non bis in idem (article 4 du Protocole 7), et enfin l'abolition de la peine de mort (Protocole n° 13)¹⁸³.

60. UNE INDEROGEABILITE MULTI-FACETTES. Ces éléments généraux ayant été rappelés, il faut dorénavant revenir à la question qui intéresse cette étude : est-il possible de dégager la substance du droit, concrète, de la catégorie des droits indérogeables ? Comment le critère de l'indérogeabilité peut-il nous informer directement quant à l'identification de la substance du droit ?

Commençons par une considération préalable d'importance. Il faut immédiatement souligner que la thématique de l'indérogeabilité renvoie pour la notion sujet de cette étude à plusieurs idées et angles d'analyse, subtilement enchevêtrés. Ainsi, il paraît nécessaire de distinguer, d'une part, les réflexions liées à l'indérogeabilité en tant qu'elle vise une catégorie de droits intouchables, et d'autre part, celles se rapportant plutôt à la notion prise en son contraire, autrement dit, à la dérogeabilité de la plupart des droits ; l'ensemble formant un couple « indérogeabilité/dérogeabilité » qui interviendra à plusieurs étapes de la présente recherche.

¹⁸⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 198.

¹⁸¹ L. HENNEBEL, « Les droits intangibles », op. cit., p. 195. – En ce qui concerne le système de la CEDH, voir R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. « Collection de droit international », 1987.

¹⁸² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 198. – Voir également, sur la question de la hiérarchisation des droits au sein des mécanismes internationaux de protection, M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel...*, op. cit., pp. 126 et s.

¹⁸³ Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 198-200.

Comprise sous son second angle, l'analyse porte principalement sur la délimitation du champ d'application de la protection de la substance du droit selon le type de mesure étatique, et subséquemment, la nature de cette protection et/ou l'étendue de la substance. Aussi, cette manifestation du couple « indérogeabilité/dérogeabilité », bien qu'elle soit susceptible d'impacter indirectement la substance, est, du fait de son orientation en direction de la protection, à distinguer de celle observée ici-même, au stade de l'étude de la substance du droit en tant qu'absolu ; elle se verra donc traitée ultérieurement, notamment dans le *deuxième Chapitre*¹⁸⁴. Qui plus est, la théorie défendant l'existence d'une substance différente – plus restreinte – en cas de circonstances exceptionnelles vise la modulation de celle-ci mais ne semble pas permettre de connaître davantage les critères l'identifiant.

De retour à l'analyse du critère de l'indérogeabilité, entendu selon le premier angle, évoquons la proposition d'Augustin MACHERET¹⁸⁵, de prendre appui sur le droit international public offrant des « *lignes directrices et des critères pour déterminer le noyau intangible* » du droit suisse, et notamment par l'observation des droits insusceptibles de dérogation et du *jus cogens*. Il apparaît donc que sans s'en expliquer clairement l'auteur établisse un pont entre « noyau intangible d'un droit » et « noyau intangible des droits ». Au niveau du droit constitutionnel suisse, ce rapprochement pourrait trouver sa source dans les articles 10-1 (2^{ème} phrase, interdisant la peine de mort), 10-3 (interdisant la torture), ou 17-2 (interdisant la censure) de la Constitution¹⁸⁶. Selon Gerold STEINMANN, ces « *points de repères* » à la délimitation du « *domaine du noyau intangible* » ou de « *l'essence des droits fondamentaux* » garantis par la Constitution suisse font écho aux articles prévoyant des droits indérogeables (au sens de l'article 15, § 2 CEDH) au sein du système conventionnel¹⁸⁷.

61. L'EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE CONVENTIONNELLE. Ceci nous permet de préciser que ce rapprochement du caractère indérogeable d'un droit et de la substance du droit – quant à l'identification de cette dernière en particulier – a également été mis en lumière par la

¹⁸⁴ Voir, à titre préliminaire, l'analyse de J.-B. MARIE, « La quête du noyau intangible », *op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁵ A. MACHERET, « Le noyau intangible des droits de l'homme... », *op. cit.*, pp. 36 et s. – Indiquons, avant lui, J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 153-155, opérant un parallèle avec le système conventionnel. – Enfin signalons, toujours dans l'ouvrage relatif au VII^e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme de Fribourg des 23-25 novembre 1989, la réfutation par Patrice MEYER-BISCH de la thèse de la délimitation du noyau intangible des droits de l'homme par le biais du critère de l'indérogeabilité, telle qu'elle s'exerce aujourd'hui (P. MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », *op. cit.*, p. 101), et son soutien parallèle à l'extension de cette catégorie, passant par des progrès de définition des droits et de bornage du droit de dérogation (*ibid.*, pp. 111-113). Aussi, l'identification de la substance du droit procède, de fait, pour l'auteur, d'une observation des droits dérogeables et de leurs différentes délimitations.

¹⁸⁶ G. STEINMANN, « Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle... », *op. cit.*, p. 176.

¹⁸⁷ *Ibid.*

doctrine conventionnelle¹⁸⁸. Au regard de la jurisprudence conventionnelle, il semble possible de remarquer que la Cour s'est gardée de faire mention d'un tel parallèle, ne renvoyant qu'extrêmement rarement¹⁸⁹ à la substance du droit sur le terrain des droits considérés comme indérogeables. Quant à ces derniers, elle se réfère plus fréquemment au « noyau dur » ou au caractère « intangible », mais ceci à l'échelle de la Convention en général, renvoyant en d'autres termes à un noyau dur des droits de l'homme¹⁹⁰.

62. BILAN DE L'ANALYSE. Si le caractère indérogeable gagnerait à être étendu le plus largement possible aux droits de l'homme (pour ne pas dire à tous), assurant ainsi la protection intangible d'un noyau ou substance déterminée au sein de chacun d'entre eux, il semble *a contrario* que le critère de l'indérogeabilité nous mène à une impasse en matière d'identification de la substance. A nouveau, lorsqu'elle désigne alors une catégorie de droits intouchables, l'indérogeabilité renvoie plus directement à la protection dont ils jouissent – assimilant leurs « statuts », sans « régler » la question de l'identification de ladite substance (sauf à considérer qu'elle comprend le droit entier dans le cas des droits indérogeables). C'est ce qu'exprime Sébastien VAN DROOGHENBROECK concernant le système conventionnel lorsqu'il affirme qu'« *il va de soi, et la doctrine n'a du reste pas manqué de le faire observer, que l'idée d'un injustifiable en soi ne pourrait recevoir affirmation plus explicite que dans la garantie d'indérogeabilité qui se trouve associée aux droits consacrés par les articles 2, 3, 4, 7, premier du sixième protocole additionnel et 4 du septième protocole additionnel* »¹⁹¹.

Une fois le cas de la notion d'indérogeabilité examiné, il faut conclure cette présentation des critères de détermination concrète de la substance du droit par une brève étude, pêle-mêle, des autres éléments de perspective interne au droit, pouvant concourir à la mise en lumière de sa substance.

¹⁸⁸ Il convient de pointer, parmi la doctrine propre à cet angle d'examen, la lecture de Jonas CHRISTOFFERSEN de la jurisprudence européenne, considérant qu'il ressort des chevauchements entre droits absolus et relatifs garantis par la CEDH une substance absolue ; pour synthétiser, « *the absolute right in that case provides a measure of absolute protection within the scope of the relative right* », comme c'est le cas de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants dans le contexte de la protection du droit à la vie privée et familiale ou à la liberté et sûreté en général (J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance ...*, *op. cit.*, pp. 155 et s.).

¹⁸⁹ Par exemple, dans l'arrêt peu instructif à notre égard, *Siliadin c/ France* précité (note n° 53), § 89, par lequel la Cour assimile manifestement la notion de substance du droit avec celle de contenu du droit, au sein du contrôle de l'applicabilité de l'article 4 de la CEDH.

¹⁹⁰ À titre indicatif, quant au premier cas, Cour EDH, Gde ch., 4 février 2005, *Mamatkoulou et Askarov c/ Turquie*, req. n° 46827/99 ; 46951/99, Recueil des arrêts et décisions 2005-I, § 108 ; comm. G. COHEN-JONATHAN, *RGDIP*, 2005, n° 109-2, pp. 421-434 ; quant au second, Cour EDH, 22 octobre 2009, *Norbert Sikorski c/ Pologne*, req. n° 17599/05, § 158.

¹⁹¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 384 ; également, M. HOTTELLIER, « Le noyau intangible des libertés », *op. cit.*, p. 73.

B) Le critère de l'identité, à l'aune de la jurisprudence européenne ?

63. DES FACTEURS HETEROGENES D'IDENTITE. Au titre d'une « micro perspective » s'agissant de l'identification, il faut finalement se demander si la substance concrète d'un droit ne correspondrait pas tout compte fait à l'identité ultime de celui-ci. Il convient tout d'abord de définir ce potentiel critère de l'identité : comment dégage-t-on l'identité d'un droit ? Il est nécessaire de faire état des éléments, rencontrés dans le droit comparé, participant de la spécificité ou de l'identité d'un droit, en tant qu'ils donneraient des indications sur l'identification de la substance. Loin de prétendre à l'exhaustivité, il s'agit de présenter certaines perspectives doctrinales ou jurisprudentielles qui, mises en transparence de la jurisprudence de Strasbourg, s'avéreront peut-être éclairantes pour notre étude.

La substance du droit étant découverte ou mise au jour à l'égard d'un droit en particulier, elle procède d'une démarche « droit par droit »¹⁹². Dès lors, pour accéder à l'identité dont il est ici question, il semble pertinent d'observer très précisément le droit en cause, tout particulièrement quant aux différents aspects et contextes de culture juridique, historique, politique, socio-économique¹⁹³ qui entourent sa reconnaissance dans un instrument juridique.

64. LES ENSEIGNEMENTS DU DROIT COMPARE. C'est ainsi que le juge constitutionnel espagnol, dans sa décision précitée de 1981, propose de recourir à « *la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho* », ou encore aux « *intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos* »¹⁹⁴. Des deux voies complémentaires suggérées par le Tribunal constitutionnel, il ressort nettement que la substance concrète est à rechercher dans le sens et le contenu – autrement dit, dans les caractéristiques, propriétés et démembrements – généralement admis, singularisant le droit. Aussi, il faut comprendre la substance comme ne coïncidant pas parfaitement avec le contenu

¹⁹² Voir, concernant notamment le droit constitutionnel espagnol, L. PAREJO ALFONSO, « El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional... », *op. cit.*, p. 185 ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 434.

¹⁹³ Sur la contextualisation de la notion générale de substance du droit, conditionnant dans une certaine mesure la détermination particulière de celle-ci, voir – quant au droit allemand, M.-L. PAVIA, « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 1994, n° 54, pp. 6-13 ; – quant au droit suisse, J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 158 ; et – quant au droit espagnol, L. SUAREZ, « La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la constitución española de 1978 », *revista de la facultad de ciencias jurídicas*, 2011/12, n° 16/17, p. 212, traitant de la conception évolutive – au regard du contexte social – du noyau intangible.

¹⁹⁴ Arrêt « *Droit de grève* » précité (note n° 84), fondement juridique 8 ; voir P. BON, F. MODERNE, Y. RODRIGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, *op. cit.*, pp. 245-246 ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 434.

constitutionnel déclaré, puisque sa détermination dépend de la culture juridique encadrant ce droit¹⁹⁵.

Jörg-Paul MÜLLER, précise, dans le domaine du droit public suisse, que « pour déterminer le noyau intangible, il faut également tenir compte des points de vue qui servent à concrétiser les droits fondamentaux : analyse des raisons historiques qui ont motivé la formulation du droit fondamental en cause, réflexion philosophico-critique sur sa signification, son importance pour l'épanouissement personnel de chaque individu et ses effets potentiels ainsi que ses fonctions dans la réalité sociale actuelle »¹⁹⁶.

Enfin, Bertrand PETER, dans le cadre du système constitutionnel allemand, fait référence au « *noyau permanent* » d'un droit fondamental, constitué des « *particularités qui résultent de sa nature et de sa substance fondamentale* », et dépendant du but du droit en cause¹⁹⁷.

Il semble particulièrement intéressant d'avoir à l'esprit ces différents aspects susceptibles d'orienter la recherche de la substance concrète propre à chaque droit, à l'étude de la jurisprudence européenne.

65. L'EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE. A la lumière des précédentes analyses, il est tout d'abord permis de s'interroger sur les éléments ou facteurs, concourant à la signification primaire d'un droit, qu'est susceptible d'observer le juge européen lors de l'identification de cette composante fondamentale dénommée substance. Sans doute se fonde-t-il sur une conception – culturelle, sous l'angle juridique notamment, historique, politique, voire économique-sociale – européenne commune de la substance du droit¹⁹⁸, soit naturellement concordante, soit à défaut « formée » par le juge européen, à la manière des notions autonomes¹⁹⁹ qu'il a dégagées sur le terrain de l'applicabilité des droits ? La Cour est certainement guidée dans la détermination spécifique de la substance par ses méthodes aujourd'hui classiques d'interprétation, et notamment l'interprétation finaliste et évolutive du

¹⁹⁵ Voir L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 143-144.

¹⁹⁶ J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 152-153.

¹⁹⁷ B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., pp. 390-391. – Voir aussi, dans la doctrine suisse, quant au but d'un droit fondamental comme critère d'identification, L. WILDHABER, « Limitations on human rights in times of peace, war and emergency... », op. cit., p. 47.

¹⁹⁸ Voir, pour exemple, la démarche de l'avocat général JÄÄSKINEN observant l'évolution de la protection internationale et nationale du droit fondamental *ne bis in idem* aux fins d'identification de son contenu essentiel au sens de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (CJUE, Gde ch., 27 mai 2014, *Zoran Spasic*, aff. C-129/14 PPU, conclusions JÄÄSKINEN, ECLI:EU:C:2014:739, point 88).

¹⁹⁹ La définition de celles-ci donnée par Frédéric SUDRE est particulièrement intéressante relativement aux présents propos : il s'agit d'une « *méthode de formation d'un droit commun, qui vient pallier l'imprécision des termes conventionnels et l'absence d'homogénéité des droits nationaux et permettre une définition uniforme des engagements étatiques.* » (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 244).

droit conventionnel²⁰⁰, au plus près des buts et de l'objet des dispositions prévues par ledit instrument, à la lumière des conditions actuelles. Indirectement, on peut aussi en déduire que lorsqu'il reconnaît à l'égard d'un droit une (ou plusieurs) composante(s) principale(s), tenant à l'identité même de ce droit, le juge de Strasbourg nous informe sur sa substance.

Cela étant dit, la jurisprudence européenne témoigne-t-elle d'une forme de référence à l'identité propre d'un droit comme substance dudit droit ? Notons qu'une telle recherche est rendue plus ardue par le caractère limité, précédemment signalé, des manifestations concrètes d'identification (notamment directe) au sein de la pratique jurisprudentielle. Néanmoins, rien n'interdit de continuer de soutenir l'hypothèse de départ d'une substance du droit comme « objet » en soi, au regard des analyses de ce *Chapitre*. Débutons par une réponse spéculative à la question posée, pour ensuite tenter d'en poursuivre la recherche sur le terrain strictement empirique.

66. LA PROPOSITION FICTIVE D'UNE SUBSTANCE DU DROIT A L'INSTRUCTION. Face aux difficultés pratiques de la recherche tenant à la substance spécifique des droits au sein du système conventionnel, offrons en un exemple hypothétique, par le prisme du critère de l'identité. Eu égard à la primitivité ainsi qu'à l'absence de détermination apparente de la substance du droit, le droit à l'instruction paraît constituer un terrain adéquat pour en dégager une substance potentielle²⁰¹. Au sens du droit européen, et plus particulièrement, eu égard aux éléments déterminants mis à jour par la jurisprudence européenne sur le terrain du premier volet de l'article 2 du Protocole n° 1²⁰², on peut imaginer en discerner la substance notamment dans le droit ou la capacité égale et effective d'accès de chacun aux établissements scolaires nationaux fournissant un enseignement commun de base, financé ou

²⁰⁰ Pour des détails sur ces méthodes d'interprétation, voir O. DE SCHUTTER, « L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme : un essai en démolition », *RDIDP*, 1992, n° 1, pp. 85-87 ; F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH », in M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1989, pp. 422 et s. ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 248 et s.

²⁰¹ Malgré la référence à la notion dès l'*Affaire linguistique belge c/ Belgique* précitée (note n° 3), la Cour semble avoir préféré une conception relative sur ce terrain, n'ayant pas identifié spécifiquement la substance du droit à l'instruction. Une telle substance peut ainsi apparaître « assez mystérieuse » à la lecture de la jurisprudence européenne (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 462), bien que certains auteurs témoignent néanmoins en déceler les traits (voir, pour exemple, L.-M. LE ROUZIC, *Le droit à l'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015, notamment pp. 71 ; 81 ; 422).

²⁰² – Pour un exemple dans la jurisprudence, voir Cour EDH, 27 mai 2014, *Velyo Velez c/ Bulgarie*, req. n° 16032/07, Recueil des arrêts et décisions 2014, § 31. – Pour un éclairage synthétique, lire notamment G. GONZALEZ, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, n° 5, 2010, p. 1003 ; généralement, quant à la disposition en cause, L.-M. LE ROUZIC, *Le droit à l'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. – Remarquons, à toute fin utile, que la Cour conçoit les deux phrases de l'article 2 du Protocole n° 1, prévoyant le droit à l'instruction et le droit des parents au respect de leurs convictions en matière d'éducation, de façon jointe.

reconnu par l'Etat. Cette construction pratique pourra faire office de modèle par la suite de notre étude, fournissant un point de comparaison – en termes de procédé d'identification – aux potentielles substances concrètes dans la jurisprudence de la Cour.

67. UN CRITERE ELEMENTAIRE DE L'IDENTIFICATION DE LA SUBSTANCE D'UN DROIT. Appliqué à la jurisprudence européenne relative à la détermination spécifique de la substance, le critère de l'identité ne manque pas de pertinence. Il semble, par exemple, difficile de contester que la référence à « *une voie judiciaire permettant de revendiquer des droits civils* », associée par la Commission à la substance du droit à un tribunal, ainsi qu'il ressort de l'arrêt de Grande chambre *Brumarescu c/ Roumanie*²⁰³, du 28 octobre 1999, ne corresponde pas à une part d'identité essentielle du droit en cause. De la même façon, il a été antérieurement évoqué l'arrêt *Aquilina*²⁰⁴, relatif à l'article 5, paragraphe 3, en tant qu'il semblait offrir un exemple spécifique de substance, relevant toutefois que ladite substance concordait en quelque sorte avec son contenu primaire, eu égard à la lettre de la disposition en cause.

68. BILAN DE L'ANALYSE. Sans qu'il ne soit nécessaire de multiplier les illustrations à ce stade de l'étude, on doit généralement admettre que l'idée d'associer la substance à une notion d'identité d'un droit apparaît non seulement logique, théoriquement, mais aussi perceptible empiriquement dans la jurisprudence de la Cour. Cela dit, tout dépend ce qu'on entend par identité : s'il s'agit de la partie essentielle, de la propriété majeure d'un droit, ou bien s'il est visé par là son sens, sa matière dans l'ensemble. Aussi, le critère de l'identité ramène et renforce également dans son sillage le questionnement relatif à la réalité de l'adhésion du juge européen à une conception absolue de la substance du droit.

69. BILAN GENERAL. S'il a été démontré au cours de la précédente *Section* que l'idée de substance du droit, comprise au sens de la conception idéale qu'en détiendrait la Cour, trouve son fondement dans une logique *jusnaturaliste*, puisant dans un Droit européen commun, la logique qui y procède reste largement nébuleuse.

C'est peut-être, alors, au détour de la voie indiquée par l'aperçu empirique de l'identification de la substance spécifique à un droit que se tiendrait une partie des réponses à l'incertitude concernant les critères de découverte d'une telle substance. Si la référence à la substance d'un droit se confirmait correspondre tout à fait, pour le juge européen, au contenu lui-même dudit droit, et non à une propriété inhérente à celui-ci, alors une réponse se dégagerait d'elle-même

²⁰³ Cour EDH, Gde ch., 28 octobre 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, req. n° 28342/95, Recueil des arrêts et décisions 1999-VII, § 59 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2000, n° 1, pp. 127-128.

²⁰⁴ Cour EDH, Gde ch., *Aquilina c/ Malte* précité (note n° 98), § 49.

: nul besoin de critères d'identification puisque le terme de substance ne renverrait ainsi pas à une chose en propre, mais y serait entendu *relativement* à la protection procurée²⁰⁵.

²⁰⁵ Remarquons, néanmoins, les risques d'interprétation conservatrice découlant du renvoi au contenu global d'un droit, notamment lorsque le juge rapproche la notion générale de protection de la substance du droit de la mise en lumière du « contenu ordinaire » d'un droit (E. BREMS, *Human Rights : Universality and diversity*, *op. cit.*, p. 369).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

70. La révélation, à partir de l'*Affaire linguistique belge*, de l'existence d'une substance propre à un droit de l'homme représente l'angle de départ de notre examen. Ainsi, malgré l'absence de définition et, plus largement, d'indication théorique concernant le sens qui lui est conféré, la référence du juge de Strasbourg à la substance du droit nous a conduit à envisager celle-ci sous le prisme de l'absolu. La substance doit être regardée à l'aune de cette hypothèse comme un véritable « objet » inhérent au droit ; une composante non seulement connaissable en tant que telle mais ce de façon objective, au sens de la logique jusnaturaliste sous-jacente.

71. Toutefois, l'analyse du renvoi par le juge européen à la substance du droit au travers d'une conception absolue a rencontré plusieurs limites d'importance au stade de ce *Chapitre* initial. Des limites d'ordre pratique, d'une part, devant la difficulté d'approcher empiriquement cette substance déterminable-déterminée proprement à un droit, en raison de la faiblesse quantitative et, semble-t-il, qualitative de son identification concrète. Des limites d'ordre théorique, d'autre part, face au silence du juge en termes d'encadrement tant du contenu général que du déploiement particulier de la substance du droit. Aussi, l'examen de critères d'identification susceptibles de satisfaire la conception absolue s'est prouvé peu fructueux, hormis la mise en exergue du lien de la substance à l'identité d'un droit. D'un point de vue global, il a alors pu être remarqué que la Cour est restée largement muette sur la substance, considérée abstraitement ou appliquée. Des questionnements, enfin, quant à ses soubassements idéologiques, soit le postulat jusnaturaliste d'un cognitivisme objectif de la substance du droit. Revenant à son acception philosophique constitutive, on pourrait même se demander s'il n'y a pas une imperméabilité fondamentale de la substance du droit à être déterminée²⁰⁶.

72. Pour autant, un faisceau d'indices semble réussir à percer cette première phase de recherche nous permettant de croire en une certaine appréhension absolue de la substance du droit par le juge européen. Qu'en est-il, maintenant, s'agissant de la protection de la substance, en particulier, autre pendant de l'idéal (*Chapitre 2*) ?

²⁰⁶ En raison, d'une part, d'une difficulté (voire impossibilité) de cerner la substance, au sens philosophique (voir *supra*, *Introduction*, §I, n° 3), et d'autre part, de l'étrangeté de la substance du droit au domaine juridique généralement (voir, par exemple, B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, pp. 384 ; 400-401).

CHAPITRE 2. UNE PROTECTION ABSOLUE DE LA SUBSTANCE DU DROIT

73. UNE PLEINE INTANGIBILITE. Second volet d’appréhension de la conception idéale, la protection appliquée à la substance du droit, en particulier, serait elle-même absolue. Il faut, tout d’abord, souligner que c’est à la lumière de la construction prétorienne d’ensemble de l’interdiction d’atteinte à la substance du droit que l’idée de substance prend tout son sens. La Cour européenne des droits de l’homme semble, en effet, avoir habillé la découverte d’une substance propre à un droit d’une solide armure normative, lui conférant un statut spécial : celle-ci serait pleinement intangible face aux limitations étatiques, ne tolérant aucune limite, exception, ou réserve²⁰⁷, quelles que soient les circonstances d’espèce. Aussi, nous entreprendrons de démontrer l’affirmation par le juge européen d’un principe doublement absolu d’interdiction d’atteinte à la substance du droit (*Section 1*).

74. UN FLOU STRUCTUREL. S’agissant des tenants et aboutissants de cette protection, la Cour de Strasbourg ne paraît guère avoir été plus prolix que nous ne le constatons quant à la substance du droit uniquement. Le vague et les inconstances de la jurisprudence, qui semblent pouvoir être jugulés quant au contenu du principe afin d’en laisser surgir les caractères principaux, étudiés dans la *première Section*, ont manifestement raison de sa portée. Elle reste principalement inexplicitée (*Section 2*), tant quant à son champ d’application, que quant aux critères de contrôle de l’atteinte, au regard de la jurisprudence strasbourgeoise. Pourtant, toute garantie effective et efficace de la substance ne passe-t-elle fondamentalement pas par la détermination de la teneur, des contours, et des éléments de contrôle de la protection dont elle doit bénéficier ?

²⁰⁷ En référence à l’une des acceptions du terme « absolu », préalablement défini (voir *supra*, l’annonce sous *Partie I, Titre 1, n° 19*).

Section 1. Un principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit doublement absolu

75. LE CONTENU DOUBLE DU PRINCIPE. Passée la transparence de sa finalité première (garantir l'entier respect de la substance), l'interdiction reconnue par le juge européen de porter atteinte à la substance du droit est demeurée évasive, généralement indéfinie. Toutefois, cela semble ne pas avoir empêché la jurisprudence propre à la matière – à commencer par les affaires fondatrices – de transmettre l'idée d'un principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit doublement absolu ; tout particulièrement lorsque l'on éclaire cette jurisprudence des riches expériences du droit comparé. Afin d'attester cette hypothèse, il est nécessaire de spécifier et d'éprouver chacun des deux aspects du caractère absolu de l'interdiction conventionnelle. Ainsi, il semble non seulement que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaisse une interdiction absolue d'atteinte à la substance du droit (§I), mais qu'elle ait également développé une appréciation absolue de l'atteinte même (§II).

§ I. Une interdiction absolue d'atteinte à la substance du droit reconnue

76. L'interdiction d'atteinte à la substance du droit apparaît dans l'*Affaire linguistique belge* à l'occasion de la détermination de l'interprétation générale de l'article 2 du Protocole n° 1, au titre du droit applicable établi par le juge strasbourgeois concernant la disposition en question. Dans le but de mieux cerner cette notion élargie par rapport à l'idée de substance du droit seule, et présentée au préalable comme intrinsèquement finalisée mais indéfinie, il semble important d'en observer la nature et le rôle. Ces deux angles d'approche doivent également nous permettre d'éclairer l'adjectif « absolu » associé, par la présente étude, à cette interdiction.

Il s'agit, tout d'abord, d'étudier la nature de principe que ladite interdiction paraît revêtir dès l'*Affaire linguistique belge* (A). Il faut ensuite s'attacher au rôle de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, ainsi qu'il s'affirme dans la jurisprudence depuis 1968, condition première de conventionnalité des limitations à l'exercice des droits garantis par la Convention (B).

A) Une nature de principe

77. UNE NATURE SUGGEREE DES *L’AFFAIRE LINGUISTIQUE BELGE*. L’*Affaire linguistique belge*, présentée dans sa globalité au cours de l’*Introduction*, concernait le régime linguistique belge, et spécifiquement, l’accès à l’enseignement en français pour des enfants résidant dans des communes périphériques de Bruxelles appartenant à la région unilingue « néerlandaise » (ou à un arrondissement doté d’un statut propre). Son apport est majeur, notamment quant au domaine qui nous intéresse plus particulièrement ici : la reconnaissance d’un principe d’interdiction d’atteinte à la substance du droit à l’instruction. Commençons par rappeler le paragraphe essentiel de l’arrêt²⁰⁸, sur cette question : « *Le droit à l’instruction, garanti par la première phrase de l’article 2 du Protocole (P1-2), appelle de par sa nature même une réglementation par l’État, 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.* » (Nous soulignons).

Nous avançons, notamment au regard de cette portion de l’arrêt fondateur, que l’interdiction d’atteinte à la substance du droit peut être caractérisée de principe. Il faut remarquer que, bien qu’elle soit régulièrement usitée par la doctrine²⁰⁹, une telle qualification n’a jamais été opérée par la Cour européenne elle-même.

78. L’ETABLISSEMENT DE CRITERES PRINCIPAUX AU CONCEPT DE PRINCIPE. Il semble en premier lieu nécessaire de préciser le concept de principe. Selon le *Vocabulaire juridique*, le « principe » renvoie entre autres à « *une règle ou norme générale, de caractère non juridique d’où peuvent être déduites des normes juridiques* », « *une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s’imposant avec une autorité supérieure* », une « *maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif* », une « *règle générale qui doit, à défaut de texte spécial ou de dérogation particulière, régir une sorte de cas (...)* », ou enfin à un « *élément essentiel qui*

²⁰⁸ Cour EDH, *Affaire linguistique belge c/ Belgique* précitée (note n° 3), § 5.

²⁰⁹ Nombreux auteurs emploient cette terminologie sans en justifier le choix, suggérant qu’il en va ainsi naturellement (pour exemples, dans les études suivantes : E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 458 ; O. DE FROUVILLE, *L’intangibilité des droits de l’Homme en droit international...*, *op. cit.*, p. 164 ; L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, *op. cit.*, p. 196 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme...*, *op. cit.*, p. 351 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Répertoire pratique du droit belge », 2^e éd., 2014, p. 189).

*caractérise un régime (...) »*²¹⁰. Paul ROUBIER souligne quant à lui qu'à la différence de la règle de droit, le principe de droit constitue « *le résultat d'un effort d'abstraction et de généralisation, qui a une force de rayonnement très supérieure à celle de la règle ordinaire, dont l'objet est un point particulier et précis* »²¹¹. De ces propositions de définition, il apparaît que la notion de principe est complexe, délicate à définir, car multi-facettes. Juridique ou extra-juridique, écrit ou non-écrit, appréhendé dans son rôle collectif à l'égard des autres normes ou en propre, obligatoire ou pas (...), ample est le fossé qui peut séparer des notions susceptibles de relever de cette catégorie. Malgré la manifeste largesse d'application et la polysémie inhérentes à la notion de principe, il semble possible d'identifier deux caractères principaux du principe en droit²¹², sans que ces éléments ne fassent néanmoins l'unanimité eu sein de la doctrine. En premier lieu, il s'agit de la juridicité de la norme ou principe²¹³, caractère néanmoins difficilement appréciable au regard du chevauchement entre divers domaines et le domaine juridique. Le second caractère distingué correspond à la généralité ou abstraction dont il fait preuve, aspect pouvant toutefois amener à le confondre avec la règle de droit.

79. UNE QUALIFICATION PERMISE PAR LA SATISFACTION DES CRITERES IDENTIFIES. S'agissant maintenant de confronter la protection de la substance du droit, en particulier, au premier critère énoncé, il faut l'entrevoir non pas sous l'angle des racines philosophiques propres à la protection de la substance du droit, en général²¹⁴, mais bien d'une *interdiction* d'atteinte à la substance du droit. Or, cette notion renvoie classiquement, au sens de la théorie du droit moderne, à une fonction normative²¹⁵. Quant à ce qui pourrait être perçu comme un deuxième critère dans la qualification de « principe », soit la généralité de la norme, il semble

²¹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 806. – Voir également, quant à la définition de la notion de « principe », K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 19-21.

²¹¹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2^e éd., 2005, p. 111.

²¹² – Sur la question en général, voir S. CAUDAL, « Rapport introductif », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2008, pp. 1-19. – Plus particulièrement, concernant la notion dans le système conventionnel, voir M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, coll. « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 2010 ; et K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.

²¹³ Quant à la juridicité d'une norme, voir par exemple, D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

²¹⁴ Voir *supra*, Introduction, §I, n° 3.

²¹⁵ – Sur la notion de « norme » telle qu'entendue par Hans Kelsen, et plus précisément sur les significations qui y sont rattachées, voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, pp. 13 ; 23-24. – Voir, également, un état des lieux – critique : P. AMSELEK, « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *Mélanges en l'honneur de Michel TROPER. L'architecture du droit*, op. cit., pp. 51 et s.

également rempli, au regard de son énonciation originelle dans l'*Affaire linguistique belge*. Ainsi, tout en visant le droit garanti à l'article 2 du Protocole n° 1, l'interdiction d'atteinte à la substance du droit y est exprimée de façon suffisamment large et abstraite pour permettre d'en déduire qu'elle pose une frontière globale aux réglementations des Etats parties, pouvant ou devant s'appliquer aux autres droits garantis par la Convention.

80. REMARQUES SUR L'EXPRESSION INITIALE DU PRINCIPE. Par ailleurs, et dans le prolongement de l'examen du critère de généralité, deux remarques – l'une de forme, l'autre de fond – doivent être formulées concernant l'énonciation initiale du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit. Quant à la forme, il faut insister sur le fait que la Cour a pour la première fois fait référence à cette notion au sein de son interprétation générale du contenu et de la portée du droit prévu à l'article 2 du Protocole n° 1. Le juge européen, se saisissant à l'occasion de l'arrêt belge de la disposition, en avait ainsi établi les principes jurisprudentiels. Loin d'être réservé au contexte propre à l'espèce, ce principe nouvellement proclamé se verra, suite à l'*Affaire linguistique belge*, régulièrement réinvoqué dans la partie d'interprétation générale du droit ou « Principes généraux » des arrêts de la Cour. Notons, néanmoins, que cette qualification renvoyant au droit applicable, au sens de la majeure syllogistique, n'est pas nécessairement révélatrice de la nature des normes en question. Quant au fond, nous étudierons bientôt le rôle de condition conféré à ce principe dans le système conventionnel.

81. UN PRINCIPE DIFFICILEMENT CLASSABLE AU TITRE DE SES FONCTIONS. Au-delà de son rôle pratique, il s'avère complexe de classer l'interdiction d'atteinte à la substance du droit selon les deux grands types de fonctions classiquement attribuées à la notion de principe : normative et structurante²¹⁶. En effet, une fois établie sa nature même de principe, la question de sa fonction théorique reste incertaine ; sans compter que la pluralité et les interconnexions entre les différents types de principes reconnus dans l'univers juridique rendent toute réponse nécessairement relative. Si le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit fait certainement référence à la fonction normative – le juge révélant une interdiction qui trace une limite singulière quant à la mise en œuvre des droits dans le système conventionnel²¹⁷, il pourrait également être considéré comme un principe structurant du système conventionnel, au même titre que le principe de proportionnalité²¹⁸ ; voire dans une certaine mesure, à un

²¹⁶ Voir S. CAUDAL, « Rapport introductif », *op. cit.*, pp. 9 et s.

²¹⁷ Voir notamment la démonstration en *infra*, §II, B), 2).

²¹⁸ – Voir l'analyse de Katarzyna GRABARCZYK (*Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, notamment pp. 227-236) concernant le principe de proportionnalité comme principe général de la CEDH, et par là même, « principe directeur » (*ibid.*, pp. 377 et s.), avec pour

modèle de *valeurs* qui justifie de le qualifier de principe. D'autant que la non-explicitation du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit ne facilite pas la classification. Aussi, « *qu'importe le flacon, pourvu qu'on ait l'ivresse* »²¹⁹ ; dans notre cas, il semble urgent de commencer par préciser le contenu dudit principe au sens de la conception absolue et d'en démontrer les effets concrets dans la jurisprudence européenne.

82. UN PRINCIPE ABSOLU DECOUVERT DANS L'AFFAIRE LINGUISTIQUE BELGE. Penchons-nous dorénavant sur l'adjectif « absolu », en tant qu'il caractérise ledit principe. Pour comprendre cet emploi, il faut à nouveau se reporter à l'expression de la Cour européenne dans le premier arrêt sus-cité, concernant la Belgique. Le juge européen y mentionne une réglementation qui ne doit « *jamais* » entraîner d'atteinte à la substance du droit. Ce terme renvoie directement à un absolu selon lequel aucune limite, réserve ou exception n'est acceptée concernant le constat d'une atteinte portée à la substance d'un droit ; ceci délimitant, par résurgence, le respect dû à celle-ci. On peut le comprendre tant dans son aspect *temporel* – l'interdiction d'atteinte à la substance joue de façon permanente, un Etat membre n'étant à aucun moment habilité à lui porter atteinte, que dans son aspect *circonstanciel* – aucune circonstance ne peut évincer ou justifier l'interdiction d'atteinte à la substance. Il ne s'agit donc pas d'une simple protection accordée à la substance d'un droit, mais véritablement d'une entière intangibilité reconnue à l'égard de celle-ci.

83. UN SENS ABSOLU INHERENT AU PRINCIPE. Il semble pertinent de noter que par-delà la formule propre à *l'Affaire linguistique belge*²²⁰, la signification absolue conférée à l'interdiction (par l'usage notamment du terme « jamais ») a manifestement été conservée. Elle se retrouve ainsi dans les diverses formules correspondant aux conditions encadrant les restrictions étatiques, à travers l'usage complémentaire de la négation et du verbe « savoir » au conditionnel, tel dans l'arrêt *Ashingdane*²²¹, sur le terrain de l'article 6, paragraphe 1, de la

parallèle la préférence du terme « technique » concernant la proportionnalité par Petr Muzny, révélatrice de son caractère premièrement instrumental (P. 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*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005 ; notamment pp. 35-36). – Signalons, ensuite, l'interrogation révélatrice de Sébastien VAN DROOGHENBROECK (*La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 472) quant à l'attribution d'un tel qualificatif à la notion à l'étude, interrogation à laquelle il semble répondre par la négative. – Enfin, notons que certains auteurs soulignent la distinction entre l'interdiction d'atteinte à la substance du droit et le principe de proportionnalité, la première relevant de la « règle » et non du « principe », en raison de son absence d'aménagement, de marge pour s'y conformer (voir T. ZIMMERMANN, « Le noyau intangible des droits fondamentaux... », *op. cit.*, pp. 305 ; 307).

²¹⁹ A. DE MUSSET, *La Coupe et les Lèvres*, 1830.

²²⁰ Laquelle a été majoritairement abandonnée lors de la reconnaissance du principe sur le terrain d'autres droits (voir *infra*, n° 222).

²²¹ Cour EDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, req. n° 8225/78, A93, § 57 ; chron. P. ROLLAND, *JDI*, 1986, n° 4, pp. 1087-1088.

Convention : « *les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* » (nous soulignons). Cet emploi est synonyme de « ne pas pouvoir »²²². Sans l'exprimer explicitement, cette formulation du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, parce qu'elle impose « une impossibilité de » (et du fait de son statut de condition autonome et première démontré ci-dessous) semble bien devoir être interprétée comme renvoyant à un absolu. En réalité, c'est la raison d'être même de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit qui se verrait disparaître en la considérant différemment : l'invoquer n'a de sens que si elle est inconditionnellement protégée. Rajoutons, pour conclure, que cette idée est confirmée sur le terrain de la mise en œuvre du contrôle, laissant apparaître un lien de causalité direct entre « atteinte » et « violation » du droit en cause²²³.

84. BILAN DE L'ANALYSE. En dépit de ses nombreuses lacunes, la jurisprudence européenne permet relativement aisément de conférer à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit la nature de principe. Une telle observation s'applique également au rôle revêtu par celui-ci au sein du système de la Convention : une condition – première – de conventionnalité à l'égard des mesures étatiques restrictives quant aux droits garantis. Cette perspective complétera les propos antérieurement tenus quant à la force absolue du principe, et ainsi de continuer d'asseoir cette qualification.

B) Un rôle de condition première

85. UNE CONDITION ENCADRANT LES LIMITATIONS ETATQUES. Après avoir étudié la nature de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, intéressons-nous au rôle attribué par le juge de Strasbourg à celle-ci, à partir de *l'Affaire linguistique belge*. S'attachant à déterminer l'étendue de l'obligation supportée par les Etats membres²²⁴, le juge européen a établi dans cet arrêt les éléments généraux du rapport « juste » ou « équilibré »²²⁵ entre le plein respect et exercice du droit à l'instruction et son nécessaire cloisonnement pour préserver les intérêts étatiques. Le droit en question, a affirmé la Cour en substance, n'est pas absolu ; son exercice

²²² Voir M. GREVISSE et A. GOOSSE, *Le bon usage. Grammaire française. 75 ans*, De Boeck-Duculot, Bruxelles, 15^e éd., 2011, p. 1149.

²²³ Voir *infra*, Section 2, §II, A).

²²⁴ Cour EDH, *Affaire linguistique belge c/ Belgique* précitée (note n° 3), § 3.

²²⁵ Pour emprunter à la terminologie de la Cour elle-même plus loin au sein du même paragraphe n° 5 par lequel elle a introduit le principe d'interdiction d'atteinte à la substance ; un tel vocable ne manquant, par ailleurs, pas de nous alerter sur la confusion conceptuelle originelle avec la logique de proportionnalité (voir O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, *op. cit.*, pp. 164-165, sur l'apport en cause de *l'Affaire linguistique belge*). Une analyse globale de la jurisprudence *Affaire linguistique belge* et de ses suites devra ainsi confirmer l'approche en pratique (et dans les principes) relative de la notion sur le terrain en cause (voir *infra*, n° 222).

est donc susceptible d'être encadré par des mesures ou réglementations étatiques. Le juge de Strasbourg a évacué sans ambages l'hypothèse d'un droit indemne de toute restriction, consacrant ainsi – non formulée de la sorte – la catégorie des droits susceptibles de « limitations implicites »²²⁶. Cependant, ces dernières ne sont pas elles-mêmes sans limite ; et c'est ici que la Cour a inséré sa référence à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit.

A la lumière de ce contexte, il apparaît que ladite interdiction correspond à une condition encadrant les restrictions étatiques à l'exercice d'un droit conventionnel, du même ordre que celles contenues dans la clause d'ordre public (au sens du 2^{ème} paragraphe des articles 8 à 11 de la Convention)²²⁷. Il peut déjà en être déduit que ce principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit s'inscrit dans une dynamique prétorienne globale d'établissement d'outils – les conditions – destinés à réguler l'action étatique relative à la mise en œuvre des droits conventionnels, au-delà du premier droit concerné, le droit à l'instruction.

86. UN ROLE PRECISE. A la suite de l'*Affaire linguistique belge*, le juge européen précisera encore le rôle de condition ou de « limite des limites »²²⁸ conféré à l'interdiction d'atteinte à la substance. En témoigne, une majorité des arrêts de référence précédemment évoqués en

²²⁶ Voir, notamment, L.-M. LE ROUZIC, *Le droit à l'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 126-127. – Sur la définition de ce concept, voir entre autres, L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 192-195, selon laquelle « non identifiable à la théorie des limitations inhérentes, la doctrine des limitations implicites apparaît dès lors comme un outil permettant de justifier des restrictions au droit d'accès à un tribunal » (ibid., p. 195) ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 95-97 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 191-193.

²²⁷ Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 207, désignant les outils de contrôle inclus dans la clause d'ordre public comme des « conditions ». Or, ce terme se voit employé ou suggéré par la plupart des auteurs en ce qui concerne – la notion conventionnelle : voir, par exemple, O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, op. cit., p. 62 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 442-443 ; mentionnons, également, le recours au terme « d'exigence » (E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, op. cit., p. 440) ; – la notion constitutionnelle : voir, notamment, quant au système suisse, J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse. Supplément 1967-1982*, op. cit., pp. 208-209 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Vol. II, Les droits fondamentaux*, op. cit., pp. 79-80 ; M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », op. cit., p. 68 ; A. MACHERET, « Le noyau intangible des droits de l'homme... », op. cit., p. 35 ; quant au système allemand, B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., p. 353 ; enfin, quant au système espagnol, G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 439.

²²⁸ La notion de « limite(s) des/aux limites » est connue de la doctrine constitutionnaliste (voir P. GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, op. cit., pp. 16-17), provenant notamment du droit allemand (voir, notamment, C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, pp. 127-128 ; V. BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux...*, op. cit., p. 73 ; C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., pp. 152-153 ; S. MICHALOWSKI, L. WOODS, *German constitutional law : the protection of civil liberties*, Aldershot, Brookfield, Ashgate/Dartmouth, 1999, p. 81 ; G. XYNPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1995, p. 143) ; on la retrouve par exemple en droit constitutionnel espagnol (voir, notamment, L. AGUIAR DE LUQUE, « Los límites de los derechos fundamentales », *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, n° 14, p. 25 ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 433).

matière de protection de la substance du droit, en général²²⁹. Dans chaque cas, la Cour – interprétant le contenu matériel et les obligations attenantes à un droit garanti – va reconnaître l’admissibilité au titre de la Convention d’une restriction ou réglementation à l’exercice dudit droit, tout en affirmant, en contrepartie, des conditions à respecter afin que celle-ci puisse être considérée comme conventionnelle²³⁰. Notons toutefois par anticipation du prochain *Titre* que le principe-condition d’interdiction d’atteinte à la substance du droit se voit énoncé plus ou moins diversement, selon les terrains en cause ; ce polymorphisme générant assurément un doute chez le lecteur des jugements de la Cour quant à l’unicité de la catégorie (voire, quant à l’existence même d’une telle catégorie).

87. UNE CONDITION PREMIERE. Considérons, maintenant, avec attention le positionnement de la condition au sein des arrêts de la Cour européenne. Et ce, notamment, lorsqu’à l’occasion du rappel des principes généraux en cause, elle ne se voit pas mentionnée seule au titre des limites aux restrictions des droits garantis²³¹. En effet, comme en illustrent tout particulièrement certains arrêts fondateurs suivants l’*Affaire linguistique belge*²³², l’interdiction d’atteinte à la substance du droit apparaît alors – formellement – devant les autres conditions conduisant le contrôle du juge européen. Autrement dit, il s’agit de la première « limite des limites » du système conventionnel²³³.

Cet élément d’information est d’une haute importance pour l’analyse de la conception prétorienne. En effet, la position réservée à la condition semble devoir révéler sa mise en

²²⁹ Tels Cour EDH, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* précité (note n° 221), § 57 (relatif à l’article 6, paragraphe 1), Cour EDH, *Rees c/ Royaume-Uni* précité (note n° 47), § 50 (relatif à l’article 12), Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* précité (note n° 48), § 52 (relatif à l’article 3 du Protocole n° 1), Cour EDH, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 49), §§ 59 et 62 (relatif à l’article 5, paragraphe 3).

²³⁰ Voir, en parallèle, l’analyse de L. MILANO concernant le droit d’accès à un tribunal, reconnu et limité, en application de cette recherche d’équilibre dans l’interprétation des dispositions conventionnelles (L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, *op. cit.*, notamment pp. 195 et s.).

²³¹ A l’inverse, il en est ainsi sur le terrain des articles 5 et 12 de la CEDH (dont les droits ne renvoient pas à des limitations « explicites » ou « implicites » pures, mais à des hypothèses de privation, pour le premier, ou à des limitations déterminées par le droit national, pour le second), tel qu’il découle des arrêts de principe – Cour EDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp c/ Pays-Bas*, req. n° 6301/73, A33, § 60 ; chron. R. PELLOUX, *AFDI*, 1980, pp. 324-325 ; Cour EDH, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 49), § 59 ; Cour EDH, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, 30 août 1990, req. n° 12244/86 ; 12245/86 ; 12383/86, A182, § 32, d’une part ; – et Cour EDH, *Rees c/ Royaume-Uni* précité (note n° 47), § 50, d’autre part.

²³² C’est le cas notamment dans les jurisprudences *Ashingdane c/ Royaume-Uni* précité (note n° 221), § 57 et *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* précité (note n° 48), § 52.

²³³ Voir – généralement, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme...*, *op. cit.*, pp. 356-357 ; – relativement au système constitutionnel suisse, A. MACHERET, « Le noyau intangible des droits de l’homme... », *op. cit.*, p. 35 ; J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 150. – Signalons, également, que tant la jurisprudence primitive de la Cour de justice (depuis CJCE, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung c/ Commission des Communautés européennes* précité (note n° 86), attendu 14, conclusions TRABUCCHI, pp. 515-516), que l’article 52 de la Charte des droits fondamentaux peuvent, dans une certaine mesure, suggérer la reconnaissance d’une distinction prioritaire (voir R. TINIERE, *L’office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 363).

priorité face aux autres règles à respecter en vue de la conventionnalité d'une mesure étatique. Surtout si elle se couple, par ailleurs, avec l'autonomie de ladite condition. Remarquons ainsi qu'une analyse purement abstraite – théorique et décontextualisée – des conditions relatives aux restrictions dans le système conventionnel ne saurait être pleinement éclairante. Il est donc nécessaire d'analyser celles-ci conjointement et comparativement, pour faire émerger l'influence ou l'importance différenciée dont elles jouissent manifestement (étant plus ou moins rigoureusement, et complètement, contrôlées), ainsi que les confusions ou assimilations qui apparaissent parfois entre elles. Face à ces phénomènes, la volonté de la Cour de placer au premier rang l'interdiction d'atteinte à la substance du droit semble illustrer une priorité donnée à celui-ci. Il en découle que le principe ne peut, au cours de l'examen de la mesure étatique concernée²³⁴, d'aucune façon être supplanté par les conditions suivantes ; une telle priorité révélant ainsi une hiérarchie entre lesdits mécanismes d'encadrement des limitations, fondée sur le degré de gravité de l'atteinte au droit²³⁵.

88. BILAN GENERAL DES ANALYSES. Au regard des constatations et réflexions précédemment énoncées, il est possible de conclure à la reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme d'une interdiction d'atteinte à la substance du droit, de nature principielle, et chargée d'encadrer les limitations étatiques. Ce faisant, le juge européen a manifestement entendu doter cette protection de la substance d'un caractère absolu, en ce que l'interdiction d'atteinte à la substance du droit à vocation à s'appliquer de façon permanente et inconditionnelle ; ceci émanant d'ailleurs de la priorité formelle conférée à la condition.

Plus encore, c'est l'atteinte interdite qui semble conçue absolument. Aussi, la jurisprudence européenne révélerait l'existence d'une limitation immédiatement inconventionnelle d'un droit garanti, quelle que soit la justification apportée, dès lors qu'elle l'affecte dans sa partie intouchable.

§ II. Une atteinte à la substance du droit appréciée absolument

89. UNE ATTEINTE « EN ELLE-MEME ». Il a préalablement été affirmé que nonobstant l'abstraction – et subséquemment, la relative opacité quant à son contenu – de la formulation

²³⁴ *A contrario*, la continuation de l'examen serait conditionnée par le constat implicite d'une absence d'atteinte à la substance du droit (voir par exemple, dans la jurisprudence, l'opinion dissidente des juges WILDHABED, COSTA, LORENZEN, KOVLER et JEBENS sous Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni* (n°2), req. n° 74025/01, Recueil des arrêts et décisions 2005-IX, § 2 ; chron. O. DUBOS, *JCP A*, 2006, 1021, pp. 144-146).

²³⁵ Voir, pour une illustration manifeste, la solution de l'arrêt Cour EDH, 27 juillet 2006, *Nedzela c/ France*, req. n° 73695/01, § 58.

de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, il était possible de tirer de la jurisprudence de la Cour des déductions permettant de mieux cerner celle-ci. Or il apparaîtrait, à la lumière de la jurisprudence initiale en la matière notamment, que le juge européen apprécie l'atteinte à la substance d'un droit en elle-même, garantissant ainsi la parfaite intangibilité de la substance. Notons que cette conception de l'atteinte s'inscrit dans le prolongement naturel de nos propos relatifs à l'appréhension de la substance du droit comme un « objet » absolu. On voit là apparaître une zone de chevauchement permettant la confusion entre la conception absolue de la substance, d'une part, et celle de l'évaluation de l'atteinte, d'autre part.

L'intangibilité complète évoquée reposerait dès lors sur l'idée d'une limite à ne pas dépasser « en soi » (A). Sa particulière singularité, eu égard aux mécanismes classiques issus de l'interprétation constructive de la Convention, semble devoir expliquer son importation au système conventionnel (B).

A) Une limite à ne pas dépasser « en soi »

90. PROPOS PRELIMINAIRES CONCERNANT L'OBJET ET LE DOMAINE D'EXAMEN. A nos conclusions relatives à la substance, élément en tant que tel et fondamental inhérent à un droit, à l'image d'un cœur, il semble que nous puissions dorénavant ajouter que toute mesure étatique portant atteinte à ce *cœur* intouchable est, pour le juge européen, « injustifiable en soi », selon la terminologie employée par Sébastien VAN DROOGHENBROECK²³⁶. Il faut préciser ce concept, tel qu'il est compris par nous à l'aune de la conception idéale, en vue d'en démontrer la présence dans la jurisprudence conventionnelle.

Une mise en garde préalable s'impose quant à notre perspective : on vise, dans le cadre de ce *deuxième Chapitre*, à clarifier l'atteinte à la substance, et plus précisément, le contrôle appliqué à cette atteinte. Encore une fois, il paraît décisif à titre méthodologique de tenter de maintenir la dissociation entre « substance » et « atteinte » portée à celle-ci, sous l'angle de la conception absolue. Ceci dans le but de présenter la démarche théorique « pure » qui devrait guider le juge, et d'en souligner plus aisément les écarts ou confusions pratiques.

91. L'IDEE D'ATTEINTE INJUSTIFIABLE EN SOI. Si le concept d'injustifiable en soi désigne *stricto sensu* une « catégorie d'actes ou d'omissions intrinsèquement condamnables »²³⁷, il renvoie indirectement à une limite, une barrière infranchissable pour les limitations aux droits garantis. Cette limite se concrétise dans la substance du droit. L'Etat partie ne peut lui porter

²³⁶ Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 352.

²³⁷ *Ibid.*

atteinte « en tant que telle », c'est-à-dire quelles que soient les justifications étatiques avancées en faveur d'une mesure restrictive. Sans ce caractère ou cette propriété substantielle, le droit ne pourrait continuer « d'exister » pour son détenteur, de la même façon qu'un être vivant dépossédé de ses organes élémentaires n'est plus qu'un corps ; son exercice et sa jouissance seraient donc réduites à néant, rendues ineffectives. Le respect d'une telle substance est par conséquent absolu. La réalité du droit en dépend²³⁸. En sus, il faut considérer cette barrière comme résiduelle, c'est-à-dire qu'elle incarne la dernière limite avant « l'inexistence » du droit ; *a contrario*, elle doit être la première à entrer en jeu dans le contrôle des mécanismes conditionnant les restrictions à son exercice, puisqu'elle protège le caractère fondamental, essentiel, du droit.

92. LES MANIFESTATIONS CONVENTIONNELLES PRATIQUES DE L'INJUSTIFIABLE EN SOI. Des signes d'adhésion à une telle thèse peuvent être décelés très tôt au sein du système conventionnel ; plus précisément, les marqueurs d'un injustifiable en soi semblent ressortir d'un faisceau ou complexe d'éléments émergeant de la jurisprudence. Ainsi, selon que soit en cause l'expression de principe ou bien l'examen pratique de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, l'observation des arrêts de la Cour européenne illustre implicitement, ou explicitement, ce sens conféré à l'atteinte à la substance. Il s'agira de proposer quelques exemples significatifs à cet égard, attestant l'influence de cette thèse dans la jurisprudence conventionnelle.

93. UN SIGNE IMPLICITE IDENTIFIABLE DANS L'AUTONOMISATION FORMELLE A L'EGARD DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE. En premier lieu, il ressort de la jurisprudence conventionnelle la présence implicite d'une conception « en soi » de l'atteinte à la substance du droit résidant dans la distinction franche qui en est faite, ainsi que cela a pu être précédemment évoqué, d'avec le principe de proportionnalité²³⁹. Cette autonomie de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit se manifeste d'une part, sur le terrain de l'énonciation générale et abstraite du principe, et d'autre part, sur le terrain de sa mise en œuvre. Quant au premier angle, nous faisons référence à la formulation indépendante, première de celui-ci, au sein du rappel des mécanismes d'encadrement des restrictions

²³⁸ – Sur les liens de la notion à l'étude avec l'exigence d'effectivité, voir *infra*, *Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2*.

²³⁹ Signalons que la question des rapports du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit avec celui de proportionnalité est au cœur des recherches doctorales de Sébastien VAN DROOGHENBROECK, fondant la grille de lecture dichotomique de l'injustifiable en soi et l'injustifié *in casu*, présenté en *seconde Partie* (voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, notamment p. 352).

étatiques. En guise d'illustration, évoquons la jurisprudence majeure *Ashingdane*²⁴⁰, relative à l'impossibilité pour le requérant de contester la légalité d'un refus des autorités s'agissant d'un transfert d'hôpital psychiatrique, et consacrant la première formulation intégrée du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit. La Cour, sur le terrain des principes applicables, y a tout d'abord exposé que « *les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même (...). En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 par. 1 (art. 6-1) que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.* » (Nous soulignons).

En toute logique, on retrouve la distinction et l'ordonnancement spécifique des outils d'encadrement sur le terrain de la mise en œuvre du contrôle. Ainsi, en conclusion de son contrôle relatif à l'article 6 paragraphe 1, le juge européen a affirmé dans l'affaire *Ashingdane* qu' « *eu égard à l'ensemble de ces circonstances, la restriction imposée en l'espèce sur la base de l'article 141 de la loi de 1959 n'a pas porté atteinte à la substance même du "droit" de M. Ashingdane "à un tribunal", ni méconnu le principe de proportionnalité, en limitant la responsabilité éventuelle des autorités compétentes, sur le terrain de l'article 3 de la loi de 1977, aux actes accomplis avec négligence ou de mauvaise foi.* » (Nous soulignons). Il apparaît clairement que la Cour, ayant priorisé et isolé la garantie de la substance du droit, notamment quant à la proportionnalité de la mesure en cause, ne la fait pas reposer sur une balance des intérêts. On peut alors supposer qu'elle vise une logique absolue, le constat d'atteinte ou non à la substance se déclenchant de lui-même, sans considération des justifications étatiques.

94. DES SIGNES EXPLICITES GÉNÉRALEMENT IDENTIFIABLES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH. Des signes plus explicites d'un tel sens conféré à l'atteinte à la substance du droit sont observables non seulement directement – dans le corps des arrêts – mais se nichent également dans les canaux secondaires – minoritaires – de l'interprétation du juge européen. Signalons qu'à l'instar des autres pans de la recherche, la conception « en soi » de l'atteinte à la substance dans la jurisprudence strasbourgeoise ne se laisse pas saisir aisément.

Sur le terrain de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention, et plus précisément du droit d'accès à un tribunal, plusieurs affaires ont donné lieu à des opinions séparées révélatrices d'une conception de l'atteinte assimilable à un injustifiable en soi, apparaissant

²⁴⁰ Cour EDH, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* précité (note n° 221), §§ 57 et 59. Voir également, à titre complémentaire, Com. EDH, (déc. recev. partielle), 8 avril 1991, *Pitzalis* ; *Lo Surdo c/ Italie*, req. n° 15296/89, § 1 (en droit), sur le terrain de l'article 12 ; Cour EDH, (déc. irrecev.), 18 novembre 2003, *Benkaddour c/ France*, req. n° 51685/99, sur le terrain de l'article 3 du Protocole 1.

inconventionnelle en tant que telle. Citons notamment l'opinion commune aux juges RUSSO et SPIELMANN sous l'arrêt *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni*²⁴¹, du 8 juillet 1986, concernant la nationalisation de certains biens en vertu de la loi britannique de 1977 sur les industries aéronautiques et navales. A cette occasion, les juges ont rappelé que, selon la Cour dans l'affaire, « *la limitation du droit d'accès direct au tribunal d'arbitrage - accès possible seulement pour le représentant des actionnaires, mais non pour un actionnaire - poursuit un but légitime: éviter la prolifération de demandes individuelles. Or à supposer même qu'un tel objectif puisse être tenu pour raisonnable, on ne saurait le considérer comme suffisant à justifier la suppression* (selon nous, il ne s'agissait pas d'une simple restriction, d'autant que Sir William Lithgow jouissait de la majorité relative (minorité de blocage)) *d'un droit fondamental, donc l'atteinte à la substance même du droit en question.* ». (Nous soulignons). Dans le même esprit, le juge DE MEYER, au cours dans son opinion concordante jointe à l'arrêt *Tinnelly & Sons LTD et autres c/ Royaume-Uni*²⁴², du 10 juillet 1998, relatif à la délivrance ministérielle de certificats valant preuve irréfragable quant aux décisions de refus directs ou indirects d'octroi de contrats de travaux publics aux requérants, a affirmé qu'« *il a été porté atteinte à la substance même du droit d'accès des requérants à un tribunal. L'Etat défendeur ne pouvait exciper d'aucune « marge d'appréciation » pour leur dénier ce droit.* » (Nous soulignons).

Une dernière illustration quant à l'article 6, paragraphe 1, relative cette fois-ci aux droits de la défense – au travers du droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer – et émanant de la Cour elle-même, peut être identifiée dans l'arrêt *Heaney et McGuinness c/ Irlande*²⁴³, du 21 décembre 2000. Le juge européen, dans cette affaire relative à l'interrogatoire d'individus suspectés d'appartenir à l'IRA et d'avoir participé à un attentat à la bombe meurtrier suite à leur arrestation et détention, a avancé « *que les préoccupations de sécurité et d'ordre publics qu'invoque le Gouvernement ne sauraient justifier une disposition vidant de leur substance même les droits des requérants de garder le silence et de ne pas*

²⁴¹ Opinion, en partie dissidente, commune aux juges RUSSO et SPIELMANN sous Cour EDH, Plén., 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 9006/80 ; 9262/81 ; 9263/81 ; 9265/81 ; 9266/81 ; 9313/81 ; 9405/81, A102. Voir dans le même esprit, l'opinion partiellement dissidente du juge FOIGHEL sous l'arrêt Cour EDH, 22 octobre 1996, *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 22083/93, § 10 (chron. F. SUDRE, *JCP G*, 1997, I, 4000, p. 74), affirmant, dans cette affaire concernant les règles de prescription d'actions civiles relatives à des allégations de sévices sexuels sur les requérantes alors qu'elles étaient enfants, que « *ladite marge d'appréciation ne saurait jamais justifier que l'Etat prive totalement l'individu du droit en question* ».

²⁴² Cour EDH, 10 juillet 1998, *Tinnelly & Sons LTD et autres et McElduff et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 20390/92 ; 21322/92, Recueil 1998-IV, § 2.

²⁴³ Cour EDH, 21 décembre 2000, *Heaney et McGuinness c/ Irlande*, req. n° 34720/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-XII, § 58 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2001, I, 291, p. 191.

contribuer à leur propre incrimination garantis par l'article 6 § 1 de la Convention. » (Nous soulignons).

95. BILAN DE L'ANALYSE. Il ressort de ces quelques illustrations le constat d'une indéniable, bien que souvent tacite, conception par les juges de Strasbourg de l'atteinte à la substance du droit au sens d'un injustifiable en soi. Renforce ce constat l'idée que l'interdiction d'atteinte à la substance révèle une limite unique dans l'instrument conventionnel, empruntée aux systèmes juridiques germanophones.

B) Une limite singulière importée

96. JUSTIFICATIONS COMPLEMENTAIRES DE L'INJUSTIFIABLE EN SOI. Au-delà de l'angle strictement empirique, la tangibilité de l'hypothèse d'une limite à ne pas dépasser « en soi » au sein de la jurisprudence conventionnelle semble d'autant plus défendable que ses origines sont connues (1), d'une part, une telle limite n'apparaissant pas *ex-nihilo*, mais s'inscrivant dans un courant juridictionnel prenant ses racines dans le droit constitutionnel allemand, et que la raison ou utilité de son invocation peut être aisément présumée (2), d'autre part, percevant dans cet emprunt spontané la marque d'une insuffisance du texte conventionnel, quant à la protection des droits garantis.

1) Des origines connues

97. UNE CONCEPTION ALLEMANDE CLASSIQUE DE L'ATTEINTE. Si, fort logiquement, la thèse d'une atteinte à la substance du droit entendue comme injustifiable en soi apparaît premièrement dans le droit constitutionnel allemand, elle s'est manifestement étendue aux systèmes juridiques au sein desquels la notion, en général, a été intégrée ; notablement, aux droits constitutionnels suisse et espagnol. Aussi, les trois ordres juridiques nationaux spécifiquement considérés au sein de la présente étude sont susceptibles de pertinemment nous renseigner sur la portée globale d'une conception absolue de l'atteinte à la substance. A titre liminaire, relayons toutefois l'observation de membres des doctrines suisse et allemande de la particulière rareté – pour ne pas dire inexistance – du constat d'atteinte, par leur juge respectif²⁴⁴.

– UNE CONCEPTION PRETORIENNE. Le juge constitutionnel fédéral allemand a, le premier, affirmé une conception absolue de l'atteinte à la substance dès les débuts de son office,

²⁴⁴ Voir, – quant à la jurisprudence constitutionnelle suisse, A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Vol. II, Les droits fondamentaux, op. cit.*, p. 118 ; – quant à la jurisprudence constitutionnelle allemande, D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux, op. cit.*, p. 167.

suivant la Deuxième Guerre mondiale. C'est notamment quant aux droits propres à l'intégrité morale de la personne humaine – tel le droit à la vie privée individuelle, et par extension à l'épanouissement ou développement personnel (selon l'article 2 de la LFA) – que le juge de Karlsruhe a développé cette interprétation.

A titre d'exemple, dans l'affaire pionnière « *des Pharmacies* »²⁴⁵, relative à l'autorisation d'ouvrir une pharmacie, la Cour l'a affirmé directement : le contenu essentiel d'un droit « *ne peut, selon le libellé clair de l'article 19 paragraphe 2 de la Loi fondamentale être touché "en aucun cas"* » (nous soulignons) ; dès lors, « *la question des conditions dans lesquelles une telle intervention est encore autorisée dans des cas exceptionnels n'est pas pertinente* ». En outre, dans son arrêt du 31 janvier 1973²⁴⁶, concernant la recevabilité de l'exploitation d'un enregistrement secret sur bande d'une conversation privée dans une enquête menée contre le plaignant quant à des soupçons d'évasion fiscale, de fraude et de contrefaçon, la Cour constitutionnelle fédérale a rappelé qu'elle a toujours reconnu une « *zone inviolable* » de la vie privée individuelle garantie par la loi fondamentale, « *privée de l'action des pouvoirs publics* » ; qu'en vertu de l'article 19, paragraphe 2, de la LFA, il ne peut être porté atteinte au contenu essentiel d'un droit fondamental ; que par conséquent, « *même les intérêts supérieurs de la population en général ne peuvent pas justifier une intervention dans la zone centrale protégée absolument de la vie privée ; un compromis en conformité avec le principe de proportionnalité ne se produit pas* » (nous soulignons).

La Cour a aussi été amenée à évoquer une « *protection absolue* » d'une partie du droit en cause, signalant qu'elle ne régit pas toutes les « zones » de la vie privée²⁴⁷. Il ressort manifestement de ces illustrations, en premier lieu, le caractère absolu de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, et en second lieu, le caractère absolu quant à l'appréciation de l'atteinte à ladite substance. Rien ne peut légitimer l'atteinte, dès qu'elle est constatée. Ces analyses ressemblent fortement à celles déduites de la jurisprudence conventionnelle pré-étudiée.

– UNE CONCEPTION DOCTRINALE. Les expressions jurisprudentielles germaniques de la conception absolue de l'atteinte à la substance ont donné lieu à une importante somme d'interprétations doctrinales, présentant, analysant, ou offrant des versions diversifiées de celle-ci, en Allemagne. Bertrand PETER résume cette théorie dans son courant le plus général en soulignant qu'il s'agit de celle renvoyant à un « *noyau substantiel du droit fondamental qui*

²⁴⁵ BVerfGE 7, 377 (411), 11 juin 1958, « *Pharmacies* ».

²⁴⁶ BVerfGE 34, 238 (245) précité (note n° 102).

²⁴⁷ Voir par exemple, BVerfGE 32, 373 (379), 8 mars 1972 ; BVerfGE 34, 238 (245) précité.

est protégé sans réserve et qui existe de manière absolue, immuable et indépendante de toute situation concrète et qui est ôté au pouvoir de disposition du législateur »²⁴⁸. Autrement dit, « *la substance d'un droit fondamental, indépendamment des circonstances, serait absolument soustraite à la compétence de limitation reconnue à l'autorité publique, si important soit le but que poursuit celle-ci* »²⁴⁹.

98. UNE CONCEPTION DE L'ATTEINTE LARGEMENT DIFFUSEE.

– LA RECEPTION SUISSE. De la même façon que l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, la thèse d'un injustifiable en soi s'est répandue par-delà les frontières de l'Allemagne, tel qu'en Suisse et en Espagne. Si la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse semble moins explicite que son homologue de Karlsruhe, et régulièrement ambivalente²⁵⁰, la doctrine – notamment germanophone – suisse n'a pas manqué de se saisir de ladite thèse jurisprudentielle et doctrinale allemande pour la transposer au système constitutionnel suisse. Ainsi, une majorité d'auteurs comme Jean-François AUBERT²⁵¹, Jorg-Paul MÜLLER²⁵², Michel HOTTELIER²⁵³, Andreas AUER (avec Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER)²⁵⁴ relaie volontiers cette conception, qu'ils voient apparaître dans la jurisprudence du Tribunal fédéral ou qu'ils défendent. Ainsi, Jorg-Paul MÜLLER affirme que « *le noyau intangible des droits fondamentaux désigne donc des sphères de protection qui, d'après le droit constitutionnel en vigueur, ne peuvent être restreintes à aucun prix* » ; il ajoute plus loin « *ni un intérêt public ou privé, ni une base légale, même très précise, ne peuvent légitimer des intrusions dans le noyau intangible* »²⁵⁵.

– LA RECEPTION ESPAGNOLE. Enfin, pour clore notre exposé tripartite des principaux systèmes étrangers comprenant une telle conception de l'atteinte à la substance, il faut évoquer le droit constitutionnel espagnol, qui a lui aussi été inspiré par la jurisprudence et la doctrine allemandes. Ainsi, Eduardo BAURA souligne que « *la jurisprudencia española se pronuncia*

²⁴⁸ B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., p. 390. Voir également, F. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, op. cit., p. 172.

²⁴⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 371 ; signalons l'existence d'une conséquente doctrine allemande – citée par l'auteur – sur le sujet (*ibid.*, notes n° 105 à 108 de l'ouvrage).

²⁵⁰ Ainsi que le déplore Petr MUZNY (« Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », op. cit., pp. 980-985 ; visant notamment pour exemples, ATF 98 Ia 508, 514 précité (note n° 105) ; ATF 123 I 296 précité (note n° 106)).

²⁵¹ J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse. Supplément 1967-1982*, op. cit., p. 209.

²⁵² J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, op. cit., p. 150.

²⁵³ M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », op. cit., p. 71.

²⁵⁴ A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Vol. II, Les droits fondamentaux*, op. cit., pp. 118-119.

²⁵⁵ J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, op. cit., p. 150 ; voir, dans le même sens, les explications de T. ZIMMERMANN, « Le noyau intangible des droits fondamentaux... », op. cit., notamment p. 305 au sujet de la théorie de la protection absolue.

tajantemente a favor de esa concepción del contenido esencial que ve a éste como un límite absoluto, infranqueable »²⁵⁶. Un exemple de cette conception absolue de l'atteinte comprise comme un injustifiable en soi peut être tirée de l'arrêt STC 137/1990²⁵⁷, dans laquelle le Tribunal constitutionnel a rappelé que « *todo acto o resolución que limite derechos fundamentales (...) ha de atenderá la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial* » (nous soulignons).

Parallèlement, comme dans le cas suisse, la doctrine s'attachant au droit constitutionnel espagnol a largement retransmis cette conception. Il est possible de citer Pierre BON, Franck MODERNE et Yves RODRIGUEZ, qui considèrent, concernant le contenu essentiel garanti par la Constitution, qu'« *il s'agit là d'un concept de valeur absolue quelles que soient les circonstances invoquées pour limiter ce droit, on doit toujours lui conserver ses caractéristiques essentielles. Bref, le concept de « contenu essentiel » d'un droit fondamental doit être considéré comme la part intangible de ce contenu.* »²⁵⁸. Luis PRIETO SANCHIS déduit même de la décision fondatrice du juge constitutionnel espagnol concernant le droit de grève que « *la cláusula del contenido esencial no se configura como una exigencia de proporcionalidad (...) sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso, puede sobrepasarse* »²⁵⁹. Opinion partagée par Luciano PAREJO ALFONSO : « *Como se ve, una doctrina en este punto idéntica a la mantenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán: carácter absoluto del contenido esencial, pero dentro de cada derecho fundamental.* »²⁶⁰. Bien sûr, ce ne sont pas les seuls points de vue exprimés concernant les jurisprudences constitutionnelles prises pour exemple ; celles-ci s'avérant régulièrement instables et ambiguës, elles font l'objet de critique ainsi que nous l'avons déjà évoqué. Toutefois, en ce qu'elles attestent de l'existence d'une certaine conception absolue de l'interdiction et de l'atteinte en elle-même, ainsi que par leurs ambivalences, les jurisprudences européenne et nationales précitées se font largement écho. Il en ressort une lecture facilitée – car guidée par les enseignements comparatistes – de l'œuvre juridictionnelle sur laquelle se concentre cette étude, celle du juge de Strasbourg.

²⁵⁶ E. BAURA, « El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio », *op. cit.*, p. 716.

²⁵⁷ STC 137/1990, 19 juillet 1990 (BOE n° 181 de 30 de juillet de 1990), concernant notamment le droit à la vie, à l'occasion d'une nutrition forcée de détenus effectuant une grève contre la faim ; voir, dans la doctrine, L. AGUIAR DE LUQUE, « Los límites de los derechos fundamentales », *op. cit.*, p. 26 (note n° 21 du document).

²⁵⁸ P. BON, F. MODERNE, Y. RODRIGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, *op. cit.*, p. 246.

²⁵⁹ L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 144.

²⁶⁰ L. PAREJO ALFONSO, « El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional... », *op. cit.*, p. 186.

99. Notons avec Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI et Michel HOTTELIER que « *d'un point de vue didactique et politique, la figure du noyau intangible des libertés est utile et rassurante. (...) [La protection constitutionnelle des libertés] est relative, parce qu'elle doit céder le pas chaque fois que l'Etat agit sur la base d'une loi, dans l'intérêt public et dans le respect de la proportionnalité. Mais les restrictions ne sont pas illimitées. L'essence même de la liberté, à savoir la partie de celle-ci « qui ne tolère aucune atteinte », est intangible. Quel que soit l'intérêt public dont il se prévaut et quel que soit le moyen choisi, le législateur et le pouvoir exécutif ne peuvent y toucher.* »²⁶¹. Cette remarque est d'autant plus instructive pour notre étude qu'elle pointe une des caractéristiques prééminentes de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, conçue comme empêchant « en soi » toute atteinte à la substance. On peut alors supposer que la notion intervient ou, plus justement, est invoquée par le juge européen pour une simple raison : aucun autre mécanisme en sa possession n'offre une telle fermeté dans la garantie des droits de l'homme.

2) Une raison d'être présumée

100. LA REPONSE A UNE LACUNE SYSTEMIQUE APPARENTE. Une fois établie l'origine de la conception absolue de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit généralement, et de l'appréciation de l'atteinte spécifiquement, interrogeons-nous sur la raison de cet emprunt, puisque dans le sillage des ordres constitutionnels pris pour exemples, la Cour européenne des droits de l'homme a invoqué de sa propre initiative une telle approche.

Il semble qu'on ne puisse interpréter ce choix prétorien autrement que comme un aveu implicite d'une insuffisance tenant au texte et à l'esprit général de la Convention. Au-delà du dynamisme ou du constructivisme marquant très rapidement la jurisprudence conventionnelle dans son ensemble, il est certainement révélateur d'une nécessité particulière. Quels déficits de l'instrument conventionnel le juge de Strasbourg visait-il ainsi, au moyen de l'appel à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, entendue de façon absolue ? Et quelle en est la spécificité ? L'*Affaire linguistique belge* a pu mettre en lumière deux éléments d'explication tenant au contexte juridictionnel originel : d'une part, face à l'absence pour certains droits de règles explicites encadrant leur mise en œuvre par les Etats parties, la Cour a choisi d'admettre tant des limitations aux droits garantis, que de poser les limites à celles-ci ; d'autre part, parallèlement au développement de mécanismes reposant sur une logique

²⁶¹ A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Vol. II, Les droits fondamentaux*, op. cit., pp. 118-119.

diffuse, souple et permissive d'équilibre des forces, la Cour a entendu affirmer une certaine fermeté à l'égard des Etats parties.

101. LA PRESERVATION DE L'EQUILIBRE CONVENTIONNEL FONDAMENTAL. Système élaboré –contraignant – de protection des droits de l'homme, l'architecture conventionnelle se fonde sur un certain réalisme²⁶², propre à la garantie effective des droits y inscrits. La Cour européenne a elle-même très tôt mis en évidence la balance existant entre la nécessaire possibilité d'aménager les droits garantis²⁶³ et les mécanismes de contrôle de ces atteintes. Dès lors, il semble que le défaut d'encadrement explicite d'un droit ouvre une brèche dans le système de protection, générant des incertitudes d'interprétation quant à sa mise en œuvre par les Etats parties, et subséquemment, de potentielles différences injustifiées de régime entre les droits (en permettant soit des dérives arbitraires, soit une sanctuarisation du droit). L'*Affaire linguistique belge*, pionnière à cet égard, illustre cette volonté prétorienne de ne pas admettre des zones de « non droit » au sein de la Convention, ainsi que d'entretenir les équilibres de pragmatisme politique et de respect des droits conventionnels, en précisant les régimes de garantie²⁶⁴.

102. UNE LOGIQUE RADICALEMENT DISTINCTE DE CELLE PROPRE A LA CLAUSE D'ORDRE PUBLIC. L'outil prétorien que constitue l'interdiction d'atteinte à la substance du droit agit radicalement différemment des instruments développés plus ou moins directement à partir de la clause d'ordre public²⁶⁵. D'un côté, lesdits instruments renvoient spontanément aux idées de « simplicité dans la complexité » et de souplesse ou malléabilité, orientant l'appréciation du juge²⁶⁶. « Simplicité dans la complexité », au regard de la mise en jeu ordonnée et rationnelle des différents mécanismes, paramètres, et intérêts à considérer conjointement ;

²⁶² La question du « réalisme » des instruments internationaux des droits de l'homme peut être traitée sous l'angle d'un « *positivisme volontariste* » de la Communauté internationale (G. LEBRETON, « Critique de la Déclaration universelle des Droits de l'homme », *CRDF*, 2009, n° 7, pp. 20 et s.), ou encore d'une prise en considération de la « *contradiction majeure* » des droits de l'homme (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 45-46) par la mise en œuvre d'un instrument subsidiaire, complémentaire aux systèmes juridiques internes.

²⁶³ Admise dans une certaine mesure, de conformité ou de compatibilité, dans le système conventionnel (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 193-194).

²⁶⁴ Sébastien VAN DROOGHENBROECK (*La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 474-475) le compare ainsi à un « *Cheval de Troie* ».

²⁶⁵ Petr MUZYNY, par exemple, précisé au stade de l'Introduction de son travail doctoral l'absence de référence directe à la proportionnalité dans le texte conventionnel, absence qui pourrait être aisément oubliée au regard de la prédominante expansion de cet instrument au sein de ce système (P. MUZYNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 32-33. Voir aussi, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 71).

²⁶⁶ Sur l'idée de la proportionnalité, voir notamment P. MUZYNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 991-992 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

souplesse ou malléabilité dans le jugement, engendrant le sentiment d'un « tout est possible ».

De l'autre côté, l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, comprise comme un intangible absolu – soit prédéterminé tant dans le contenu de la substance, que dans l'acception de l'atteinte – promeut un essentiel figé²⁶⁷ et entièrement protégé des atteintes extérieures. Aussi, rien d'externe ne peut entrer dans la prise en compte de cette garantie. Elle ne peut dépendre d'autre chose que d'elle-même. C'est donc une perspective totalement inverse que la Cour européenne a décidé d'introduire, parallèlement à la première exposée, dans le cadre du contrôle des restrictions des droits garantis. On ne peut ignorer que cette perspective est concomitante à la volonté, suivant la Deuxième guerre mondiale, de marquer d'une garantie absolue les droits considérés comme symbolisant le plus directement la dignité humaine. Toutefois, à côté de ces sphères « d'intouchable », une majorité de droits ont été pourvus de protection relative. Aussi, le juge européen des droits de l'homme a manifestement souhaité affirmer une intouchabilité générale de l'intégrité²⁶⁸ d'un droit. Il en résulte, du point de vue de la sécurité juridique, la stabilisation de la jurisprudence par l'arbitrage définitif quant à l'atteinte proférée à l'encontre du droit en cause²⁶⁹. D'où la distinction, par laquelle est régulièrement matérialisée et résumée la conception doublement absolue de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, entre cette dernière et la logique de proportionnalité, ou plus largement, la clause d'ordre public classique.

103. LA MISE EN DOUTE DE L'EFFICACITE DE LA CLAUSE D'ORDRE PUBLIC ?
Complémentairement aux hypothèses d'insuffisance inhérentes à la structure primaire du système conventionnel, l'évocation d'une conception absolue de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit nous invite à nous questionner sur une potentielle inefficacité des mécanismes trouvant un fondement plus exprès dans le texte de la Convention, ne permettant pas à la Cour d'atteindre les buts qui lui sont fixés, soit protéger correctement les droits. La clause d'ordre public emporte-t-elle le risque d'une protection « laxiste », de par sa structure ou dans son utilisation par le juge ? Au-delà de leur caractère provocateur, ces questions pointent la souplesse des instruments qui constituent ladite clause, rendant possible une

²⁶⁷ C'est à ce niveau que se situe d'ailleurs souvent la critique (voir, par exemple, P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 990 ; 1002-1003).

²⁶⁸ La thèse doctorale d'Olivier DE FROUVILLE repose ainsi sur l'idée d'une progressive restructuration des régimes des droits de l'homme autour du principe d'intangibilité, garantissant inconditionnellement le respect de la substance du droit (O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, *op. cit.*, pp. 62 ; 203). Signalons, toutefois, que ces propos s'inscrivent dans une conception relative de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit. – Voir également, P. MUZNY (« Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 995), pour qui la raison bien connue de cette référence au « noyau intangible » est d'« améliorer les garanties d'inviolabilité des droits fondamentaux »).

²⁶⁹ Voir *ibid.*, p. 995.

certaine dérive du contrôle en faveur des restrictions étatiques, au détriment de la protection essentielle des droits garantis quant à leur exercice et jouissance même. On peut au moins supposer qu'en suggérant une conception absolue de l'interdiction d'atteinte à la substance, en contrepoids aux autres instruments s'imposant plus ou moins explicitement à lui, le juge européen a visé un contrôle renforcé quant aux limitations affectant les droits garantis.

104. BILAN DE L'ANALYSE. Quelle que soit l'analyse de la signification spécifique de sa reconnaissance dans le système édifié par les Etats contractants, le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, au sens de la jurisprudence européenne, semble bien répondre à une volonté d'imposer une borne infranchissable aux Etats puisque les droits de la Convention, tout comme les libertés individuelles de l'ordre suisse (et les droits et libertés des ordres sus-cités généralement), « *ne s'avèrent pas (...) taillables à merci* », pour reprendre les mots de Michel HOTTELIER.

Pour autant, l'auteur affichait sa réserve quant à la formulation de cette condition supplémentaire avec laquelle « *on peut se demander si les juristes n'ont pas, en définitive, posé davantage de questions qu'ils prétendaient en résoudre* »²⁷⁰. Il s'agit, à présent, de mettre en avant les lacunes et les imprécisions de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, comprise de façon absolue, en se concentrant essentiellement autour de la portée du principe posé.

²⁷⁰ M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », *op. cit.*, pp. 67-68.

Section 2. Un principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit à la portée non explicitée

105. LES MODALITES DE MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE. Une fois dévoilé le sens ou contenu matériel de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, bien des incertitudes subsistent quant à sa portée concrète. Cela est d'autant plus problématique que toute construction théorique d'un instrument de protection des droits garantis se trouverait largement limitée, pour ne pas dire nulle, sans un encadrement précis et rigoureux des modalités de sa mise en œuvre. A cet égard, deux volets d'interrogations émergent de la jurisprudence de la Cour européenne.

– L'ÉTENDUE DE LA MISE EN ŒUVRE. La première question qui se pose réside dans l'étendue de la mise en œuvre du principe d'interdiction d'atteinte à la substance : à quoi, et donc jusqu'où s'applique-t-il ? Elle peut être traitée sous deux angles : celui des droits garantis visés par la reconnaissance dudit principe, d'une part ; et celui des formes de limitations contre lesquelles il opère, d'autre part. Seul le second angle a ici vocation à être étudié, tenant par ailleurs pour hypothèse générale la protection de la substance de chacun des droits garantis. Or, le juge européen se montre particulièrement silencieux quant aux rapports de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit avec les différents types de limitations – d'origine externe pour la plupart, voire interne – opposées à l'exercice seul, ou à celui-ci ainsi qu'à la jouissance du droit. Il s'agit ainsi de traiter du champ d'application résolument flou à cet égard du principe reconnu (§I).

– L'APPRECIATION DE LA MISE EN ŒUVRE. La seconde question restant en suspend concerne les critères du contrôle exercé. Alors qu'il paraîtrait nécessaire de pouvoir se référer à des éléments d'appréciation pré-établis, il semble que ce soit, tout au plus, par des critères de contrôle tacites (§II) que la Cour EDH encadre le respect du principe d'interdiction d'atteinte à la substance.

§ I. Un principe au champ d'application flou quant aux catégories de limitations visées

106. L'IMPORTANCE DE LA DETERMINATION DU CHAMP D'APPLICATION. Le champ d'application d'une notion représente le marqueur – tant technique, qu'en termes d'influence – de son étendue d'action. Son importance est donc capitale afin de déterminer « quand » ou plus précisément « à quoi » une certaine notion va s'appliquer, et ainsi délimiter sa zone d'exercice. Rappelons qu'une telle délimitation est assurément essentielle dans l'univers

juridique où une règle doit pouvoir être connue au préalable des justiciables qui y seront soumis

Si l'étude réalisée jusqu'alors nous conduit à supposer que l'interdiction d'atteinte à la substance du droit tient pour domaine de prédilection les restrictions étatiques ou mesures restrictives, le juge européen n'a nullement précisé l'étendue de son contrôle relativement aux différentes catégories de limitations des droits conventionnels. Ainsi, il convient en premier lieu d'examiner l'indétermination du champ d'application du principe en ce qui concerne les deux formes principales de mesures limitatives d'origine étatique (A), soit les restrictions et les dérogations, auxquelles sont corrélées les catégories de régimes de protection des droits garantis²⁷¹. Si la première forme apparaît *de facto* comprise, *quid* de la seconde, qui vise de plus amples limitations ? Par ailleurs, eu égard au rôle, et plus largement, à la finalité dévolue à l'interdiction d'atteinte à la substance, on aurait raisonnablement pu s'attendre à ce que le juge de Strasbourg se prononce quant aux situations de limitation par dépossession – involontaire ou volontaire – d'un droit. Néanmoins, celui-ci semble avoir manqué d'établir là aussi le spectre de son contrôle quant aux hypothèses de perte du droit (B).

A) L'indétermination du champ d'application quant aux deux catégories principales de mesures étatiques

107. L'HYPOTHESE DU CHAMP D'APPLICATION TOTAL DU PRINCIPE. Remarquons qu'en toute logique le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, compris de façon absolue,

²⁷¹ Tel qu'il ressort notamment des dispositions de la Convention (clauses spécifiques et générales – d'ordre public, aux paragraphes 2 des articles 8 à 11, et inscrite à l'article 15) ainsi que de la jurisprudence de la Cour (limitations implicites et prétoriennes, plus largement, reconnues quant à des droits prévus aux articles 6, 2 et 3 du Protocole 1, notamment.).

Parmi les nombreuses analyses ayant précisé et défini ces notions et les régimes attenants dans le système de la CEDH, voir : – s'agissant d'une présentation commune des régimes de protection, M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel...*, *op. cit.*, pp. 126-129 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 202-203 ; P. VEGLERIS, in *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme* (Francfort, 9-12 avril 1980), Paris, Pedone, 1982, pp. 199-200. – S'agissant principalement des restrictions, W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur les restrictions à l'exercice

impliquerait nécessairement un domaine d'application calqué sur le système conventionnel en entier. Autrement dit, aucune mesure étatique ne devrait pouvoir échapper au contrôle effectué à ce titre. Cependant, force est de constater que l'étude empirique relative à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit se concentre, pour la grande majorité, sur celle des mesures restrictives à l'exercice des droits garantis par la Convention. *Quid* donc du contrôle des mesures dérogatoires ? Il s'agit, dans le cadre de cette sous-partie de l'étude, d'utiliser les connaissances jurisprudentielles acquises sur le terrain du contrôle des mesures restrictives, ainsi que les constructions théoriques qui peuvent les concerner, afin de déterminer si le champ d'application du principe conventionnel s'étend jusqu'aux mesures dérogatoires ; et, le cas échéant, d'identifier dans quelle mesure les modalités du contrôle effectué sont similaires à celles correspondant à la première forme de mesures.

108. L'ANALYSE THEORIQUEMENT LIMITEE DU CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE. Avant de développer une telle analyse, il convient d'en souligner immédiatement la principale limite. Elle concerne son aspect éminemment théorique – tant abstrait, qu'expérimental, conséquence de la faiblesse du matériau jurisprudentiel relatif à la notion générale sur le terrain des dérogations (matériau lui-même limité s'agissant des dérogations dans leur ensemble), ainsi que d'obstacles liés à l'assise doctrinale²⁷².

109. PREMIERE ETAPE : QUANT A L'INCLUSION DES MESURES DEROGATOIRES DANS LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE. Nous avons précédemment eu l'occasion de définir la notion d'indérogeabilité et son contraire, la dérogeabilité, et listé les droits présentés dans le cadre du système conventionnel comme étant indérogeables²⁷³. Rappelons simplement que la catégorie des mesures dites « dérogatoires » renvoie généralement à la mise en suspens complète de la jouissance et de l'exercice du droit pendant une période donnée dans le cas de « circonstances exceptionnelles » ; ce en quoi elle se distingue de l'autre catégorie de mesures limitatives, de type « restrictif », qui n'engendrent qu'un amoindrissement sans durée

²⁷² Signalons, d'une part, que les différentes schématisations théoriques proposées, visant à apporter un éclairage approfondi de ce domaine particulier, dépassent les positions classiques de la doctrine, et ne peuvent s'y référer qu'avec prudence ; d'autre part, l'entorse importante – bien que symptomatique – à l'axe de cette *première Partie*, provenant de la conception – relative, par assimilation au principe de proportionnalité – de la protection de la substance du droit détenue par une large majorité de la doctrine ayant traité de la présente thématique (voir, notamment, B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international...*, *op. cit.*, pp. 202-203 ; O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, *op. cit.*, p. 203, de façon plus implicite ; ou encore, L. HENNEBEL, « Les droits intangibles », *op. cit.*, pp. 204 ; 216). Aussi, il ressort généralement de la doctrine conventionnaliste que la limite infranchissable en-deçà de laquelle la mesure étatique dérogatoire ne peut aller est assurée par le jeu du principe de proportionnalité (voir M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 76, citant R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles...*, *op. cit.*, p. 213 ; en supplément, pp. 289-290).

²⁷³ Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, §II, A), n° 59.

cloisonnée particulière de son exercice²⁷⁴. Là où l'analyse se concentrait sur l'utilisation de la notion d'indérogeabilité – volet négatif – comme outils permettant d'identifier la substance du droit, il faut ici l'analyser dans sa formulation positive – la dérogeabilité, dans ses rapports au champ de mise en œuvre du principe.

– LES DEUX THESES EN PRESENCE. En effet, une première question se pose à l'analyse de l'étendue du champ d'application du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit : celui-ci peut-il garantir la protection de la substance dans le cadre de circonstances exceptionnelles ? Sur le plan théorique, deux éléments de réflexion semblent devoir être opposés : d'une part, il apparait, ainsi que cela a été annoncé, aller de la finalité et donc de l'esprit du principe lui-même qu'il s'applique dans des cas d'exception. En ce sens, il semble justifié de soutenir une telle application, malgré l'importance pour les Etats membres de la possibilité de se voir reconnaître un état de circonstances exceptionnelles permettant d'adapter le droit conventionnel²⁷⁵. D'autre part, et selon une perspective propre au régime de limitation des droits garantis, il faut citer Rusen ERGEC avançant que « *le critère principal pour distinguer les restrictions de la dérogation réside dans l'étendue des ingérences autorisées aux droits garantis. Les restrictions sont impuissantes à porter atteinte à la substance des droits garantis* »²⁷⁶.

Ainsi, le caractère suspensif – de « *mise en paralysie* »²⁷⁷ du droit – dans le cadre de mesures dérogatoires dépasse l'action permise sur l'exercice d'un droit par les simples restrictions, permettant l'atteinte à la substance²⁷⁸. Malgré les apparences, de tels arguments ne conduisent pas nécessairement à une conclusion antithétique au regard du champ d'application du principe.

– LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH. Avant de nous en expliquer, il faut examiner la jurisprudence européenne, pour y mettre à l'essai les thèses présentées. En premier lieu, apportons une précision d'importance : la Cour européenne n'a jamais eu explicitement recours à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit dans le cadre du droit de dérogation

²⁷⁴ Voir notamment F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 202-203 ; également, dans le *Dictionnaire des droits de l'homme*, les entrées précitées « Dérogation » et « Limitations aux droits » (particulièrement pp. 659-662).

²⁷⁵ Voir N. QUESTIAUX, *Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency*, E/CN. 4/Sub. 2/1982/15, p. 45 : « *With regard to the rights of relative inalienability, the limits that may be accepted, particularly when a state of emergency is in force, should not fall below a certain minimum threshold* » ; également sur la question, E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, op. cit., pp. 446-447 ; B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international...*, op. cit., pp. 202-203 ; O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, op. cit., pp. 202 ; 210 ; L. HENNEBEL, « Les droits intangibles », op. cit., p. 200.

²⁷⁶ R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles...*, op. cit., p. 34.

²⁷⁷ *Ibid* ; voir également, P. VEGLERIS, op. cit., p. 200.

²⁷⁸ Rusen ERGEC et Phédon VEGLERIS partagent notamment ce raisonnement (voir *supra*, notes n° 276 ; 277).

étatique. Néanmoins, au-delà de la référence même, il faut vérifier si le contrôle – et donc la protection – effectué par la Cour s’agissant de la partie substantielle du droit semble, dans le cas de mesures dérogatoires, en substance équivalent à celui effectué en matière de restrictions. Or, cela n’est apparemment pas le cas, le juge européen donnant là encore davantage raison à la seconde thèse présentée. En effet, notamment depuis l’affaire *Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni*²⁷⁹, celui-ci a reconnu que si l’Etat se doit, sur le terrain des mesures restrictives, de respecter certaines exigences – comme la condition de « promptitude » explicitée par la Cour dans l’arrêt *Brogan et autres* en ce qui concerne l’article 5, paragraphe 3²⁸⁰, le droit de dérogation permet d’y échapper dans une certaine mesure que nous détaillerons ultérieurement. Autrement dit, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, il est bien nécessaire de distinguer mesures restrictives et mesures dérogatoires quant à l’étendue de la protection exigée.

Plutôt que de déduire de ce constat la stricte exclusion de l’interdiction d’atteinte à la substance du contrôle des mesures dérogatoires, il semblerait plus adapté, tant au niveau théorique que pratique, d’y percevoir l’expression nuancée d’une « troisième voie ». Celle-ci consisterait en un équilibre entre les deux thèses énoncées, ouvrant le champ d’application du principe aux mesures dérogatoires, tout en conservant la distinction entre les deux catégories de mesures. Afin de l’analyser, admettons donc l’hypothèse d’une application du principe aux mesures dérogatoires.

110. DEUXIEME ETAPE : QUANT A L’INTENSITE DE LA PROTECTION ET A L’ETENDUE DE LA SUBSTANCE DU DROIT. Si deux propositions générales découlent logiquement de cette étape : l’absence de changements quant à la substance ainsi qu’à sa protection, quel que soit le régime en cause, ou leur présence, seule la seconde proposition mérite un examen approfondi au regard de nos conclusions relatives à la jurisprudence européenne. Signalons tout de même concernant la première, d’une part, que les tenants d’une étendue de la substance et intensité du principe identiques sont aussi peu nombreux que les précédents tenants opposés (d’une absence d’application du principe à la dérogation). Ladite thèse peut prendre sa source

²⁷⁹ Cour EDH, Plén., 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni*, req. n° 14553/89 ; 14554/89, A258-B, §§ 37-38. – Sur cette affaire, voir M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 77 ; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance ...*, op. cit., pp. 146-148 ; B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l’homme garantis par le Pacte international...*, op. cit., p. 202. – Pour d’autres exemples de cette logique distinctive dans la jurisprudence, voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme...*, op. cit., p. 390 (note n° 217 de l’ouvrage).

²⁸⁰ Cour EDH, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 49), §§ 59 et 62 ; voir plus largement, sur la substance relative à l’article 5, *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §I, B).

notamment dans une certaine conception générale de l'atteinte à la substance du droit²⁸¹, ou encore de la substance du droit elle-même²⁸². Rappelons, d'autre part, qu'une telle proposition doit être considérée comme celle satisfaisant le mieux la perspective absolue de la protection de la substance du droit, en général – en tant qu'elle permet de protéger indéfectiblement une substance du droit déterminable *a priori*²⁸³.

– LA « TROISIEME VOIE ». La seconde proposition, plus complexe, renvoie à la troisième voie précédemment introduite, soit l'existence de modifications relatives à la protection ou à la substance du droit, dépendamment de la catégorie de mesure utilisée. Elle permettrait d'analyser le positionnement théorique initié par Rusen ERGEC – distinguant restrictions et dérogations par la possibilité d'atteinte à la substance du droit – comme révélant l'absence de parfaite symétrie, de protection et de substance, selon la mesure en cause. Aussi, l'existence de circonstances exceptionnelles rendant possible l'adoption de mesures dérogatoires autoriserait l'atteinte à la substance, telle que comprise dans les limites et le contenu établis dans le champ des mesures restrictives. Parallèlement, il s'agirait ainsi d'offrir une autre interprétation de l'article 15 de la Convention, dont l'effet utile et les finalités profondes – la préservation des valeurs démocratiques – impliquent de garantir une certaine limite à la dérogation admise, comme le rappelle Sébastien VAN DROOGHENBROECK²⁸⁴. Cela étant dit, il convient d'examiner les deux sous-propositions émanant de cette troisième voie.

Il est d'abord permis de supposer que malgré l'admission des mesures dérogatoires dans le champ d'application de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, une telle circonstance engendre une moindre intensité de protection que celle ayant vigueur dans le cadre des mesures restrictives (la substance restant identique). Aussi, une part d'atteinte à la substance serait considérée dans le cadre des conditions issues de l'article 15 comme proportionnée, donc conventionnelle. Cette lecture, non revendiquée dans la doctrine, pourrait trouver une

²⁸¹ Vraisemblablement perçue par Jean-Bernard MARIE (« La quête du noyau intangible », *op. cit.*, p. 13) comme une suspension de la jouissance du droit, par opposition à son exercice dont la garantie peut être valablement suspendue dans des circonstances graves et exceptionnelles.

²⁸² – Ainsi, des auteurs tels Ludovic HENNEBEL (« Les droits intangibles », *op. cit.*, p. 200) ou Claude KATZ (« Pour la proclamation par la Communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 545) défendent une conception de la substance du droit qui ne permettrait pas d'affecter le droit en deçà d'un certain seuil minimal indépassable, quelles que soient les circonstances, qu'ils lient d'ailleurs avec la réalité de la garantie du droit et l'inhérence des droits de l'homme à la nature humaine. – Elodie BALLOT (*Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 446) avance pour sa part qu'il ne devrait pas y avoir de variabilité dans la substance selon les circonstances en cause, car c'est justement durant les périodes de trouble que la protection d'un « *plein* » noyau du droit s'avérerait indispensable.

²⁸³ Voir *ibid.*

²⁸⁴ Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 384-385 ; 392.

résonance dans les travaux de Rusen ERGEC²⁸⁵. Ce dernier, tout en reconnaissant la conventionnalité de principe de l'atteinte à la substance en cas de dérogation – sous réserve de la proportionnalité de la mesure, souligne la nécessité de protéger absolument certains aspects des droits, notamment quant à des droits spécifiques, en les mettant « *hors d'atteinte négative* »²⁸⁶ des dérogations. Toutefois, la reconnaissance d'une « limite basse », intangible face à l'atteinte aux droits pourrait également se voir rapproché d'une deuxième sous-proposition, relative à l'appréhension de la substance-même.

Il est alors question de distinguer, en fonction du type de limitation en cause, l'étendue de la substance, laquelle serait naturellement plus restreinte dans le cadre de la dérogation. Dans ce cas, l'intensité de la protection se conçoit de façon unique et totale quelle que soit la catégorie de mesure en cause, l'atteinte à la substance s'en voyant absolument interdite. Ceci pourrait d'ailleurs être dans une certaine mesure confirmé par la jurisprudence de la Cour européenne ainsi que nous le suggérons préalablement. A titre d'exemple, on peut citer le point de vue de Sébastien VAN DROOGHENBROECK²⁸⁷, qui conciliant ses analyses relatives à la limite (temporelle) et à l'utilité de la notion de dérogation²⁸⁸, propose une double identification de la substance selon le type de mesure concerné. Celle-ci correspondant à deux situations ou

²⁸⁵ Rusen ERGEC, distinguant déjà la dérogation d'une destruction même du droit par la lecture combinée des articles 15 et 17 de la CEDH (R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles...*, op. cit., pp. 42-43 ; voir aussi, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 384-385), admet l'existence d'un « *minimum irréductible* » concernant certains droits « *à ce point importants* » qu'il ne faudrait les « *vider de toute substance* » même en des circonstances exceptionnelles (R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles...*, op. cit., p. 289). Celui-ci fait notamment référence aux articles 5 et 6 de la CEDH, au regard de la place éminente qu'ils occupent dans une société démocratique. Aussi, l'auteur cite un certain nombre de garanties qui devraient éventuellement être considérées comme non-dérogeables : – concernant l'article 5, l'obligation de rendre publique toute arrestation au-delà d'un délai relativement bref, l'interdiction des détentions administratives à durée indéterminée, des mécanismes appropriés de contrôle prévus pour l'internement administratif (complémentaire à Cour EDH, 1^{er} juillet 1961, *Lawless c/ Irlande* (n° 3), req. n° 332/57, A3, § 37, signalons l'apport sur le terrain de l'article 5 § 3 de l'arrêt *Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni* précité (note n° 279), §§ 62-65, notamment repris par Cour EDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c/ Turquie*, req. n° 21987/93, Recueil 1996-VI, §§ 82-84, et par Cour EDH, 21 février 2006, *Bilen c/ Turquie*, req. n° 34482/97, § 53, sur le terrain de l'article 5 § 4) ; – concernant l'article 6, le droit à un tribunal impartial et indépendant et à la présomption d'innocence.

– Voir, plus récemment, M. AFROUKH (*La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 76) qui, dans ses recherches doctorales, admet également « *qu'il y ait une limite à ne pas franchir dans l'atteinte aux droits conditionnels en période d'exception* », se résumant en la satisfaction du critère de la proportionnalité tel qu'entendu dans le cadre du régime dérogatoire.

²⁸⁶ Voir la précision opérée par Robert KOLB qui consiste à différencier l'indérogeabilité de toute intangibilité, puisque cette première ne constitue qu'une interdiction d'atteinte négative et non positive au droit (R. KOLB, « *Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation « positive » et « négative » », *RGDIP*, 2005, n° 2, pp. 306-307 ; 326).

²⁸⁷ Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 392 ; voir complémentirement B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international...*, op. cit., qui en a repris l'explication p. 202.

²⁸⁸ Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 384 et s.

contextes distincts : un temps de « paix », et un temps de « guerre ». « L'injustifiable en temps de paix » est entendu comme nécessairement plus large, et donc comprenant, « l'injustifiable en temps de guerre », en accord avec l'effet utile de l'article 15 de la Convention. Il s'agit donc, là encore, d'une substance et de sa protection, entendues comme absolues, mais dont la première s'est vue dédoublée pour s'accommoder aux impératifs étatiques exceptionnels.

111. BILAN DE L'ANALYSE. Trois observations peuvent être émises quant à la précédente analyse. Commençons, à titre indicatif, par signaler le renvoi notable de la doctrine citée à des couples déjà évoqués au titre de l'examen de la substance seule, tels ceux de « jouissance/exercice », ou de « destruction totale / impact limité » vis-à-vis de droits²⁸⁹. On peut, par ailleurs, regretter le manque de ligne doctrinale claire quant à la question de l'application du principe aux mesures dérogatoires, la variété et la généralité des analyses en la matière ne pouvant assurer un principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit efficace. Enfin, quant au contenu de l'étude, avançons-nous à discerner un point de rapprochement des différentes hypothèses énoncées autour d'un même axe, distinguant les *modalités d'application* du principe en fonction de la catégorie de mesure visée. Plus encore, certaines d'entre elles – telles les deux sous-propositions dernièrement développées – se distingueraient davantage en raison de l'angle d'approche choisi que du cas de figure en cause, tant en pratique elles semblent conduire au même effet. En toute hypothèse, c'est au juge que revient *in fine* la charge d'apporter une certaine stabilité à l'interprétation d'une notion juridique usitée – bien que dans notre domaine, l'œuvre du juge européen soit encore limitée et relativement décevante.

Il est une autre forme de limitation au droit qui n'a pas été instruite par la Cour européenne dans son emploi de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit : celle rassemblant les hypothèses de perte d'un droit.

B) L'indéfinition du champ d'application quant à la perte du droit

112. UNE MISE EN RELATION LEGITIME. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas été plus prolixe que nous ne le constatons juste avant en ce qui concerne la relation du

²⁸⁹ Alors que ceux-ci sont couramment employés pour délimiter le droit de dérogation, ils peuvent de ce fait ressurgir de façon combinée dans le questionnement relatif à l'application de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit en matière dérogatoire (voir, par exemple, B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international...*, *op. cit.*, p. 202 ; R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles...*, *op. cit.*, p. 42 ; R. PELLOUX, « Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire... », *op. cit.*, p. 52).

principe à la perte d'un droit. Pourtant, cette thématique présente théoriquement un grand intérêt pour la notion d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, qui vise justement à empêcher la perte du droit par atteinte à sa partie la plus essentielle. Ainsi, il faut se demander comment l'interdiction d'atteinte à la substance du droit intervient dans le cadre de cette thématique. En dépit des faibles références doctrinales sur le sujet, il s'agit de dépeindre les questionnements qui peuvent émerger quant à la matérialisation de ses contours.

Doivent donc être observés successivement les rapports du principe aux deux manifestations principales de perte du droit : d'une part, à la situation de limitation externe ou confiscation d'un droit – l'abus de droit (1) ; et d'autre part, à la situation de limitation interne d'un droit – la renonciation à un droit (2).

1) Le rapport du principe à l'abus de droit

113. L'ARTICLE 17 DE LA CEDH. Dans le cadre de la Convention, il faut signaler qu'une disposition – à double sens – prévoit la possibilité tant de déchoir un individu de l'usage de son droit, que de sanctionner la mise en œuvre inconventionnelle par un Etat de l'exercice d'un droit²⁹⁰, en sanction de l'utilisation de l'instrument conventionnel dans le but de détruire un droit qu'il garantit. Il s'agit de l'article 17²⁹¹. Or, si la question des rapports de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit avec la notion d'abus de droit (ou plutôt son interdiction), doit en premier lieu être envisagée sous le premier angle cité, nous verrons que le second aspect peut également recouvrir un intérêt tout particulier quant à l'étude de notre notion.

²⁹⁰ Sur la clause de l'abus de droit en général, voir : – pour la doctrine propre à la CEDH, M. LEVINET, « Le pluralisme confronté à la clause d'interdiction de l'abus de droit », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, coll. « Droit et justice », pp. 125-150 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 204-206 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., notamment pp. 384-385 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *RTDH*, 2001, n° 46 spécial, pp. 541-566 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 168-175 (notamment p. 168 sur le double volet de l'article 17) ; – pour la doctrine constitutionnaliste, L. ECK, *L'abus en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques (Paris) », 2010 ; spécifiquement concernant la Convention, pp. 267-294.

²⁹¹ L'article 17 de la CEDH, interdisant l'abus de droit, prévoit qu'« *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

En guise de parallèle, voir notamment – l'article 30 de la DUDH, selon lequel « *Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés* » ; – l'article 29 a) de la CIADH, prévoyant qu'« *Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme : a. Autorisant un Etat partie, un groupement ou un individu à supprimer la jouissance et l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à les restreindre plus qu'il n'est prévu dans ladite Convention* ».

114. LA SANCTION DE L'ABUS DE DROIT A L'EGARD D'UN INDIVIDU, UNE CONTRADICTION POTENTIELLE AVEC LE PRINCIPE. En premier lieu, il est possible de se pencher sur l'aspect restrictif ou liberticide de la clause de l'article 17 à l'égard des droits garantis par la Convention. L'abus de droit renvoie ici à l'utilisation par un individu d'un droit protégé par la Convention afin de nuire voire de détruire les autres droits protégés. Un tel comportement, s'il est dûment constaté par la Cour européenne, engendre immédiatement la déchéance du droit inadéquatement utilisé. Quelles conséquences cela emporte-t-il pour la protection de la substance du droit ? Il semblerait qu'un tel effet soit *a priori* contraire à la notion de protection de la substance du droit, en général. La déchéance correspond, ni plus ni moins, au retrait du « *droit de se prévaloir* »²⁹² d'un droit dans un but nocif à l'ensemble du système juridique en cause ; le détenteur en est donc temporairement et conjoncturellement dépossédé de son exercice²⁹³. Au regard de la portée de la clause d'interdiction de l'abus de droit, il paraît donc logique d'envisager que son déploiement a une conséquence sur la substance qui, en raison de la négation circonstancielle de l'usage du droit, n'est alors plus protégée²⁹⁴. Comment peuvent donc être conciliées – dans le respect de leur finalité et leur mise en œuvre efficace – les deux notions ? L'application du principe s'arrête-t-elle au commencement de l'abus de droit ? Il peut en être ainsi en considérant, d'une part, que l'interdiction d'atteinte à la substance du droit n'a pas vocation à garantir cette substance contre l'action destructrice du titulaire du droit lui-même (mais contre l'action ou inaction étatique), et d'autre part, qu'elle n'opère que dans un cadre particulier – celui du respect par leurs détenteurs de tous les droits garantis, en application du principe même – mais ne joue pas contre les « ennemis » du système conventionnel. Compte tenu de ses implications, le recours à l'interdiction de l'abus

²⁹² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 204.

²⁹³ Ainsi, « l'exercice abusif d'un droit fondamental n'entre pas dans le champ de la protection conféré par celui-ci » (S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 611).

À mettre en perspective avec la définition générale des termes : – « abus de droit », visant la « *faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux (...)* » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 7 ; voir, également, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., pp. 1-3 ; et, dans la jurisprudence, Cour EDH, *Lawless c/ Irlande* (n° 3) précitée (note n° 285), § 7). – « déchéance », qui renvoie à la « *perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie etc.* » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 301).

²⁹⁴ Selon Sébastien VAN DROOGHENBROECK, l'article 17 de la CEDH, « *en soustrayant pour sa part de plano l'activité liberticide à toute protection conventionnelle, en ce compris à celle desdites clauses de restrictions, (...)* pourrait donc permettre ce principe d'intangibilité » (S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », op. cit., pp. 549-550). Olivier DE FROUVILLE évoque quant à lui « *une véritable suppression du droit* » (O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, op. cit., p. 231).

de droit doit s'entourer de la plus grande prudence, notamment dans le contrôle exercé pour parvenir au constat de déchéance. Il nécessite donc d'être strictement encadré.

Cependant, en dépit de ce que Sébastien VAN DROOGHENBROECK appelle « *l'utilité* » de l'article 17, l'impact de ce dernier sur la protection de la substance du droit, en général, semble en pratique largement limité. Ainsi, non seulement le recours direct à cet article est considéré comme relativement faible, qui plus est, les droits les plus touchés par la clause de l'article 17²⁹⁵ sont ceux susceptibles de « limitations explicites » prévues par le paragraphe 2 des articles 8 à 11, terrains subsidiaires et particuliers de mise en œuvre du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit (en dehors de l'article 3 du Protocole 1)²⁹⁶.

Mais ainsi que le rappellent Jacques VELU et Rusen ERGEC, « *une lecture attentive de l'article 17 révèle, néanmoins, une « ambiguïté foncière* »²⁹⁷. Aussi cette disposition représente-t-elle également une limite aux limitations étatiques, qui semble rejoindre et compléter adéquatement l'interdiction d'atteinte à la substance²⁹⁸.

115. LA SANCTION DE L'ABUS DE DROIT A L'EGARD D'UN ETAT, UN VECTEUR DU PRINCIPE. L'angle opposé de la clause de l'article 17 s'avère particulièrement instructif pour notre réflexion, en ce que loin d'être ici en contradiction avec le principe, la notion d'interdiction de l'abus de droit intervient comme une limite aux limitations prévues par la Convention et donc un allié dans la protection de ladite substance. Il s'agit là de la configuration selon laquelle un Etat partie agirait de façon à détruire, ou à limiter, au-delà de ce que les dispositions de l'instrument ne prévoient, les droits garantis par celle-ci. Aussi, il apparaît manifestement une corrélation en termes de finalité de l'interdiction de l'abus de droit avec le principe sujet de ce travail doctoral. Notons, par ailleurs, que l'article 17 a pu être envisagé comme une « *règle d'interprétation* » des limitations aux droits conventionnels en général²⁹⁹. Cette clause serait ainsi révélatrice d'une logique inhérente au Traité, et donc souhaitée par ses auteurs, reconnaissant une limite ultime à la mise en œuvre de l'exercice des droits garantis par les Etats parties. Dès lors, la clause prévue par l'article 17 viendrait soutenir textuellement et symboliquement le constat d'un principe prétorien d'interdiction d'atteinte à la substance du

²⁹⁵ Quant au champ d'application global du principe, voir notamment J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 174-175.

²⁹⁶ Voir, quant à la limite à une intangibilité des droits, S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », op. cit., pp. 549-550.

²⁹⁷ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 173.

²⁹⁸ Voir, en droit comparé, K. J. PARTSCH, « The contribution of universal international instruments on human rights », in A. DE MESTRAL et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, op. cit., p. 68.

²⁹⁹ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 169-170 ; 173 ; en lien avec *supra*, notes n° 284-285, quant à l'article 15 CEDH.

droit³⁰⁰. Olivier DE FROUVILLE affirme ainsi que « *ces mêmes articles qui semblent pouvoir fonder des ingérences illimitées – une véritable suppression des droits – se révèlent en même temps des garanties de l'intangibilité* »³⁰¹ ; et l'auteur de conclure qu'« *ainsi loin d'être un vecteur d'atteinte au principe d'intangibilité, les clauses anti liberticides remplissent au contraire une fonction de garantie de ce principe* »³⁰².

116. BILAN DE L'ANALYSE. Aussi, nous reconnaitrons avec la clause de l'article 17 de la Convention, plutôt qu'une contradiction, un équilibre assurant le respect des deux intérêts majeurs représentés dans le système conventionnel. Dans la continuité de cette logique complémentaire, admettons tant l'existence d'une assise formelle et informelle – tirée de l'esprit même de l'instrument – au principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, que celle d'une frontière à ce principe, résidant dans l'usage « de bonne foi » d'un droit garanti. Cette limite à l'application du principe est donc possible sous certaines conditions exceptionnelles. Reste à déterminer si la renonciation volontaire à son droit peut en faire partie.

2) Le rapport du principe avec la renonciation à un droit

117. LE CONFLIT POTENTIEL ENTRE LE PRINCIPE D'INTERDICTION D'ATTEINTE A LA SUBSTANCE DU DROIT ET LA RENONCIATION A UN DROIT GARANTI. La seconde circonstance de perte d'un droit ici examinée n'est autre que la situation de renonciation³⁰³. Celle-ci s'avère tout aussi intéressante pour notre étude en ce qu'il s'agit ici non plus d'une perte « involontaire » de l'exercice du droit en cause, mais bien volontaire. Aussi, la question de la capacité choisie de renoncement à un droit se devait d'être confrontée à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit³⁰⁴. Plus précisément, il faut se demander si un individu – titulaire au regard de la Convention – a le droit de refuser consciemment et volontairement

³⁰⁰ Ce lien apparaît notamment originellement dans l'*Affaire linguistique belge c/ Belgique* précitée (note n° 3), § 5, avec le double principe d'interdiction « *d'atteinte à la substance de ce droit, ni (...) à d'autres droits consacrés par la Convention* ». Signalons, néanmoins, que la seconde partie de l'énoncé n'a pas eu la postérité du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, duquel il a, d'ailleurs, été rapidement détaché. Il en est autant de la relation avec la clause de l'interdiction de l'abus de droit, qui n'a, par la suite, pas connue d'expression aussi directe (voir, cela dit, l'opinion dissidente du juge VAN DIJK sous Cour EDH, Gde ch., 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, req. n° 22985/93 ; 23390/94, Recueil 1998-V, § 8 ; note M. LEVINET, *RTDH*, 1999, n° 39, pp. 637-672).

³⁰¹ O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, *op. cit.*, p. 231.

³⁰² *Ibid.*, pp. 236-237 ; voir également S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 384.

³⁰³ Pour une définition générale, voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, pp. 894-895.

³⁰⁴ Notons, à titre de réflexion, que la Constitution turque (de 1982, et déjà celle de 1961) consacre d'une part l'absence de renonciation aux droits et libertés « individuels, inviolables, inaliénables » qu'elle garantit (article 12), et d'autre part, l'interdiction de porter atteinte à leur essence (article 13).

d'exercer un droit garanti. Ici, nul danger collectif – quant à l'ordre public national, ou bien quant à l'ordre public européen et système conventionnel. L'interrogation suscitée par le droit à la renonciation s'inscrit davantage dans l'intrusion au cœur d'une décision de caractère privé, justifiée par la protection de l'individu « contre lui-même ». Le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit s'étend-il jusqu'à une telle ingérence dans l'autonomie personnelle ?

118. UN CONFLIT CONDITIONNE PAR LE CARACTERE VOLONTAIRE DU CHOIX DE RENONCIATION A UN DROIT GARANTI. Peu d'arrêts du juge de Strasbourg et d'auteurs de la doctrine témoignent d'une analyse du principe sous cet angle d'approche³⁰⁵. Nous savons, par ailleurs, à quel point la Cour européenne a pu s'avérer évasive en matière – connexe – de dignité humaine³⁰⁶ par exemple. Aussi, les propos s'annoncent une fois de plus largement théoriques. Rappelons d'abord, comme le fait Jean-Louis BERGEL, que pour Paul ROUBIER « *la faculté de renonciation est inhérente au droit subjectif* »³⁰⁷. Aussi, suivant cette analyse, il serait inhérent aux droits garantis par la Convention de prévoir la possibilité d'y renoncer. Cette conception classique vient *a priori* buter contre l'interdiction d'atteinte à la substance du droit. Il semblerait toutefois admissible de considérer – tout comme dans le cas de l'abus de droit – qu'un tel principe s'efface à des conditions spécifiques et précises, s'articulant autour de la pleine et entière expression de volonté de l'individu choisissant de renoncer à son droit³⁰⁸. Si Philippe FRUMER a constaté l'absence de tout rapprochement systématique des deux notions visées dans la jurisprudence de la Cour européenne³⁰⁹, il paraîtrait, néanmoins, que selon un rapport proportionnellement inversé à la reconnaissance de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit³¹⁰, un tel rapprochement soit davantage susceptible de

³⁰⁵ Voir, notamment, Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La CEDH à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, coll. « Collection de droit international ; 47 », 2001, pp. 442-443 ; B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 468-469.

³⁰⁶ Voir *supra*, n° 50.

³⁰⁷ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 39.

³⁰⁸ Béatrice MAURER note, par exemple, quant à l'atteinte à la dignité fondamentale, que « *dès lors qu'il y a consentement, la liberté est respectée* » ; ce qui justifie une interprétation très étroite de l'atteinte fondamentale à la dignité consentie pour ne pas opérer d'ingérence « grave » dans la sphère individuelle. Or, au titre des critères « objectifs » d'appréciation, l'auteur cite la protection de la substance du droit (B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 468-469).

³⁰⁹ Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La CEDH à l'épreuve de la volonté individuelle*, *op. cit.*, p. 443.

³¹⁰ Ayant visé principalement les droits susceptibles de limitations implicites ; ce qui laisse dire à Béatrice MAURER que le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit joue dans le cadre des droits processuels (B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 469).

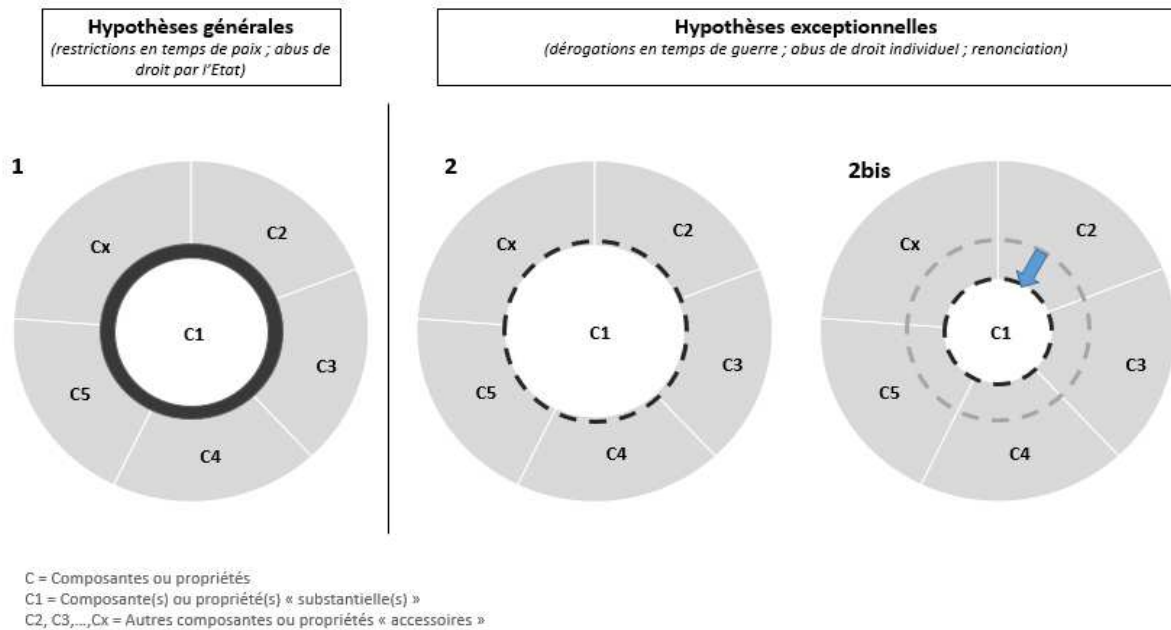
concerner les droits passibles de restrictions³¹¹. Cela dit, l'auteur rejetait sur le plan conceptuel une « *stricte équivalence entre l'intangibilité* », au sens de notre sujet d'étude, et « *l'inaliénabilité, telle qu'elle est mentionnée dans les textes internationaux* », considérée comme réductrice³¹².

119. BILAN DE L'ANALYSE. Si l'on peut être convaincus par la conception raisonnée – ressortant des analyses ci-dessus – de l'application de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit au cas de renonciation, tentant la conciliation d'un principe d'intangibilité fondamental au système conventionnel et de l'autonomie de choix, autrement dit la liberté de l'individu quant aux droits qui lui sont reconnus, les modalités de cette application restent floues et débattues, notamment eu égard aux catégories de droits susceptibles d'être intéressés.

³¹¹ Voir, Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La CEDH à l'épreuve de la volonté individuelle*, op. cit., p. 443. Bien qu'on puisse considérer que l'interdiction d'atteinte à la substance du droit trouve une limite sur ces terrains de l'intime, dans la mesure où l'individu détermine lui-même son droit, jusqu'à la menace à l'ordre public (voir B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 469).

³¹² Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La CEDH à l'épreuve de la volonté individuelle*, op. cit., p. 443.

120. SCHEMA SYNTHETIQUE DES DIFFERENTES HYPOTHESES DE LIMITATION³¹³. Tout comme dans le précédent *Chapitre*, il semble utile d'illustrer les précédentes analyses par une série de graphiques :



121. BILAN GÉNÉRAL DES ANALYSES. Arrivés au terme de l'analyse du champ d'application incertain du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, un constat émerge. Il apparaît que la Cour européenne des droits de l'homme, à défaut de se prononcer sur les différentes catégories de limitations préalablement étudiées, continue de bénéficier d'un périmètre potentiellement large d'engagement du principe. Manifestement, le juge européen n'a, jusqu'à présent, pas ressenti le besoin de l'étendre, se contentant d'une application limitée. Cela dit, un tel vague (et permissibilité subséquente) est également observable en matière de critères de contrôle du respect de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, qui peuvent ainsi être qualifiés de tacites tant ils sont sous-entendus, voire doivent être devinés.

³¹³ Voir, en guise d'inspiration à cette représentation graphique, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité...*, op. cit., pp. 392-393.

Remarquons que si les graphiques 2 (quant à la différence de protection en circonstances exceptionnelles) et 2bis (quant à la différence de substance en circonstances exceptionnelles) ont été distinctement mobilisés à l'occasion de nos précédentes analyses s'agissant des mesures dérogatoires, il n'en est pas de même pour les autres hypothèses exceptionnelles de limitation. Il est ressorti, d'une part, que l'abus de droit individuel engendrait la non-applicabilité du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, d'autre part, que la renonciation avait probablement pour effet une application limitée du principe (ce qui semble exclure le graphique 1, à la faveur des graphiques 2 ou 2bis), et éventuellement différenciée, selon les catégories de droits visées. Enfin, signalons que la limite de la faible consistance du matériau est encore plus criante ici que sur le terrain des formes de limitations classiques (restrictives / dérogatoires).

§ II. Un principe aux critères de contrôle tacites

122. UNE PRECISION INDISPENSABLE. Si le champ d'application d'une notion juridique constitue un élément crucial dans la détermination de celle-ci, la formalisation et l'explicitation des critères du contrôle en assurant la garantie l'est tout autant. Aussi, il paraît raisonnable d'admettre qu'un principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit fort – satisfaisant l'idéal développé par la Cour – passe par l'existence d'éléments permettant de vérifier son respect. Il convient donc de se pencher sur les critères d'examen établis par la Cour européenne des droits de l'homme relativement à la mise en œuvre de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit. Il s'agit de se demander dans quelles conditions ledit principe est considéré par le juge européen comme étant bafoué : quand considérer qu'il y a « atteinte » à la substance, ou encore « violation » de la Convention ? Cette perspective « *a posteriori* », à l'égard du principe, participe pleinement de sa conception globale, puisqu'elle en résulte directement, tout en la conditionnant nécessairement en pratique. Par conséquent, il en va de la sécurité juridique de préciser les critères d'un examen du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit.

123. DES CRITERES DEDUCTIBLES OU NON. Néanmoins, à l'instar des autres domaines analysés dans ce *Chapitre*, il apparaît sans surprise que l'interdiction d'atteinte à la substance du droit est encadrée par des critères de contrôle non explicités, qu'ils soient sous-entendus, ou vraisemblablement manquants. Ainsi, relève du premier cas de figure la question du *constat de violation* en cas d'atteinte à la substance : celui-ci tient alors de la parfaite automaticité (A), du fait du caractère absolu de la protection. Par contraste, il semble falloir se résoudre à une absence d'éléments apparents propres à la détermination de l'atteinte elle-même (B). Notons que la rigueur logique de l'examen aurait milité pour qu'on étudie les deux étapes du contrôle dans le sens inverse ; toutefois, la recherche de critères encadrant cet examen nous invite à aller du « plus explicite » au « plus implicite ».

A) L'automaticité de la violation en cas d'atteinte à la substance du droit

124. UN CRITERE DE DETERMINATION DE LA VIOLATION IMPLICITE. A l'examen des critères de contrôle établis par le juge européen quant à la garantie du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, il semble plus aisé de commencer à observer le passage de l'atteinte à la violation ; autrement dit, l'étape finale d'admission ou non d'une violation de la Convention par le juge de la Cour européenne des droits de l'homme au cas d'espèce. Il va sans dire que cette étape est décisive puisqu'elle clôt l'examen de l'allégation de violation

d'un droit en particulier, fondant la décision en droit du juge conventionnel. Cette décision s'appliquera dans tous ses effets, tels que prévus par la Convention et selon l'interprétation qu'en donne le juge européen³¹⁴. Revenant à l'étape qui nous intéresse ici, il faut constater, ainsi que cela a été préalablement introduit, qu'un raisonnement relevant de l'implicite semble être à l'œuvre à ce niveau du contrôle. Toutefois, plutôt qu'un « non-dit » du juge européen quant au critère de détermination de la violation, la démarche du juge ressort de l'automatisme d'une logique « cause - conséquence » : le constat d'atteinte à la substance entraîne immédiatement celui de violation du droit. En réalité, une telle automatisme peut être déduite de la conception absolue nourrie par la Cour européenne s'agissant de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit.

125. UN CRITERE DE DETERMINATION DE LA VIOLATION DECOULANT DE LA CONCEPTION ABSOLUE DU PRINCIPE. Afin d'expliquer ces propos, il est donc nécessaire de revenir sur la conception même de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, présentée dans la *première Section* de ce *Chapitre*. Il convient tout particulièrement d'insister sur la place première et prioritaire qui lui est réservée, selon l'acception absolue, dans l'examen des conditions encadrant les restrictions à l'exercice des droits garantis. Elle explique, effectivement, que le constat d'atteinte à la substance conduise à l'arrêt général du contrôle³¹⁵, puisque l'atteinte s'apprécie en soi et qu'il n'est nul besoin de compléter ce constat par d'autres types d'atteintes potentielles au droit. La raison tient dans la prééminence du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, en ce qu'il garantit le respect la partie la plus importante du droit, et subséquemment dans la gravité de l'atteinte à celui-ci. Cela procède de la même logique que de ne seulement permettre, *a contrario*, de poursuivre le contrôle en cas de non-atteinte à la substance³¹⁶.

126. LES IMPLICATIONS DE LA CONCEPTION ABSOLUE DU PRINCIPE SUR LA DETERMINATION DE LA VIOLATION DU DROIT : LE « NON » CRITERE DE L'AUTOMATICITE. Plusieurs conclusions

³¹⁴ Signalons très brièvement l'interprétation prétorienne particulièrement extensive de l'article 46 (régulièrement corrélé aux articles 41 et 1 de la Convention) régissant l'effet et l'exécution des arrêts de la Cour EDH (manifeste, par exemple, dans l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c/ France*, req. n° 16574/08, Recueil des arrêts et décisions 2013, § 75 ; chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *AJDA*, 2013, n° 31, p. 1795 ; zoom F. SUDRE, *JCP G*, 2013, act. 242).

³¹⁵ Voir, par exemple, A. MACHERET, « Le noyau intangible des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 35 : « *En ce qui concerne le juge, la constatation d'une atteinte à la garantie du noyau intangible signifie qu'il n'a pas besoin d'examiner si les conditions des restrictions aux droits fondamentaux sont remplies* » ; T. ZIMMERMANN, « Le noyau intangible des droits fondamentaux... », *op. cit.*, pp. 301 ; 305.

³¹⁶ Comme exemples implicites de ce processus, voir : – sur le terrain de l'article 6 § 1, Cour EDH, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* précité (note n° 221), §§ 57 ; 59 ; Cour EDH, *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 241), §§ 50 ; 52 ; 56 ; – sur le terrain de l'article 12, Com. EDH, (déc. recev. partielle), *Pitzalis ; Lo Surdo c/ Italie* précitée (note n° 240) ; – sur le terrain de l'article 3 du Protocole n° 1, Cour EDH, (déc. irrecev.), *Benkaddour c/ France* précitée (note n° 240).

peuvent être tirées de l'acception rappelée. D'une part, l'interdiction d'atteinte à la substance du droit constitue non seulement une condition structurant les restrictions à l'exercice des droits garantis, et par là même, le contrôle du juge européen, mais elle représente avant toute chose une condition suffisante à engendrer un bilan de violation ; une clause ultime ou indépassable³¹⁷. De cette caractéristique singulière provient l'automaticité du constat final. En guise d'exemple significatif de cette corrélation, il est possible de citer les arrêts *Eglise Catholique de la Canée c/ Grèce*³¹⁸, du 16 décembre 1997, concernant l'article 6, paragraphe 1 ; ou encore, sur le terrain de l'article 3 du Protocole n° 1, *Matthews c/ Royaume-Uni*³¹⁹, rendu en Grande chambre le 18 février 1999. Plus largement, il semble qu'aucun arrêt ne constate d'atteinte à la substance, au sens qui lui est ici conféré de limite aux restrictions étatiques, sans qu'il n'en découle *ipso facto* de violation de la Convention³²⁰.

D'autre part, et inversement, il apparaît inenvisageable, à la lumière de la conception en cause, de reconnaître une atteinte à la substance d'un droit sans que cela ne conduise à un constat de violation dudit droit garanti par la Convention. Dans ce cas, le principe d'interdiction d'atteinte à la substance se verrait largement relativisé, puisqu'il ne conditionnerait plus l'arrêt définitif de l'examen quant au droit en cause, ni l'immédiat verdict de violation³²¹. Un tel affaiblissement du principe dans sa place et ses effets ne saurait correspondre à la conception première que la Cour semble vouloir lui conférer.

127. BILAN DE L'ANALYSE. Ainsi, la démarche – tacite – de la Cour européenne des droits de l'homme doit être nécessairement lue à l'aune de l'acception absolue de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit. L'immédiate automaticité de la violation, lors du jugement

³¹⁷ Voir T. ZIMMERMANN, « Le noyau intangible des droits fondamentaux... », *op. cit.*, p. 305.

³¹⁸ Cour EDH, 16 décembre 1997, *Eglise Catholique de la Canée c/ Grèce*, req. n° 25528/94, Recueil 1997-VIII, § 42.

³¹⁹ Cour EDH, Gde ch., 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-I, § 65 ; comm. G. COHEN-JONHATAN et J.-F. FLAUSS, *RUDH*, 1999, n° 7-9, pp. 253-262.

³²⁰ Signalons, néanmoins, l'opinion concordante du juge COSTA sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne*, req. n° 42527/98, Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII (chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2002, n° 1, pp. 265-270 ; chron. J.-F. FLAUSS, *AJDA*, 2001, n° 12, pp. 1064-1065 ; V. LECHEVALLIER, *Europe*, 2001, n° 11, comm. 340 ; note Ph. WECKEL, *RGDIP*, 2001, pp. 1009-1027), affirmant tant la distinction des principes d'interdiction d'atteinte à la substance du droit et de proportionnalité, que l'idée suivant laquelle « parfois, l'atteinte à la substance même du droit à l'accès aux tribunaux n'est pas incompatible avec l'article 6 » (comme c'était le cas dans l'affaire en raison des immunités de juridiction).

³²¹ Notons que certains terrains d'expression du principe – où il intervient antérieurement au stade de la justification de l'ingérence étatique dans le contrôle – s'inscrivent par exemple dans cette logique opposée. En témoignent particulièrement la jurisprudence traditionnelle de l'article 11 (voir, notamment, Cour EDH, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni* précité (note n° 45), notamment §§ 52 ; 55 ; et les opinions éclairantes, partiellement dissidente – du juge JAMBREK – et dissidente – des juges MARTENS et MATSCHER – sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 25 avril 1996, *Gustafsson c/ Suède*, req. n° 15573/89, Recueil 1996-II, respectivement, §§ 1 ; et 8 ; chron. J.-F. FLAUSS, *AJDA*, 1997, n° 12, pp. 977-989). – Pour plus de détails sur la fonction distincte du principe sur ces terrains, voir *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §I, B).

par la Cour d'une atteinte à la substance d'un droit, apparaît donc parfaitement cohérente, sans qu'il ne soit besoin de recourir à un critère distinct, propre à la détermination de l'existence d'une violation. Cette automaticité garantit ainsi la primauté et la priorité du principe, qu'aucune autre limite ou circonstance ne peut contrecarrer. Il s'en dégage l'idée que l'essentiel du contrôle portera sur l'appréciation de l'atteinte à la substance du droit ; d'où l'enjeu, plus grand encore, revêtu par la détermination du critère d'appréciation d'une telle atteinte.

B) L'absence d'éléments apparents de détermination de l'atteinte à la substance du droit

128. UNE DETERMINATION DE L'ATTEINTE MYSTERIEUSE. A la différence de l'établissement de la violation de la Convention, la question des éléments permettant l'évaluation d'une atteinte à la substance d'un droit dans un cas d'espèce donné semble bien plus mystérieuse. Ce qui n'est pas sans poser de difficultés, en ce qu'il a été observé que cet aspect du contrôle s'avère être particulièrement décisif. Une bonne structuration des composantes de l'examen semble, dès lors, d'autant plus attendue.

129. REMARQUE PREALABLE EN VUE DE L'ETABLISSEMENT D'UN CRITERE. Il paraît nécessaire de commencer cette analyse en soulignant une considération élémentaire : une part de la réponse à la thématique de la détermination de l'atteinte à la substance du droit passe nécessairement et préalablement par la bonne compréhension de ce que représente ladite substance. Or, malgré le vague de la notion et l'absence d'explicitation des critères d'identification, c'est une perception de la substance du droit comme un objet déterminable *a priori* qui a été retenue au titre de la conception absolue³²². On peut alors considérer que dès l'instant où la substance est affectée, le constat d'atteinte est sans appel.

130. L'EVALUATION DU SEUIL CONSTITUTIF D'UNE ATTEINTE A LA SUBSTANCE. Néanmoins, une telle affirmation ne saurait suffire à résoudre entièrement la question posée ici. L'essentiel réside en réalité dans l'appréhension même de l'atteinte. Plus précisément, dans quelle circonstance peut-on considérer que la substance est atteinte ? Quel seuil – quantitatif (*le niveau d'affectation, partiel ou total, de la substance*) et qualitatif (*le type d'affectation de celle-ci*) – est requis pour la constituer ? Et comment apprécier ledit seuil d'altération de la substance ? Toutes ces interrogations n'ont jamais été directement instruites par le juge

³²² Rappelons, toutefois, qu'il reste possible d'envisager qu'une perspective absolue de la protection de la substance du droit, en général, n'implique pas de détermination spécifique de la substance (voir les hypothèses alternatives évoquées n° 28) mais vise à empêcher de supprimer la totalité d'un droit donné, selon une logique plutôt quantitative.

européen, ni d'ailleurs par la doctrine conventionnelle³²³. Elles peuvent sembler revêtir un intérêt essentiellement théorique ; pourtant, y répondre participe de l'assise de la conception absolue de la protection de la substance du droit, en général, permettant de la distinguer effectivement de son autre conception. Alors même que l'examen pratique du contrôle fournira probablement des éléments de réponse importants à cet égard, il est déjà possible de signaler que le juge européen a largement recouru au critère de la destruction ou privation totale du contenu du droit, comme fondant une atteinte à la substance. On peut citer pour exemple, sur le terrain d'illustration privilégié ³²⁴ de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention, l'arrêt *Les Saints monastères c/ Grèce*, du 9 décembre 1994³²⁵, dans lequel le juge européen affirme nettement qu' « en les privant désormais de toute possibilité de saisir les juridictions compétentes de tout grief relatif à leurs droits de propriété qu'ils pourraient formuler à l'encontre de l'Etat grec, de tiers, ou de l'Eglise de Grèce elle-même, ou encore d'intervenir dans une telle procédure, l'article 1 par. 1 porte atteinte à la substance même de leur "droit à un tribunal" » (nous soulignons).

Il peut paraître également éclairant de mentionner les propos du juge LOUCAIDES, extraits de son opinion dissidente sous l'affaire de Grande chambre *McElhinney c/ Irlande*, du 21 novembre 2001, distinguant les « *conditions procédurales comme les délais, l'autorisation d'appel, etc.* [qui] *ne portent pas atteinte à la substance du droit, mais empêcher totalement quelqu'un de voir un tribunal décider de sa cause sans que l'intéressé ait commis quelque faute que ce soit et indépendamment de la nature de l'affaire se heurte à mon sens à l'article 6 § 1 de la Convention* »³²⁶ (nous soulignons).

Ainsi que nous l'observerons en détail dans le prochain *Chapitre*, le facteur de la destruction ou privation totale ne semble pas être appliqué à une substance identifiable en soi, mais au *contenu en général* du droit en cause. Cela dit, il est théoriquement cohérent de

³²³ Voir, en guise de parallèle, la retranscription par Nicolas A.J. CROQUET des critères identifiés par un membre de la doctrine turque, se dégageant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, s'agissant de la détermination de l'atteinte (N.A.J. CROQUET, *The Role and Extent of a Proportionality Analysis in the Judicial Assessment...*, *op. cit.*, p. 47).

³²⁴ Voir le critère de « *privation totale, perpétuelle et irréversible* » dégagé par Sébastien VAN DROOGHENBROECK (*La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 448-449) quant à ce terrain, ou similairement, quant à l'article 3 du Protocole n° 1 (*ibid.*, pp. 459-461) notamment. Le critère expliquerait d'ailleurs, selon l'auteur, la « *sectorialisation de la jurisprudence* » à l'égard des droits susceptibles de limitations implicites, permettant « *une schématisation en « tout ou rien »* », ce qui n'est pas le cas des droits passibles de limitations explicites renvoyant à « *une gamme infinie de manifestations* » (*ibid.*, pp. 473-474).

³²⁵ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Les Saints monastères c/ Grèce*, req. n° 13092/87 ; 13984/88, A301-A, § 83 ; note D. FIORINA, *D*, 1996, n° 24, pp. 329-334.

³²⁶ L'opinion dissidente du juge LOUCAIDES sous Cour EDH, Gde ch., 21 novembre 2001, *McElhinney c/ Irlande*, req. n° 31253/96, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI ; note O. DE FROUVILLE, *JDI*, 2002, n° 1, pp. 273-278.

supposer que la destruction entière du droit implique inévitablement la destruction totale de la substance. De là à en déduire que seul ce niveau d'altération permet de conclure à une atteinte à la substance, cela relève de l'extrapolation. Certes, certaines formulations employées par la Cour pour évoquer l'atteinte à la substance suggèrent cette radicalité ; on peut citer ainsi les expressions telles que « *vider de sa substance* »³²⁷, ou encore « *nier la substance de* »³²⁸, ou encore la référence au « *déni de justice* »³²⁹. Cependant, au-delà de ces manifestations relativement rares, les acceptions de l'atteinte renvoient principalement à l'idée d'un endommagement partiel de la substance du droit. C'est ce qui semble ressortir communément des termes classiques « *se trouve atteint dans sa substance même* », « *subi une atteinte à sa substance* », ou enfin, le plus courant, « *porté atteinte à la substance* »³³⁰. Néanmoins, l'imprécision des termes précités et la souplesse d'interprétation en résultant permettent d'admettre l'hypothèse d'une *part* d'atteinte suffisante à constituer une atteinte à la substance du droit.

131. BILAN DE L'ANALYSE. Il découle de ces différents aspects de l'analyse que l'appréciation de l'atteinte à la substance du droit apparaît dans la majorité des cas d'espèce non seulement conjoncturelle, et donc variable, mais surtout confidentielle. Devant un tel constat, il semble légitime de se demander si l'atteinte à la substance – qui, nous le verrons, reste le cas minoritaire – ne constituerait pas une forme « fourre-tout » d'atteinte à un droit, invoquée lorsque le juge souhaite manifester l'existence d'une atteinte grave à ce dernier ; autrement dit, jouant le rôle d'une manifestation symbolique et morale de l'inconventionnalité de la mesure, et de désapprobation des juges de la Cour.

³²⁷ Notamment l'opinion dissidente du juge MYJER sous Cour EDH, Gde ch., 29 juin 2007, *O'halloran et Francis c/ Royaume-Uni*, req. n° 15809/02 ; 25624/02, Recueil des arrêts et décisions 2007-III, § 6 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2008, I, 110.

³²⁸ Par exemple, dans l'arrêt Cour EDH, Gde ch., *Tanrikulu c/ Turquie* précité (note n° 50), § 132.

³²⁹ Voir, à titre d'illustrations, Cour EDH, 13 juillet 2004, *Beneficio Cappella Paolini c/ Saint-Marin*, req. n° 40786/98, Recueil des arrêts et décisions 2004-VIII, § 29 ; Cour EDH, 20 mai 2008, *Santos Pinto c/ Portugal*, req. n° 39005/04, §§ 44 et 45.

³³⁰ Notons d'ailleurs que le juge européen associe souvent les formules précitées avec une autre expression classique : évoquant la restriction du droit en cause « *d'une manière ou à un point tels* » qu'il se trouve atteint dans sa substance (voir, par exemple, sur le terrain de l'article 6 § 1, l'arrêt Cour EDH, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* précité (note n° 221), § 57) ; sans, pourtant, que le juge ne définisse cette « manière » ou ce « degré » impactant la substance d'un droit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

132. A l’instar de l’analyse dédiée à la substance, l’examen de sa protection, en particulier, est empreint de flou, génère nombre d’incertitudes, et autant d’hypothèses quant à la structuration de la notion d’interdiction d’atteinte à la substance du droit, au sens du juge conventionnel. Au-delà de sa nature de principe, qui peut être relativement aisément admise, le trouble grandit à l’égard du dédoublement de la conception absolue dudit principe. En effet, nous nous sommes proposé de démontrer que le principe d’interdiction d’atteinte à la substance du droit renvoie non seulement à une interdiction absolue de porter une atteinte à la substance, laquelle implique une attention prioritaire, mais également à une atteinte conçue comme une frontière absolue, autrement dit, indépassable en tant que telle. Aussi, il ne peut être toléré de mise en balance de l’atteinte à la substance avec un autre enjeu. Pourtant, loin d’être explicite à ce sujet, le juge européen suggère, davantage qu’il ne formule, cette appréhension de la notion.

133. Ce constat vaut d’autant plus en ce qui concerne la portée dudit principe. Dès lors qu’on porte attention, tout d’abord, à son champ d’application à l’égard des formes de limitations au droit, il apparaît que celui-ci qui devrait avoir pour vocation d’être entendu de façon illimitée, n’est appliqué en pratique qu’aux mesures restrictives, et connaît des « bornes » de toute part. Aussi, dérogations, abus de droit (dans son acception restrictive à l’égard des droits) et renoncations peuvent le restreindre, cependant que ledit principe semble trouver un appui dans la Convention elle-même, au travers l’article de 17, comme limite aux limites étatiques. Par ailleurs, un examen spécifique et distinct des critères entourant le contrôle dudit principe nous a conduit à déplorer l’insuffisante rigueur de la Cour européenne dans un domaine où la sécurité juridique et la légitimité du jugement (et du juge) militeraient pour une explicitation des éléments tenant notamment à *l’atteinte* à la substance du droit. Aussi, le défaut de transparence et de théorisation de la notion est à nouveau patente à la fin de ce *Chapitre*.

CONCLUSION DU TITRE 1

134. Au terme – intermédiaire – de ce *premier Titre* destiné à mettre au jour la conception idéale de la protection de la substance, en général, plusieurs conclusions peuvent être tirées. Il apparaît, tout d’abord, que la conception idéale présumée recouvre une véritable matérialité dans la jurisprudence conventionnelle. En ce sens, il a été démontré qu’elle correspondait conjointement à une certaine conception – absolue – de la substance elle-même, ainsi que de la protection dont elle bénéficie. Cependant, s’il a été valablement établi les éléments ou caractères principaux de signification, de nature, de rôle, propres à la notion, dans chacun de ses deux aspects, la détermination des aspects liés à la méthode de mise en œuvre a été quant à elle rapidement obstruée. Ainsi, tant les critères d’identification de la substance, que les paramètres liés à la portée de la protection particulière de celle-ci ont manifestement été tus par la Cour, suscitant des doutes, et des conjectures palliatives. Il ressort d’un tel constat la difficulté du juge européen à dépasser les apparences conceptuelles entourant la protection de la substance du droit, en général, pour assumer un parti pris à son égard, notamment en divulguant les clés de son fonctionnement.

135. Cela étant, conjointement à l’analyse et l’appréhension théorique de cet outil prétorien, tel qu’entendu idéalement par le juge de Strasbourg, l’observation de son usage pratique doit être engagée. Il s’agit, là encore, non pas seulement de comprendre les rouages (et leurs implications) de cette vision de la protection de la substance du droit, en général, mais surtout d’en confronter, constamment, les représentations ou perceptions induites avec la réalité de l’activité du juge européen. Cette mise en connexion conduit, sous un angle d’étude directement empirique et concret, à constater des limites plus criantes encore, d’où l’affirmation préalable de réalisation imparfaite de l’idéal entourant la protection de la substance du droit, en général.

TITRE 2. UNE REALISATION TRES IMPARFAITE DE L'IDEAL

136. DE LA PRATIQUE DE L'IDEAL A L'IDEAL EN PRATIQUE. Déjà sur le plan de sa construction théorique dans la jurisprudence européenne, nous étions forcés de constater plusieurs limites à la solidité, voire à la viabilité de l'idéal véhiculé par la protection de la substance du droit, en général. L'appréhension même de la substance du droit ainsi que de sa protection particulière, à travers le prisme de l'absolu, s'est vue diversement questionnée. Plus gênante encore que les critiques conceptuelles affectant l'idéal est celle qui concerne son impact pratique sur l'office du juge conventionnel ; en d'autres termes, sa présence et l'influence qu'il détient au sein du contrôle exercé par ce dernier. Or, il s'agit de prendre pleinement conscience du fossé existant entre l'idéal entourant la protection de la substance du droit, en général, et la réalité de la manifestation concrète de celui-ci dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, largement imparfaite. Là encore, il faudra prendre soin de distinguer les composantes de la notion. Aussi, nous nous emploierons, dans un premier temps, à présenter l'impact pratique particulièrement limité de la conception idéale relativement à la substance du droit (*Chapitre 1*) ; critique qui se verra reproduite, dans un second temps, à l'égard de la protection en tant que telle de la substance, tout en en nuanciant la sévérité (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 1. UN IMPACT PRATIQUE PARTICULIEREMENT LIMITE QUANT A LA SUBSTANCE DU DROIT

137. UN EXAMEN PROFONDEMENT PRECAIRE ET PAUVRE. Suivant la logique définie en préambule du précédent *Titre*³³¹, il convient de commencer par étudier l'impact pratique de la conception idéale quant à l'identification de la substance du droit. Il est immédiatement annoncé que cet impact n'est qu'extrêmement limité. Alors que, selon l'idéal diffusé dans la jurisprudence européenne, la substance, en tant qu'élément ou composante à part entière d'un droit, doit être préalablement déterminée, l'examen empirique détaillé des manifestations pratiques de la notion offre des résultats bien maigres et équivoques. En effet, il apparaît particulièrement délicat de relever des exemples de substances spécifiques à des droits dégagés par le juge de Strasbourg. Aussi, malgré l'état variable et inexplicite de la jurisprudence en la matière, il s'agit de s'essayer à dégager du matériel prétorien disponible des éléments d'analyse, tout en restant pleinement conscients de l'incertitude et de la part de faiblesse propres à une telle démarche. Les hypothèses d'analyse et de classification proposées tout au long de ce *Chapitre*, notamment par le recours à une typologie, sont le fruit de ce contexte.

A la lumière de ces prémices, il faut tout d'abord signaler une identification concrète rare et controversée de la substance du droit, entendue au sens de la conception absolue (*Section 1*), révélant le caractère doublement limité – tant quantitativement que qualitativement – d'une telle identification. De ce premier constat, dès à présent décevant, découle directement un second, illustrant implacablement la réalité usuelle de la substance du droit comme notion conventionnelle : son absence prédominante d'identification spécifique (*Section 2*), signe d'un écart pratique plus ou moins profond d'avec la conception idéale.

³³¹ Voir *supra*, n° 20.

Section 1. Une identification rare et controversée de la substance du droit absolue

138.UNE TRIPLE LIMITE. En quête de l'étendue des manifestations pratiques de la substance absolue – autrement dit, d'exemples d'identification de la substance propre d'un droit, la tâche est malaisée. L'étude s'avère empiriquement insatisfaisante, et ce tout particulièrement au regard des caractéristiques principales de la conception absolue en la matière³³². En premier lieu, à l'égard de l'exigence de découvrir la substance d'un droit en amont du contrôle de sa garantie. Force est de constater que si la substance est plus ou moins directement identifiée, cette identification est généralement fondue dans l'examen de sa protection. En outre, et dans la continuité de ces remarques, il faut souligner que la logique absolue invite par principe à une identification directe et explicite de la substance d'un droit. Or, la très grande majorité des identifications de la substance passe par une formulation négative (*la référence à la substance s'inscrit dans une phrase de forme négative ; son identification peut être déduite d'une logique a contrario*) et inversée ou indirecte (*la référence à la substance n'est pas immédiate ou directe ; son identification peut être déduite du constat d'atteinte ou non à celle-ci*). C'est donc au travers de l'interprétation de la solution aboutissant au constat d'atteinte ou non à la substance du droit que l'on suppose ce que représente la substance. Enfin, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne que la substance du droit identifiée ne renvoie pas nécessairement à un contenu particulier (fondamental) compris dans un droit mais, comme nous avons déjà pu le discerner dans le *premier Chapitre*, au contenu global dudit droit.

139.UNE DOUBLE PROPOSITION. A la lumière de ces limites, deux propositions découlant de l'analyse de la jurisprudence doivent être parcourues et interrogées. Il semble, d'une part, se dégager du droit conventionnel prétorien trois terrains d'identification durable (§I) de la substance du droit absolue, et d'autre part, de multiples cas d'identification ponctuelle (§II).

§ I. Trois terrains d'identification durable

140.UNE PRESENTATION PAR ORDRE DECROISSANT DE PERTINENCE L'analyse des manifestations pratiques de la substance absolue, propre à chaque droit, commence par l'observation des terrains de l'identification dite « privilégiée ». Ainsi, malgré les limites générales et spécifiques pré-annoncées, il se dégage selon toute vraisemblance de la jurisprudence européenne un ensemble de trois droits dont la substance a pu être

³³² Notons, par ailleurs, que la Commission européenne n'a que très rarement, à notre connaissance, proposé de détermination spécifique à un droit de sa substance.

Titre 2 – Chapitre 1. Un impact pratique particulièrement limité quant à la substance du droit spécifiquement identifiée de façon pérenne. Partant du domaine paraissant exhiber la forme la plus directe – au sens précédemment défini, vers celui qui s'en éloigne le plus, il convient de présenter successivement les substances dégagées au titre du droit à des élections libres (A), du droit à la liberté et à la sûreté (B), et du droit à un procès équitable (C).

A) La substance du droit à des élections libres (article 3 Protocole n° 1 CEDH)

141. LE DEPLOIEMENT DU DROIT. L'article 3 du Protocole n° 1 garantit le droit à des élections libres dans une formulation particulière, plus limitée que celle des autres instruments internationaux des droits de l'homme, et orientée vers une dimension interétatique et objective³³³. Néanmoins, la jurisprudence de la Commission puis de la Cour européenne en ont rapidement élargi et concrétisé la portée, reconnaissant deux droits subjectifs de participation : le droit de vote, et celui d'éligibilité aux élections législatives. Et c'est sur la base de cette extension que la Cour européenne a étendu la notion de substance du droit à la clause de l'article 3 du Protocole n° 1. Présentons, tout d'abord, l'hypothèse d'une détermination spécifique (1) de la substance du droit à des élections libres, pour en exposer, ensuite, les limites (2).

1) L'hypothèse d'identification

142.A la lumière de la jurisprudence européenne relative à l'article 3 du Protocole n° 1, l'hypothèse d'une identification de la substance du droit, au sens de la conception absolue, procède d'une construction en deux temps : son émergence (a), puis son affirmation (b).

a) L'émergence de l'hypothèse

143.L'APPORT PRIMITIF DE L'ARRET DE PRINCIPE *MATHIEU-MOHIN ET CLERFAYT*. La toute première évocation par le juge européen de la substance quant au droit à des élections libres émane de l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*³³⁴ de 1987. Cette affaire concernait le cas de deux élus au Parlement national belge, de langue francophone mais simultanément rattachés – du fait de leur domicile – administrativement, à l'arrondissement de Hal-Vilvorde englobé dans la région flamande, et électoralement, à la circonscription de Bruxelles-Capitale. Selon eux, la législation belge (plus précisément, l'article 29 § 1 de la loi spéciale de 1980) leur rendait impossible de se faire élire et de siéger au Conseil flamand dans la mesure où ils avaient

³³³ Voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 858-860 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 816-819.

³³⁴ Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* précité (note n° 48).

décidé de prêter serment en français. La Cour européenne, confrontée pour la première fois à cet article, s'est employée à dégager les principes³³⁵ relatifs à la mise en œuvre de cette disposition, plus particulièrement quant aux mesures étatiques restrictives. Les droits en question n'étant *a priori* pas susceptibles de restrictions, la Cour a rappelé que ceux-là ne sauraient cependant être considérés comme absolus et a fait appel, là encore, à la technique des « limitations implicites » afin d'encadrer l'exercice desdits droits³³⁶. A cette occasion, la Cour a non seulement découvert l'existence du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit à des élections libres, mais a rajouté *in fine* une phrase générale pouvant laisser imaginer qu'était ici précisée la substance du droit en cause. Le juge européen a en effet signalé que « *spécialement, elles [les restrictions étatiques] ne doivent pas contrecarrer "la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif" »*³³⁷. Bien qu'indubitablement implicite, il est possible de déduire de cet insert que la substance des droits de vote et d'éligibilité se situe dans le respect de la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif³³⁸. Plusieurs illustrations provenant d'arrêts postérieurs abondent dans ce sens.

b) *L'affirmation de l'hypothèse*

144. DES ARRETS POSTERIEURS CONFORTATIFS. L'hypothèse d'identification émise semble être confirmée en premier lieu, et de façon indirecte, par l'arrêt *Matthews*³³⁹. Il était question dans cette affaire d'une résidente de Gibraltar s'étant vue refuser la possibilité de voter à l'occasion des élections au Parlement européen, en vertu de l'acte de 1976 prévoyant le passage de ladite élection au suffrage universel. Or, selon la Cour européenne, si « *le choix du mode de scrutin au travers duquel la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif est assurée (...) est une question pour laquelle chaque Etat jouit d'une ample*

³³⁵ Elle évoque dans son paragraphe 51, la « nature » des droits en cause.

³³⁶ Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* précité, § 52.

³³⁷ Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* précité, § 52. Signalons dès à présent que dans cette affaire la Cour a conclu à la non violation de l'article 3 du Protocole n° 1, sans faire apparaître un contrôle de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit mais, à l'inverse, en établissant un lien entre la condition de proportionnalité et l'exigence de libre expression de l'opinion du peuple (§ 57).

³³⁸ Il semble utile de souligner le rapport intime de la substance du droit à des élections libres à la notion d'arbitraire (par exemple, Cour EDH, 2 mars 2010, *Grosaru c/ Roumanie*, req. n° 78039/01, Recueil des arrêts et décisions 2010, §§ 51 ; 57), voire ambigu lorsqu'ils sont tous deux mêlés à la logique proportionnaliste (par le biais de la référence à la libre expression de l'opinion du peuple – tel dans Cour EDH, 7 décembre 2010, *Eusko Abertzale Ekintza - Accion Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c/ Espagne*, req. n° 51762/07 ; 51882/07, § 58 ; précisant que le lien entre la notion d'arbitraire et le principe de proportionnalité remonte à l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c/ Lettonie*, req. n° 58278/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-IV, § 115, *litera c*) ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 65, pp. 749-762)).

³³⁹ Cour EDH, Gde ch., *Matthews c/ Royaume-Uni* précité (note n° 319), § 64.

marge d'appréciation », « dans le cas présent, toutefois, la requérante, en sa qualité de résidente de Gibraltar, s'est vue privée de toute possibilité d'exprimer son opinion sur le choix des membres du Parlement européen » (nous soulignons), emportant une atteinte à « l'essence » même du droit en cause.

Une forme similaire de raisonnement est observable dans l'arrêt *Aziz c/ Chypre*³⁴⁰, du 22 juin 2004, relatif à l'empêchement opposé au requérant, membre de la communauté Chypriote turc, d'exercer son droit de vote. A nouveau, il est possible de distinguer un lien entre les notions de libre opinion du peuple et de substance du droit, bien qu'il soit également formulé de façon négative et indirecte.

Enfin, notons que l'arrêt de chambre *Sitaropoulos et autres c/ Grèce*³⁴¹, du 8 juillet 2010, s'agissant de l'impossibilité – par défaut de législation adéquate – pour des citoyens grecs de voter aux élections législatives depuis leur lieu de résidence à l'étranger, offrait un exemple encore plus marquant d'un tel lien entre les deux notions. Cette fois, la Cour européenne des droits de l'homme établissait directement la connexion entre « la substance du droit » garanti à l'article 3 du Protocole n° 1, et « la libre expression de l'opinion du peuple », se devant d'« examiner si l'absence de réglementation de la modalité d'exercice du droit de vote, tel que la demandent les requérants, a permis « la libre expression de l'opinion du peuple », de sorte qu'elle n'a pas porté atteinte à « l'essence même du droit de vote » » (nous soulignons). Une telle formule n'a toutefois pas été rappelée dans l'arrêt de Grande chambre rendu le 15 mars 2012.

145. DEUX ELEMENTS D'OBSERVATION COMPLEMENTAIRES RELATIFS A LA SUBSTANCE IDENTIFIEE. Pour finir, il convient tout d'abord de remarquer que la Cour se réfère notamment à deux reprises à la notion de principe fondamental pour renvoyer à la libre expression de l'opinion du peuple. Ainsi, dans l'arrêt *Podkolzina c/ Lettonie*³⁴², du 9 avril 2002, relatif à la radiation de la requérante de la liste des candidats aux élections législatives pour connaissance insuffisante du letton, langue officielle de la Lettonie, le juge de Strasbourg a souligné que la « *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*

³⁴⁰ Cour EDH, 22 juin 2004, *Aziz c/ Chypre*, req. n° 69949/01, Recueil des arrêts et décisions 2004-V, §§ 29 ; 30.

³⁴¹ Cour EDH, ch., 8 juillet 2010, *Sitaropoulos et autres c/ Grèce*, req. n° 42202/07, § 36 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2011, doctr. 94, pp. 187-188 (l'arrêt de Grande chambre, 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c/ Grèce*, Recueil des arrêts et décisions 2012 ; chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *AJDA*, 2012, n° 31, p. 1729 ; chron. E. DECAUX, P. TAVERNIER et M. BOUMGHAR, *JDI*, 2013, n° 4, pp. 1331-1332 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2012, doctr. 924, p. 1537).

³⁴² Cour EDH, 9 avril 2002, *Podkolzina c/ Lettonie*, req. n° 46726/99, Recueil des arrêts et décisions 2002-II, § 33 ; note M. LEVINET, *RFDC*, 2003, n° 54, pp. 425-428. Voir, également, Cour EDH, 19 octobre 2004, *Melnitchenko c/ Ukraine*, req. n° 17707/02, Recueil des arrêts et décisions 2004-X, § 55.

le choix du corps législatif» (nous soulignons). Cette référence à un principe fondamental ne pourrait-elle pas faire écho à l'idée de caractéristique fondamentale propre à la conception absolue de la substance ?

Signalons, en second lieu, que dans son arrêt *Parti conservateur russe des entrepreneurs c/ Russie*³⁴³, la Cour européenne a précisé la signification de la notion de libre expression de l'opinion du peuple (reprenant à son compte la conception de la Commission). Celle-ci suppose, du point de vue de l'électeur, que « *les élections ne sauraient comporter une quelconque pression sur le choix d'un ou plusieurs candidats et que, dans ce choix, l'électeur ne doit pas être indûment incité à voter pour un parti ou un autre* », énonçant par la suite les différentes obligations – négatives et positives – découlant de ces deux aspects. Or, la formulation même de cette définition – son champ d'application circonscrit et son contenu double, occasionne le doute quant à l'appréhension de la libre expression de l'opinion du peuple en tant que substance. En effet, on ne voit pas apparaître ici un élément fondamental intangible spécifique, mais plutôt différents niveaux de règles de droit, des plus générales aux obligations plus précises en découlant. Aussi, cet énoncé se rapprocherait sensiblement de l'explicitation du droit prévu à l'article 3 du Protocole n° 1, en lui-même. Il s'agit précisément de la principale limite à l'hypothèse d'identification énoncée.

2) Les limites de l'hypothèse

146. L'ASSIMILATION DE LA SUBSTANCE AU CONTENU GENERAL DU DROIT. Il faut donc relativiser la portée du rapprochement de la libre expression de l'opinion du peuple à la substance des droits de vote et d'éligibilité. Malgré la concordance apparente de la jurisprudence européenne concernée avec la théorie absolue, une autre lecture semble envisageable selon laquelle la substance pratiquement découverte équivaut au contenu général de l'article 3 du Protocole n° 1. Rappelons le texte même de l'article : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.* » (Nous soulignons).

Au vu de cette disposition, on ne peut qu'être alertés par la forte correspondance entre la référence principielle finale à la libre expression de l'opinion du peuple, depuis l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, et la formulation littérale du droit garanti en cause. Notons que

³⁴³ Cour EDH, 11 janvier 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs c/ Russie*, req. n° 55066/00 ; 55638/00, notamment § 71. Remarquons que dans le même paragraphe de cet arrêt, la Cour européenne a commencé par affirmer que la « *liberté de suffrage est la pierre angulaire de la protection apportée par l'article 3 du Protocole no 1* ».

cette idée pourrait se voir également appuyée par la référence du juge européen à « *la substance même du droit à la libre expression du peuple, au sens de l'article 3 du Protocole n° 1* »³⁴⁴ (nous soulignons).

147. Il s'agit maintenant de mettre en lumière l'identification par la Cour européenne d'une substance au droit à la liberté et à la sûreté.

B) La substance relative au droit à la liberté et à la sûreté (article 5 CEDH)

148. DES GARANTIES DIVERSES. L'article 5 de la Convention, qui érige le droit à la liberté et à la sûreté, est de facture complexe et précise. S'il ne prévoit, pas davantage que la clause de l'article 3 du Protocole n° 1, de restrictions semblables à celles rencontrées aux seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention, il encadre limitativement la privation dudit droit, énumérant les hypothèses visées. Dès lors, un certain nombre de sous-garanties ou sous-droits est compris dans l'enveloppe générale de la clause de l'article 5. Aussi, il convient de tenir compte de cette autonomie lors de la présentation de l'hypothèse d'une identification spécifique (1) de la substance quant au droit à la liberté et à la sûreté, avant de mettre en exergue les limites de cette dernière (2).

1) L'hypothèse d'identification

149. DES SUBSTANCES DIVERSES. Il convient d'exposer les terrains prévus par la clause de l'article 5, et concernés par notre objet de recherche, selon un ordre chronologique de « découverte » de substances : ainsi, le paragraphe 4 (a), puis le paragraphe 3 (b), et enfin le paragraphe 1, *littera* c) (c) de l'article.

a) Le développement de l'hypothèse sur le terrain du 4^{ème} paragraphe de l'article 5

150. L'APPORT PIONNIER MAIS RESTREINT DE L'ARRET DE PRINCIPE *WINTERWERP*. Si la Cour européenne des droits de l'homme a tout d'abord mentionné la substance du droit sur le terrain de l'article 5, paragraphe 4, qui prévoit le droit à ce qu'un tribunal juge de la régularité de la privation de liberté, au sein de l'arrêt *Winterwerp*³⁴⁵, cette découverte pouvait sembler à certains égards essentiellement abstraite et ponctuelle. Rappelons que dans cette affaire, il

³⁴⁴ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c/ Turquie*, req. n° 10226/03, Recueil des arrêts et décisions 2008, § 118 ; note M. LEVINET, *RFDC*, 2009, n° 78, pp. 423-430 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2009, I, 104, p. 32. Voir également, à titre d'exemples, Cour EDH, 10 mai 2012, *Ozgurluk Ve Dayanisma Partisi (ODP) c/ Turquie*, req. n° 7819/03, Recueil des arrêts et décisions 2012, §§ 36 ; 48 ; Cour EDH, 15 avril 2014, *Oran c/ Turquie*, req. n° 28881/07 ; 37920/07, §§ 67 ; 77 ; chron. F. SUDRE, *RDP*, 2015, n° 3, pp. 855-857 ; Cour EDH, 21 avril 2015, *Danis et L'association des personnes d'origine Turque c/ Roumanie*, req. n° 16632/09, § 42.

³⁴⁵ Cour EDH, *Winterwerp c/ Pays-Bas* précité (note n° 231), § 60.

était question de l'internement renouvelé, sur le fondement d'autorisations de justice, du requérant en hôpital psychiatrique. Celui-ci contestait la procédure suivie, et plus largement, la décision d'internement et ses suites l'affectant, notamment sur les terrains des articles 5 et 6, paragraphe 1 de la Convention. Or, le juge européen y a singulièrement évoqué l'interdiction d'atteinte à la substance, ou « essence » en l'occurrence, du droit de voir la légalité de sa privation de liberté dûment contrôlée par un tribunal. Cela dit, il est intéressant de constater que la Cour paraît s'être comme souvent³⁴⁶ gardée de préciser la substance spécifique du droit en question. Toutefois, une perspective plus large du paragraphe de l'arrêt visé permet d'identifier une substance du droit au contrôle de la régularité de la détention dans « *l'accès [de l'intéressé] à un tribunal et l'occasion d'être entendu lui-même ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation* », constituant des « *garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté* » dont le respect doit être assuré également dans le cas spécifique de personnes atteintes de maladies mentales. Sans qu'il n'ait reçu de suites directes³⁴⁷ pendant de nombreuses années, cet énoncé semble avoir trouvé un nouveau souffle dans plusieurs jurisprudences récentes³⁴⁸.

151. Au-delà de ce domaine pionnier, d'autres substances propres au droit à la liberté et à la sûreté peuvent être distinguées, comme s'agissant de la garantie énoncée au paragraphe 3 de l'article.

³⁴⁶ Notamment au regard des jurisprudences de principe relatives à la notion générale, sujet de l'étude.

³⁴⁷ On aurait notamment pu penser que l'arrêt *Winterwerp* avait trouvé un prolongement dans la jurisprudence *Chamaïev et autres c/ Géorgie et Russie* (12 avril 2005, req. n° 36378/02, Recueil des arrêts et décisions 2005-III, § 432), s'agissant de l'arrestation et détention provisoire des requérants par l'Etat géorgien, puis leur extradition vers la Russie (malgré des poursuites impliquant la peine de mort). Toutefois, en indiquant que « *le droit d'introduire un recours contre cette détention s'est trouvé vidé de son contenu* » (ou en version anglaise « *was deprived of all substance* »), la Cour semble en fait pointer le caractère matériellement inutilisable du droit au contrôle de la régularité de la détention (du fait de l'absence d'accès liminaire aux informations essentielles relatives à la privation de liberté, ainsi que d'assistance d'un avocat). Ainsi, le juge formulerait plutôt une image de l'esprit (reposant sur de la logique pure), qu'elle renverrait à l'outil prétorien de contrôle.

Il n'empêche qu'un tel sens est très proche de l'idée d'atteinte radicale à un droit (alors privé de quelconque contenu, même minimal) développée en *Section 2, §II*, ce dont témoigne le champ lexical des arrêts ultérieurs (voir, – spécialement, Cour EDH, 22 septembre 2009, *Abdolkhani et Karimnia c/ Turquie*, req. n° 30471/08, § 141 ; Cour EDH, 15 février 2011, *Moghaddas c/ Turquie*, req. n° 46134/08, § 49 ; – en guise de parallèle, toujours sur le terrain du 4^{ème} paragraphe de l'article 5, Cour EDH, 23 octobre 2007, *Turcan et Turcan c/ Moldova*, req. n° 39835/05, § 60 ; Cour EDH, 22 avril 2014, *Tripadus c/ République de Moldova*, req. n° 34382/07, § 144 ; – ou similairement, sur le terrain du 1^{er} paragraphe de l'article 5, Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03, Recueil des arrêts et décisions 2010, §§ 98-103, notamment § 100 ; note S. LAVRIC, *D*, 2010, n° 15, p. 898 ; note F. SUDRE, *JCP G*, 2010, 454 ; et l'opinion partiellement dissidente commune des juges ROZAKIS, TULKENS, CASADEVALL, GYULUMYAN, HAJIYEV, SPIELMANN, BERRO-LEFEVRE et BIANKU sous Cour EDH, Gde ch., 9 juillet 2009, *Mooren c/ Allemagne*, req. n° 11364/03, § 5).

³⁴⁸ Voir, par exemple, Cour EDH, 22 octobre 2013, *M.H. c/ Royaume-Uni*, req. n° 11577/06, § 81 ; Cour EDH, Gde ch., 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c/ Roumanie*, req. n° 47848/08, Recueil des arrêts et décisions 2014, § 113 ; chron. E. DECAUX, P. TAVERNIER et M. BOUMGHAR, *JDI*, 2015, n° 4, pp. 1186-1190 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2015, doct. 70, p. 118 ; (et implicitement, voir l'arrêt plus ancien Cour EDH, 30 novembre 2004, *Klyakhin c/ Russie*, req. n° 46082/99, § 72).

b) *Le développement de l'hypothèse sur le terrain du 3^{ème} paragraphe de l'article 5*

152. L'APPORT DECISIF DE L'ARRET DE PRINCIPE *BROGAN* ET SES SUITES. L'arrêt *Brogan et autres*³⁴⁹ est, dans le domaine de l'article 5, paragraphe 3, précurseur d'une apparition non seulement générale et principielle, mais également spécifique, semble-t-il, de la substance du droit d'être traduit devant un juge dès le début de la privation de liberté – conforme au *littera* 1, c) de l'article. Rappelons que la Cour européenne, dans cet arrêt qui concernait l'arrestation et la détention des requérants étant suspectés d'actes de terrorisme commis en Irlande du nord au nom de l'IRA, a en effet reconnu l'existence d'une substance du droit protégée. Aussi, le juge européen a affirmé concernant les limitations audit droit garanti que « *le poids à leur accorder ne saurait jamais aller jusqu'à porter atteinte à la substance du droit protégé par l'article 5 par. 3 (art. 5-3), c'est-à-dire jusqu'à dispenser en pratique l'État d'assurer un élargissement rapide ou une prompte comparution devant une autorité judiciaire* » (nous soulignons)³⁵⁰. Il en ressort, de façon indirecte, que la substance se situe notamment dans l'élargissement ou la comparution prompts du requérant. C'est donc l'immédiateté, l'imminence pour reprendre les termes du juge européen lors de son interprétation téléologique de la notion d'« aussitôt », contenue dans le texte de l'article 5, paragraphe 3, qui doit caractériser le contrôle judiciaire de la mesure de privation en cause. Au cours de son contrôle de la privation de liberté, le juge de Strasbourg a sensiblement précisé ce à quoi peut renvoyer ladite substance ou imminence : il s'agit d'un élargissement ou une comparution judiciaire inférieure à 4 jours. Sur ce fondement, il a constaté en l'espèce que « *même la plus brève des quatre périodes litigieuses, à savoir les quatre jours et six heures de garde à vue de M. McFadden (...), va au-delà des strictes limites de temps permises par la première partie de l'article 5 par. 3 (art. 5-3)* »³⁵¹ et conclu à la violation de l'article. Cette jurisprudence a été régulièrement réaffirmée, trouvant notamment un point de résonance dans l'arrêt *Aquilina*³⁵² présenté dès le *premier Chapitre*.

Par ailleurs, il faut signaler une autre manifestation de la substance, concernant cette fois la seconde partie de la disposition observée. La juge TULKENS, dans son opinion partiellement

³⁴⁹ Cour EDH, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 49).

³⁵⁰ Cour EDH, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité, § 59 ; également, § 62.

³⁵¹ Cour EDH, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité, § 62.

³⁵² Cour EDH, Gde ch., *Aquilina c/ Malte* précité (note n° 98), § 49. Rappelons que le juge de Strasbourg a, dans cette affaire, mis en avant l'exigence d'automatisme du contrôle judiciaire de la détention, complémentaire de celle d'imminence précisée par l'arrêt *Brogan*, s'agissant de la substance du droit en cause. Remarquons, d'ailleurs, que le raisonnement préalable à une telle affirmation fait écho à celui déployé dans l'arrêt de principe (voir, Cour EDH, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité, § 62).

dissidente sous l'arrêt *Pêcheur c/ Luxembourg*³⁵³, du 11 juillet 2007, relatif à la durée de la détention provisoire du requérant, a discerné la substance du droit garanti à l'article 5, paragraphe 3, dans « *le droit de rester libre dans l'attente d'un procès pénal et [rajoute-t-elle] de donner ainsi un effet pratique et utile – et non pas théorique et illusoire – à la présomption d'innocence* ». Selon la juge, « *la détention provisoire ne peut en aucun cas servir à anticiper sur une peine privative de liberté* ». Notons que cette conception s'est plus récemment vue reprise par le juge européen dans l'arrêt *Koutalidis c/ Grèce*³⁵⁴, du 27 novembre 2014, à l'occasion du rappel des principes jurisprudentiels encadrant le contrôle.

153. Il nous faut, en dernier lieu, envisager l'hypothèse d'une substance spécifiquement identifiée quant au paragraphe 1, c) de l'article 5 de la Convention.

c) Le développement de l'hypothèse sur le terrain du 1^{er} paragraphe, c) de l'article 5

154. L'APPORT ANALOGUE DE L'ARRET DE PRINCIPE *FOX, CAMPBELL ET HARTLEY*. L'arrêt *Brogan et autres* n'a pas simplement eu une influence sur le droit conventionnel relatif à l'article 5, paragraphe 3 de la Convention, mais il a également inspiré une jurisprudence de principe sur le terrain du paragraphe 1, *litera* c) du même article. En effet, l'arrêt *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*³⁵⁵, du 30 août 1990, en découle directement quant à la structure de raisonnement en matière de substance du droit. Le contexte de cette affaire est aussi similaire à celui de l'arrêt *Brogan et autres*, puisqu'il s'agit de l'appréhension et l'arrestation d'individus soupçonnés d'actions liées au terrorisme, au bénéfice de l'IRA. Or, dans l'arrêt de 1990, le juge européen a insisté sur le terme « plausibilité » présent dans la partie en cause de la disposition, qualifié d'« *élément essentiel de la protection offerte par l'article 5 § 1 c)* »³⁵⁶, et en a défini le sens³⁵⁷. Cela semble lui avoir finalement permis d'établir un lien entre une telle exigence et la substance du droit visé. Il a ainsi affirmé que « *la Cour doit (...) pouvoir déterminer si la substance de la garantie offerte par l'article 5 § 1 c) (art. 5-1-c) est demeurée intacte. Dès lors, il incombe au gouvernement défendeur de lui fournir au moins certains faits ou renseignements propres à la convaincre qu'il existait des*

³⁵³ L'opinion partiellement dissidente de la juge TULKENS, à laquelle se rallie le juge CABRAL BARRETO, sous Cour EDH, 11 juillet 2007, *Pêcheur c/ Luxembourg*, req. n° 16308/02, § 1.

³⁵⁴ Cour EDH, 27 novembre 2014, *Koutalidis c/ Grèce*, req. n° 18785/13, § 40. Voir, en guise de parallèle, Cour EDH, 9 février 2006, *Freimanis et Lidums c/ Lettonie*, req. n° 73443/01 ; 74860/01, § 96, avançant que « *la présomption générale de nécessité de la détention provisoire du seul fait de la gravité de l'accusation (...) est incompatible avec l'essence même de l'article 5 de la Convention* ».

³⁵⁵ Cour EDH, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni* précité (note n° 231), § 34.

³⁵⁶ Cour EDH, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni* précité, § 32.

³⁵⁷ Il renvoie à l'idée « *de faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction* » (§ 32).

motifs plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis l'infraction alléguée. » (Nous soulignons). La substance relative à l'article 5, paragraphe 1, *litera c)* paraît donc prendre racine dans la notion de plausibilité des motifs, susceptibles de rendre conventionnelle la privation de liberté.

Cependant, deux limites ressortent déjà de cette présentation. La première, propre à l'article 5, paragraphe 1, *litera c)* concerne la forte dose de relativité incluse dans la détermination de la plausibilité. Au-delà des données factuelles et objectives fondant le soupçon d'infraction, la Cour admet que cette exigence soit lue à la lumière des circonstances d'espèce. Ceci jette donc un doute sur la filiation d'une telle substance à la conception absolue. Le second obstacle se dégage généralement de l'étude des différents exemples concrets de substance relatifs à l'article 5 et doit être à présent exposé.

2) Les limites de l'hypothèse

155. L'ASSIMILATION DE LA SUBSTANCE AU CONTENU GENERAL DU DROIT. Nonobstant l'apparente identification de substances propres à certaines garanties de l'article 5, les doutes soulevés à l'issue de l'analyse relative à l'article 3 du Protocole n° 1 semblent inévitablement transposables. On retrouve ici la critique de l'analogie desdites substances avec le contenu même des clauses correspondantes de l'article 5. La disposition est formulée de la sorte quant aux parties qui nous concernent : « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales: (...) c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci; » (Nous soulignons).

« 3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. » (Nous soulignons).

« 4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. » (Nous soulignons).

Dans chacun des cas, la lettre même de la disposition coïncide avec ce que la Cour européenne semble identifier comme étant une substance spécifique³⁵⁸. Certes, pas entièrement, mais suffisamment substantiellement et similairement dans les termes employés (éclairés par les mises en soulignement) pour affaiblir encore l'hypothèse d'une identification de la substance, au sens de la conception absolue. Sébastien VAN DROOGHENBROECK a ainsi pu affirmer que la substance du droit prévu à l'article 5 y « *demeure mystérieuse et tautologique* »³⁵⁹, la Cour européenne se contentant d'en répéter le contenu.

156. Un dernier volet d'expression spécifique de la substance mérite maintenant d'être abordé, concernant l'article 6 de la Convention.

C) La substance relative au droit à un procès équitable (article 6 CEDH)

157. UN CONSTAT GENERAL INATTENDU. Clore ce panel des terrains d'identification privilégiée avec l'article 6 peut paraître étonnant. Domaine le plus prolifique en ce qui concerne la protection de la substance du droit, en général, tout particulièrement au titre du droit à un tribunal, l'enquête empirique de la substance spécifique à ce droit offre néanmoins de maigres résultats. Il en découle, d'une part, que ce terrain donnerait principalement lieu à une expression de la *protection* de la substance, sans nous instruire sur la substance elle-même³⁶⁰. D'autre part, il faut dès à présent noter que les manifestations d'identification observables dans ce domaine sont majoritairement d'ordre ponctuel, et donc de portée moindre.

158. L'EXCEPTION DU DROIT DE NE PAS S'AUTO-INCRIMINER. Malgré ce tableau paradoxal, et peu encourageant, un contentieux semble notamment pouvoir retenir notre attention au titre de l'article 6, paragraphe 1³⁶¹ : il s'agit du droit de ne pas s'auto-incriminer ou droit de se

³⁵⁸ Assorti d'une obligation – négative ou positive (comme dans le cas de l'article 5, paragraphe 3 ; voir, à cet égard, O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, op. cit., p. 165) – à la charge des Etats contractants.

³⁵⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 468.

³⁶⁰ Pourtant, comme le remarque spécifiquement Laure MILANO, « si le principe de subsidiarité induit une logique de décentralisation, il faut admettre qu'il revient aux instances européennes, dans un souci à la fois d'interprétation uniforme de la Convention et d'effectivité des droits garantis, de définir ce qui relève du domaine de l'intangibilité du droit d'accès à un tribunal » (L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 209). Or, malgré les atermoiements et non-dits de la jurisprudence conventionnelle, « on pressent bien », selon l'auteur, « le contenu de cette substance » du droit à un tribunal, citant à cet égard une série d'exigences ou principes reconnus par la Cour (*ibid*, p. 228).

³⁶¹ Signalons, par ailleurs, l'apport de la jurisprudence *Crisan c/ Roumanie* (27 mai 2003, req. n° 42930/98, § 29 ; aux suites directes limitées : Cour EDH, 16 septembre 2003, *Glod c/ Roumanie*, req. n° 41134/98, § 39 ; Cour EDH, 12 juillet 2007, *Hauler c/ Roumanie*, req. n° 67703/01, § 36 ; Cour EDH, 1er avril 2008, *Valentin Dumitrescu c/ Roumanie*, req. n° 36820/02, §§ 52-53 ; Cour EDH, 29 avril 2008, *Stancu c/ Roumanie*, req. n° 30390/02, § 28 ; Cour EDH, 27 octobre 2009, *Haralambie c/ Roumanie*, req. n° 21737/03, § 54) quant à la plausible (et indirecte) identification de la substance du droit à un tribunal dans la possibilité ou droit d'obtenir

taire, dont la substance est, à première vue, identifiée avec une certaine systématique. La prochaine analyse vise donc à mettre en lumière cette hypothèse (1), et à en éprouver les limites (2).

1) L'hypothèse d'identification

159. L'APPORT SINGULIER DE L'ARRET DE PRINCIPE *HEANEY ET MCGUINNESS*. La Cour européenne a extrait de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention le droit de ne pas s'auto-incriminer ou droit de se taire, de garder le silence, au sein de l'arrêt *Funke c/ France*, du 25 février 1993³⁶². Elle a par la suite étendu l'idée de substance du droit à ce domaine, à l'occasion de l'arrêt *Heaney et McGuinness*³⁶³. Dans cette affaire, renvoyant une nouvelle fois au contexte d'actions terroristes supposément attribuées à l'IRA, les requérants avaient été arrêtés et placés en garde à vue suite à une explosion au poste de contrôle de l'armée britannique en vertu de la loi britannique de 1939 relative aux atteintes à la sûreté de l'Etat. Ils alléguaient que l'article 52 de cette loi méconnaissait leurs droits de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer garantis par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention. Par deux paragraphes distincts, la Cour semble alors avoir précisé sa conception de la substance du droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer. Ainsi, elle a estimé, au commencement de son contrôle, que « (...) *ces garanties* [celles offertes, selon le Gouvernement, aux personnes dans la situation des requérants], *aussi importantes soient-elles, ne présenteraient un intérêt pour les griefs formulés en l'espèce que si elles permettaient de réduire effectivement et de manière suffisante le degré de coercition imposé par l'article 52 de la loi de 1939 de sorte que cette disposition ne porterait pas atteinte à la substance des droits en question.* »³⁶⁴ (Nous soulignons). Ou encore, plus avancé dans l'examen, aboutissant à la conclusion « *que le « degré de coercition » qu'a fait peser sur les*

un contrôle ultérieur de la décision d'autorités administratives ne constituant pas un « tribunal », au sens de l'article 6, paragraphe 1, par un organe judiciaire de pleine juridiction (l'espèce concernant le refus des tribunaux de contrôler la légalité de décisions d'une Commission relatives aux droits du requérant découlant de son statut de personne persécutée). Bien que ladite jurisprudence puisse également être lue par le prisme de la non-identification combinée (voir *infra*, note n° 413).

³⁶² Cour EDH, 25 février 1993, *Funke c/ France*, req. n° 10828/84, A256-A, § 44.

³⁶³ Cour EDH, *Heaney et McGuinness c/ Irlande* précité (note n° 243) ; voir, avant celui-ci, la très intéressante – à double titre – opinion concordante du juge MORENILLA sous Cour EDH, Gde ch., 17 décembre 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, req. n° 19187/91, Recueil 1996-VI, qui, d'une part, introduit pour la première fois la notion d'atteinte à la substance du droit à l'égard du droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination, et d'autre part, affirme que « *le simple fait que lesdites déclarations aient été obtenues sous la contrainte et qu'elles étaient considérées par l'accusation comme compromettantes et donc capables de renforcer son dossier aurait dû suffire à les faire exclure au procès* », laissant donc suggérer une relation directe de la substance du droit avec la coercition à l'égard des déclarations de la personne détenue.

³⁶⁴ Cour EDH, *Heaney et McGuinness c/ Irlande* précité, § 51.

*requérants l'application de l'article 52 de la loi de 1939 en vue de les contraindre à fournir des informations relatives aux accusations portées contre eux en vertu de cette même loi a en fait porté atteinte à la substance même de leur droit de ne pas contribuer à leur propre incrimination et leur droit de garder le silence. »*³⁶⁵ (Nous soulignons).

Il semble ressortir de ces deux passages que la Cour européenne rapproche la substance même du droit de ne pas s'auto-incriminer et de se taire de la faible coercition exercée par les autorités sur l'individu « accusé » au sens de l'article 6 de la Convention³⁶⁶. *A contrario* et sous un angle positif, on peut supposer que le juge européen discerne la substance dans la pleine liberté de choix d'expression d'un individu à l'égard de faits accusatoires.

Il faut remarquer que la notion de coercition avait déjà été employée par le juge européen dans son arrêt de Grande chambre *John Murray c/ Royaume-Uni*³⁶⁷, du 8 février 1996, en tant qu'élément entrant dans le contrôle relatif audit droit. Cette appréhension de la notion de coercition ressort également de l'arrêt *Allan c/ Royaume-Uni*³⁶⁸, du 5 novembre 2002, relatif à l'usage de dispositifs d'enregistrement audio ou vidéo, notamment secrets, constitutifs de preuves employées au procès du requérant. Toutefois, la Cour a ici rattaché directement ladite notion à la substance en cause, notant que « *pour rechercher si une procédure a anéanti la substance même du droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour doit examiner la nature et le degré de la coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus (...)* » (Nous soulignons). De cette dernière citation découlent également, de façon éclatante, les motifs des limites à l'hypothèse proposée.

³⁶⁵ Cour EDH, *Heaney et McGuinness c/ Irlande* précité, § 55.

³⁶⁶ On trouve également dans la jurisprudence européenne relative à ce contentieux l'expression de « *coercition abusive* », depuis l'arrêt de Grande chambre, *John Murray c/ Royaume-Uni* (8 février 1996, req. n° 18731/91, Recueil 1996-I, §§ 45-46 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 35, pp. 412-420). Le lien entre celle-ci (ou plus précisément, la protection contre la coercition abusive) et la substance du droit en cause ne semble toutefois pas certain, les deux notions n'étant jamais mises en relation en tant que telles. Néanmoins, la Cour a précisé que la protection contre la coercition abusive constitue l'un des buts du droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence (voir, Cour EDH, 16 juin 2015, *Schmid-Laffer c/ Suisse*, req. n° 41269/08, § 37).

³⁶⁷ Cour EDH, Gde ch., *John Murray c/ Royaume-Uni* précité, notamment §§ 47 ; 49. Il est intéressant de noter que la Cour y a réinterprété la jurisprudence *Funke c/ France* précitée (note n° 362), avançant au paragraphe 49 avoir, dans l'arrêt *Funke*, jugé « *en pratique incompatible avec l'article 6 (art. 6) ce degré de coercition puisqu'il vidait de son sens l'interdiction de contribuer à sa propre incrimination* » (nous soulignons).

— Signalons, par ailleurs, que la mise en relation de la notion de coercition avec celle à l'étude est fréquente dans la jurisprudence de Strasbourg, comme les terrains des articles 11 ou 9 de la CEDH en donneront notamment exemple.

³⁶⁸ Cour EDH, 5 novembre 2002, *Allan c/ Royaume-Uni*, req. n° 48539/99, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, § 44.

2) Les limites de l'hypothèse

160. LA RELATIVISATION DE LA SUBSTANCE DU DROIT IDENTIFIÉE. Le juge européen, s'il assimile explicitement l'absence de coercition et la substance du droit en cause, réduit également la notion de coercition à ne constituer qu'un élément parmi d'autres de contrôle du respect de ladite substance, relativisant subséquemment la force de l'hypothèse posée. Certes, il resterait encore possible d'y voir un élément majeur du contrôle. Or, le juge de Strasbourg s'est par la suite employé à démentir ouvertement toute conception absolue de la substance – ou même de sa protection – liée à la notion de coercition. Dans l'arrêt de Grande chambre *O'Halloran et Francis c/ Royaume-Uni*³⁶⁹, du 29 juin 2007, s'agissant de l'obligation pour le propriétaire d'un véhicule d'aider à l'identification du conducteur en cas d'allégation d'infraction au code de la route, la Cour a clairement affirmé – contrairement à ce que soutenaient les requérants – qu'elle n'avait jamais établi une interdiction absolue de la coercition directe à l'égard du droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer, susceptible d'entraîner automatiquement la violation. Ainsi, « *la définition de cette notion [de procès équitable] ne saurait être soumise à une règle unique et invariable mais est au contraire fonction des circonstances propres à chaque affaire. Cette conception a été confirmée dans le cas particulier du droit de garder le silence dans l'affaire Heaney et McGuinness et, plus récemment, dans l'affaire Jalloh, où la Cour a cité les facteurs auxquels elle entendait se référer pour déterminer s'il y avait eu violation du droit du requérant de ne pas contribuer à sa propre incrimination* » (nous soulignons).

Il faut en déduire la récusation de l'hypothèse d'une substance identifiée en tant que telle, le juge européen embrassant dans le domaine en cause une vision toute relative des éléments d'examen de la restriction. C'est pourquoi la notion de coercition n'intervient que comme un critère, un outil parmi d'autres dans le contrôle d'espèce. Notons que le ver se trouvait certainement dans le fruit dès l'origine, l'arrêt *Heaney et McGuinness*³⁷⁰ faisant référence au « degré » de coercition, qui ne saurait évoquer un critère absolu.

161. BILAN DE L'ANALYSE. A mesure que l'on précise et approfondit l'analyse de la jurisprudence en cause, les hypothèses de substances spécifiquement et durablement identifiées s'obscurcissent, voire se dissipent³⁷¹. Particulièrement, la mise en évidence répétée

³⁶⁹ Cour EDH, Gde ch., *O'Halloran et Francis c/ Royaume-Uni* précité (note n° 327), § 53.

³⁷⁰ Cour EDH, *Heaney et McGuinness c/ Irlande* précité (note n° 243), §§ 51 ; 55.

³⁷¹ Ce constat est partagé, et même accentué, par Elodie BALLOT (*Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux, op. cit.*, pp. 453-458). Bien que la démarche suivie par cette dernière ait tendance à mêler protection de la substance et substance du droit elle-même, sa recherche d'une substance spécifique à un droit

de la limite tenant à l'équivalence de la substance avec le contenu même d'un droit ne peut pleinement satisfaire notre étude au titre de la conception absolue, cerclée d'incertitudes. En conférant un entier crédit à cette limite, dans son empreinte pratique, il résulte que l'objet recherché à ce stade se ferait finalement extrêmement rare, pour ne pas dire nul. Rappelons, à cet égard, que l'abstraction de la substance s'observe globalement dans la jurisprudence comparée³⁷². Aussi, Jorg-Paul MÜLLER remarque-t-il que « *la divergence existant entre l'importance du problème de la définition du noyau intangible et la pauvreté des résultats atteints jusqu'à présent en pratique a de quoi étonner* »³⁷³. De son côté, Ana ABA CATOIRA³⁷⁴ dénonce « *la ausencia de una fijación o delimitación del contenido del derecho con carácter previo a las intervenciones que se llevan a cabo en su ámbito constitucionalmente protegido* ». Ainsi, il convient d'inscrire nos conclusions dans la difficulté, dépassant l'horizon du juge de Strasbourg, d'identifier spécifiquement la substance, aux causes plus ou moins volontaires³⁷⁵.

Cela dit, revenant directement au sujet d'étude, deux remarques doivent être apportées. En premier lieu, nonobstant l'observation d'une concordance entre la substance prétoriennement identifiée et le contenu global du droit en cause, il resterait permis de considérer que cette substance correspond à la synthèse dudit droit, au sens d'un résumé fondamental de l'ensemble. En second lieu, après nous être concentrés sur la recherche de cas d'identification privilégiée, censée fournir les exemples les plus probants de substances propres à un droit, il faut à présent se tourner vers la forme majoritaire d'identification, dite ponctuelle. Ces substances « d'espèce », sans avoir l'envergure des premières examinées, peuvent éventuellement nous éclairer sur la réalité pratique de cette notion.

(limitée aux terrains des articles 12, 6, 3 du Protocole n° 1, et 1 du Protocole n° 1) et établie *a priori* aboutit à un résultat nul.

³⁷² Pour de rares exemples contraires, voir *supra*, notes n° 101 à 106 ; et complémentaiement, les arrêts espagnol STC 196/1987, 11 décembre 1987 (BOE n° 7 du 8 janvier 1988), fondements juridiques 4, 5, 6 et suisse ATF 106 Ia 277 (281), 30 septembre 1980, relatif à la personnalité ou psychisme du détenu (le domaine de la liberté personnelle paraissant particulièrement privilégié).

³⁷³ J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 159.

³⁷⁴ A. ABA CATOIRA, « El concepto jurisprudencial de limite de los derechos fundamentales », *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998, n° 2, pp. 25-27.

³⁷⁵ Voir *supra*, les propos finaux du Chapitre 1, Titre 1 ; également, l'analyse générale et synthétique de E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 441-444.

§ II. De multiples cas d'identification ponctuelle

162. DES MANIFESTATIONS EPARSEES ET MOMENTANEEES DE SUBSTANCES. Au-delà des cas relativement restreints (et finalement limités) d'identification durable de substances spécifiques à des droits, doivent être présentées des substances dites d'espèce. Leur portée est moindre puisque la mention de la substance ne s'en voit pas réitérée et ne donne lieu à aucun « précédent » pérenne. Notons, également, que la force de ladite découverte est dans une certaine mesure corrélée à la forme d'identification. Or, les substances visées ici résultent principalement de la déduction de formulations négatives et/ou indirectes du juge européen, aux sens pré-définis. Inévitablement, le recours à des filtres en vue de mettre à jour les cas d'identification trahit l'écart qui se creuse avec la conception absolue. Dès lors, il faut mettre en garde quant à l'authenticité de l'identification de ces substances ponctuelles, qui pourraient bien ne pas en être, avant d'entamer l'analyse.

Celle-ci s'ordonne autour de deux groupes de droits : il convient de distinguer des manifestations principales de substances d'espèce (*A*), émanant d'un terrain associé *in globo* à la conception absolue, et d'autres subsidiaires (*B*), dans le cadre de droits par principe exclus du développement d'une telle théorie.

A) Les manifestations principales de substances d'espèce

163. UN ANGLE PLUS FLORISSANT EN MATIERE DE DROIT AU PROCES EQUITABLE (ARTICLE 6 CEDH). Cet examen – qui ne se saurait se prétendre exhaustif en raison du caractère négatif et/ou indirect, donc précaire, de l'identification – est révélateur d'un terrain d'élection du juge européen s'agissant de notre sujet d'étude : le droit au procès équitable. Nous avons gardé du §I une vision décevante s'agissant de l'article 6. Qu'en est-il d'exemples plus fugaces et implicites d'identification de la substance ? A ce titre, plusieurs illustrations propres au droit à un tribunal (1), et aux droits de la défense (2) peuvent être soumises.

1) Les illustrations propres au droit à un tribunal

164. UN TRIPLE EXEMPLE DE SUBSTANCES PONCTUELLES. Notons, au préalable, que le choix d'un examen chronologique des illustrations distinguées au titre du droit à un tribunal³⁷⁶ (ou

³⁷⁶ Mentionnons, à titre indicatif, deux illustrations (fortement) hypothétiques des arrêts Cour EDH, 10 juillet 2008, *Blandeau c/ France*, req. n° 9090/06, §§ 30-32 et Cour EDH, 30 juillet 1998, *Aerts c/ Belgique*, req. n° 25357/94, Recueil 1998-V, § 60. – Dans la première affaire, concernant l'absence de notification d'ordonnances de rejet quant à l'octroi de l'aide juridictionnelle, l'hypothèse d'une identification, particulièrement tacite, de la substance dans le droit de se voir notifier toute décision de justice prise à son égard ne résiste pas à une mise en perspective par la jurisprudence antérieure (Cour EDH, 11 janvier 2001, *Platakou c/ Grèce*, req. n° 38460/97,

du droit d'accès plus spécifiquement) permettra éventuellement la mise en lumière d'une trame dans le développement *a priori* distinct et fragmenté de la jurisprudence.

Le premier arrêt susceptible de se voir cité est l'arrêt *Philis c/ Grèce*³⁷⁷, du 27 août 1991, relatif à l'accès du requérant à des juridictions civiles pour recouvrer des honoraires dus par des clients, organismes publics notamment, au titre la conception d'une série de projets. Concluant son contrôle au titre de l'article 6, paragraphe 1, la Cour a affirmé dans cette affaire que « *le requérant, faute d'avoir pu agir, de manière directe et indépendante, pour demander à ses clients le versement - même à la T.E.E., à un premier stade - des honoraires qui lui étaient dus, a subi une atteinte à la substance même de son "droit à un tribunal", que nul recours offert par le droit grec ne pouvait effacer* » (nous soulignons). Il semble possible d'en déduire que la substance en question correspond, pour le juge européen, au droit d'agir de manière directe et indépendante devant les tribunaux en vue de la défense de ses droits et obligations de caractère civil. Il s'agirait donc d'une formulation négative et indirecte de la substance du droit à un tribunal.

A l'occasion de l'arrêt *Brumarescu*³⁷⁸ de 1999, concernant le refus de la Cour suprême nationale de reconnaître aux tribunaux la compétence pour juger d'une action en revendication de propriété, un autre aspect ou manifestation de la substance semble apparaître, porté par la Commission. Selon cette dernière, « *le droit d'accès à un tribunal exige une voie judiciaire permettant de revendiquer des droits civils. Dès lors, l'annulation du jugement du 9 décembre 1993, au motif que les tribunaux ne peuvent pas connaître d'une telle action, a porté atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 § 1* » (nous soulignons). A l'opposé du précédent exemple fourni, nous nous voyons ici confrontés à une expression positive, bien qu'indirecte toujours, de substance, tenant dans le droit ou l'exigence d'une voie judiciaire permettant de revendiquer des droits civils. Plus générale que la première forme, cette substance du droit d'accès à un tribunal se confond également davantage avec le contenu de l'article 6, paragraphe 1.

Recueil des arrêts et décisions 2001-I, §§ 39 ; 49), suggérant l'association à un contrôle de proportionnalité implicite, et une substance du droit indéterminable car symbolique (à notre connaissance, jamais ré-invoquée).

– Le même constat final émerge de l'arrêt *Aerts*, concernant le refus d'une demande d'assistance judiciaire empêchant de fait un pourvoi devant la Cour de cassation belge, eu égard au caractère relatif, circonstanciel de la substance supposément identifiée dans l'impératif ou droit d'obtenir une assistance judiciaire lorsque le besoin financier et l'exigence procédurale (représentation d'un avocat devant une juridiction suprême) le requièrent. Aussi, la Cour a pu reconnaître dans la décision d'irrecevabilité *Debeffe c/ Belgique* (9 juillet 2002, req. n° 64612/01) que la Belgique s'était dotée d'un système offrant des garanties substantielles aux individus, de nature à les préserver de l'arbitraire, condition de l'atteinte (ou non) à la substance du droit.

³⁷⁷ Cour EDH, *Philis c/ Grèce*, 27 août 1991, req. n° 12750/87 ; 13780/88 ; 14003/88, A 209, § 65.

³⁷⁸ Cour EDH, Gde ch., *Brumarescu c/ Roumanie* précité (note n° 203), § 59 ; voir, pour parallèle, la jurisprudence *Crisan c/ Roumanie* précitée (notes n° 361).

Plus récemment, c'est l'exigence ou le droit d'obtenir un jugement définitif dans une affaire qui paraît être associé à la substance de ce droit. Il en est ainsi dans l'arrêt *Marini c/ Albanie*³⁷⁹, du 18 décembre 2007, s'agissant du grief d'absence d'accès à la Cour constitutionnelle dans des procédures faisant suite à un litige avec le Gouvernement albanais, en raison d'un partage des voix. La Cour européenne des droits de l'homme y a précisé que « *le fait que la Cour constitutionnelle n'a pas pu se prononcer à la majorité sur les solutions proposées a privé le requérant d'un jugement définitif sur son affaire et, partant, a porté atteinte à son droit d'accès à un tribunal dans sa substance même. Il y a donc eu de ce fait violation de l'article 6 § 1 de la Convention.* » (Nous soulignons). Cette solution d'espèce contiendrait donc une expression négative et indirecte de la substance.

165. Après avoir exposé les exemples, les plus nombreux, tenant au droit à un tribunal, concluons par une expression ponctuelle propre au terrain des droits de la défense.

2) Une illustration propre aux droits de la défense

166. L'EXEMPLE DIFFUS SOUS L'ARRET *IMBRIOSCIA*. Dans le cadre de cette étude, on peut mentionner l'opinion dissidente du juge DE MEYER sous l'arrêt *Imbrioscia c/ Suisse*³⁸⁰, du 24 novembre 1993, s'agissant des droits de la défense couverts par les paragraphes 1, et 3 c) de l'article 6. Celle-ci est, en effet, remarquable en ce que le juge s'y réfère à l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis du 13 juin 1966, *Miranda v/ Arizona*, afin de rappeler les « principes » participant de la substance du procès équitable³⁸¹, s'agissant plus particulièrement de la situation d'interrogatoire pendant la détention. Sans énumérer directement ces nombreux principes, il est possible d'en extraire l'essence globale, qui réside dans l'information préalable de la personne détenue relative à son droit de garder le silence, ainsi que dans l'assistance d'un avocat avant et/ou pendant l'interrogatoire. Il en découle que les informations communiquées ne peuvent être retenues contre lui que s'il a été dûment informé de ces « droits-substance ».

³⁷⁹ Cour EDH, 18 décembre 2007, *Marini c/ Albanie*, req. n° 3738/02, § 122.

³⁸⁰ Cour EDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c/ Suisse*, req. n° 13972/88, A275 ; voir, avant dans cette même affaire, l'opinion dissidente du juge LOUCAIDES sous Com. EDH, (rapport), 14 mai 1992, *I. c/ Suisse*, req. n° 13972/88.

³⁸¹ La notion de procès équitable, et les droits que celui-ci comprend, a régulièrement été rapprochée par les juges à la Cour de termes synonymes de notre objet d'étude, tels – le « noyau dur » (voir l'opinion dissidente du juge BONELLO, à laquelle se rallient les juges ZUPANCIC et GYULUMYAN, sous Cour EDH, Gde ch., 3 décembre 2009, *Kart c/ Turquie*, req. n° 8917/05, Recueil des arrêts et décisions 2009 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2010, n° 3, pp. 970-972) ; – le « cœur » (voir l'opinion concordante du juge CABRAL BARRETO sous Cour EDH, 10 mars 2009, *Bykov c/ Russie*, req. n° 4378/02, §§ 3.3 ; 3.4, bien que le terme vise en réalité à distinguer les droits matériels, par opposition aux droits procéduraux, eu égard à la sévérité du contrôle – et du poids de la sanction – relatif à l'obtention de preuves litigieuses versées à un procès).

167. Si les illustrations relatives à un terrain renvoyant généralement à la conception absolue offrent certainement les meilleurs enseignements, il semble cependant pertinent de puiser dans la jurisprudence propre aux droits dont cette conception est communément étrangère, afin d'apprécier les manifestations de substances d'espèce qui paraissent s'en dégager.

B) Les manifestations subsidiaires de substances d'espèce

168. UNE CATEGORIE DE DROITS CLASSIQUEMENT ECARTEE. Il est maintenant proposé de se pencher sur des cas d'identification présentant des ressemblances avec la précédente catégorie dans leur référence à l'idée de substance du droit, alors qu'ils mériteraient *a priori* d'être écartés. En effet, ces exemples sont extraits de terrains à propos desquels la démarche absolue n'a généralement pas été développée : les droits susceptibles de « limitations explicites »³⁸². Aussi, il faut insister sur la limite des illustrations proposées ici³⁸³, qui doivent être appréhendées comme des éléments additionnels d'information et de réflexion.

169. Présentons ces illustrations d'espèce selon leur proximité avec la conception absolue : elles concernent, tout d'abord, le droit à la liberté d'expression (1), puis le droit à la liberté de réunion et d'association (2), et, enfin, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (3)³⁸⁴.

1) Une illustration d'espèce relative au droit à la liberté d'expression (article 10 CEDH)

170. L'ANALOGIE MAJEURE DE L'ARRET *WOMEN ON WAVES*. L'exemple le plus proche d'une identification spécifique de la substance, au sens de la conception absolue, a déjà été abordé. Il est extrait de l'arrêt *Women on waves et autres*³⁸⁵, relatif à la l'interdiction d'entrée dans les eaux territoriales d'un navire affrété par les associations requérantes en vue d'œuvrer pour la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse. La Cour européenne – dans le

³⁸² Il est principalement visé par cette notion, opposée à celle de « limitations implicites », les droits prévus par les articles 8 à 11 de la Convention, dotés d'un second paragraphe appelé « clause d'ordre public », encadrant les restrictions à leur exercice, et dont le contrôle est principalement guidé par le principe de proportionnalité.

³⁸³ Notons que, suivant notre logique initiale distinguant « substance » et « protection » dans le cadre de la théorie absolue, il serait envisageable de concevoir une substance absolument entendue, sans que ce ne soit le cas de sa protection. Toutefois, un tel schéma manquerait de sens en pratique.

³⁸⁴ Ajoutant aux terrains choisis l'exemple de l'opinion dissidente commune aux juges WILDHABER, BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, CABRAL BARRETO, TULKENS et PELLONPÄÄ sous Cour EDH, Gde ch., 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, req. n° 42326/98, Recueil des arrêts et décisions 2003-III (note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, *JCP G*, 2003, II, 10049, pp. 561-566), § 11, dans laquelle ils ont souligné que « le droit à l'identité, comme condition essentielle du droit à l'autonomie (...) et à l'épanouissement (...), fait partie du noyau dur du droit au respect de la vie privée ».

³⁸⁵ Cour EDH, *Women on waves et autres c/ Portugal* précité (note n° 173), § 37 ; voir précédemment quant à cette formule, Cour EDH, 6 mars 2007, *Çiloğlu et autres c/ Turquie*, req. n° 73333/01, § 51.

cadre de son contrôle de la proportionnalité de la mesure d'interdiction au titre de l'article 10 – a associé la liberté d'expression conjointement aux libertés de réunion et de manifestation, eu égard à la substance desdites libertés. Elle a ainsi considéré « *que l'essence de ces droits est la possibilité pour tout citoyen d'exprimer son opinion et son opposition, voire de contester toute décision venant de tout pouvoir, quel qu'il soit* ». Nonobstant l'expression apparemment directe et positive d'une substance commune aux différents droits, celle-ci se voit, en pratique, pleinement régie par le contrôle de proportionnalité, puisque le constat d'atteinte à la substance du droit en cause entraîne le constat de disproportion entre le but visé et l'impact de la mesure prise.

171. Une autre référence positive et directe à l'idée de substance du droit peut être observée sur le terrain de la liberté syndicale.

2) Une illustration d'espèce relative au droit à la liberté de réunion et d'association (article 11 CEDH)

172. L'ANALOGIE RESTREINTE DE L'ARRET *WILSON, NATIONAL UNION OF JOURNALISTS*. L'arrêt *Wilson, National union of journalists et autres c/ Royaume-Uni*³⁸⁶, du 2 juillet 2002, relatif au système entièrement volontaire de négociation collective prévu par la législation britannique (laissant la possibilité à tout employeur de reconnaître ou non un syndicat en vue de négociations collectives et d'avoir recours à des incitants financiers), paraît lui aussi illustrer d'une substance d'espèce conforme à la conception absolue. Effectivement, le juge de Strasbourg, au sein de l'examen de l'application de l'article 11, a affirmé d'une part que « *l'essence d'un système de négociation collective volontaire est qu'il doit être possible à un syndicat qui n'est pas reconnu par un employeur d'entreprendre des actions, y compris, si nécessaire, des actions de grève, afin de persuader l'employeur d'engager une négociation collective avec lui sur les questions dont le syndicat estime qu'elles sont importantes pour les intérêts de ses membres* » (nous soulignons) ; d'autre part, le juge a rajouté qu' « *il est de l'essence du droit des salariés d'adhérer à un syndicat pour la protection de leurs intérêts qu'ils soient libres de demander ou de permettre à leur syndicat de communiquer des revendications à leur employeur ou d'entreprendre en leur nom des actions pour protéger*

³⁸⁶ Cour EDH, 2 juillet 2002, *Wilson, National union of journalists et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 30668/96 ; 30671/96 ; 30678/96, Recueil des arrêts et décisions 2002-V, § 46. Voir, également, l'opinion concordante des juges TÜRMEK, FURA-SANDSTRÖM et POPOVIC sous Cour EDH, ch., 21 novembre 2006, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97, § 1 ; comm. J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, *JCP G*, 2007, II, 10038, pp. 35-39 (l'arrêt de Grande chambre, le 12 novembre 2008, Recueil des arrêts et décisions 2008 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 64, pp. 739-749).

leurs intérêts » (nous soulignons). Des différentes mentions de l'essence, et notamment de celle du droit d'adhérer à un syndicat, la Cour européenne a tiré l'obligation positive pour l'Etat de veiller à ce que les possibilités ou droits mis en lumière soient respectés, afin que la liberté syndicale ne soit pas rendue illusoire³⁸⁷.

Rien ne s'oppose *a priori* à ce qu'une obligation positive se rapporte à une composante fondamentale du droit en cause, considérée comme la substance dudit droit³⁸⁸. Cependant, il faut bien constater que cette configuration est très rare dans la jurisprudence de la Cour européenne, et le fait qu'elle se manifeste sur le terrain d'un droit encadré par la clause d'ordre public (sans développer ici l'absence de rappel, dans cet arrêt, à l'essence au sein de la solution du contrôle) laisse peu de doutes sur la nature de l'essence sus-évoquée. Encore une fois, elle semble plutôt correspondre à un élément de contenu du droit symboliquement souligné du fait de son importance, qu'à une substance au sens de la théorie absolue.

173. Le dernier terrain d'analyse que constitue le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion comporte les illustrations les plus éloignées de la conception absolue.

3) Les illustrations d'espèce relatives au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9 CEDH)

174. LE PARALLELE ALLUSIF DES ARRETS SINAN ISIK, *HASSAN ET TCHAOUCH* et FERNANDEZ MARTINEZ. Il est possible, finalement, de citer plusieurs formules plus ou moins assimilables à l'idée de substance du droit, telle que comprise ici, concernant la liberté de conscience et de religion notamment. A commencer par un extrait de l'arrêt *Sinan Isik c/ Turquie*³⁸⁹, du 2 février 2010, relatif à la mention obligatoire de la religion sur la carte d'identité prévalant jusqu'en 2006 en Turquie. Employant une tournure négative et indirecte, le juge de Strasbourg a souligné qu'était en cause en l'espèce le « *droit de ne pas divulguer sa religion ou sa conviction, qui relève du for intérieur de chacun. Ce droit est inhérent à la notion de la liberté de religion et de conscience. A interpréter l'article 9 de la Convention comme autorisant n'importe quelle sorte de coercition visant à extérioriser sa religion ou conviction, on toucherait à la substance même de la liberté qu'il entend garantir (...)* » (nous soulignons). Il est ainsi révélé une vision déjà observée en droit comparé, chez le juge

³⁸⁷ Cour EDH, *Wilson, National union of journalists et autres c/ Royaume-Uni* précité, §§ 46 ; 48.

³⁸⁸ Voir T. ZIMMERMANN, « Le noyau intangible des droits fondamentaux... », *op. cit.*, p. 306, rappelant les implications positives pour l'Etat de la préservation du « noyau ».

³⁸⁹ Cour EDH, 2 février 2010, *Sinan Isik c/ Turquie*, req. n° 21924/05, Recueil des arrêts et décisions 2010, § 42. Voir également, Cour EDH, 12 juin 2012, *Savda c/ Turquie*, req. n° 42730/05, § 90, usitant le terme « *noyau dur* ».

constitutionnel Suisse, selon laquelle la substance de la liberté de religion se situe dans le for intérieur de chaque individu.

Par ailleurs, toujours sur ce terrain, mentionnons un couple d'arrêts témoignant tous deux d'une expression similaire évocatrice de la substance. Il s'agit des arrêts de Grande chambre *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*³⁹⁰, du 26 octobre 2000, concernant le remplacement de dirigeants de la communauté musulmane bulgare, et *Fernandez Martinez c/ Espagne*³⁹¹, du 12 juin 2014, concernant le non-renouvellement du contrat de travail d'un professeur de religion et de morale catholiques, prêtre marié et père de famille, ayant obtenu une dispense de célibat et militant auprès d'un mouvement opposé à la doctrine de l'Église.

Dès la première affaire, la Grande chambre, au titre de l'applicabilité de l'article 9, déduisait d'une interprétation de ce dernier « *à la lumière de l'article 11 de la Convention* » le principe selon lequel « *l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection offerte par l'article 9* » (nous soulignons) ; rajoutant que « *si l'organisation de la vie de la communauté n'était pas protégée par l'article 9 de la Convention, tous les autres aspects de la liberté de religion de l'individu s'en trouveraient fragilisés* ». Reprise dans le cadre de l'arrêt *Fernandez Martinez*, cette citation y est intervenue sur le terrain du contrôle de la proportionnalité de la mesure contractuelle litigieuse, au titre de l'article 8 de la Convention. Au sein de cette affaire, ladite formule relative à l'autonomie des communautés religieuses devient un élément parmi d'autres du contrôle à l'espèce du respect de la vie privée. Si on ne peut raisonnablement considérer qu'il s'agit là d'une manifestation de la substance absolument conçue, un parallèle peut être observé sur le plan de la logique générale. Il concerne la hiérarchisation, fréquente dans les formules proches de celle qui nous intéresse, opérée entre un élément en particulier – ici l'organisation de la vie de la Communauté – et les autres aspects du droit ou liberté en l'occurrence. Ces précédents exemples permettent, une fois de plus, d'éclairer la diffusion, particulièrement large, de l'esprit même de la substance du droit protégée et du flou généré par ses différentes utilisations.

175. BILAN DE L'ANALYSE. Sans surprise, l'examen des illustrations ponctuelles de substances a également pu se heurter à la limite d'une concordance avec le contenu global d'un droit, à l'instar du précédent angle d'étude propre aux exemples durables. A l'inverse, sont ressorties de notre analyse certaines formules susceptibles d'être considérées comme des

³⁹⁰ Cour EDH, Gde ch., *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie* précité (note n° 55), § 62.

³⁹¹ Cour EDH, Gde ch., *Fernández Martínez c/ Espagne*, 12 juin 2014, req. n° 56030/07, Recueil des arrêts et décisions 2014, § 127 ; chron. E. DECAUX, P. TAVERNIER et M. BOUMGHAR, *JDI*, 2015, n° 4, pp. 1270-1272 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2014, doct. 832, p. 1413.

manifestations de substances, tandis qu'elles émanaient d'un contexte défavorable à la conception absolue. Il convient, en tout état de cause, de garder à l'esprit que les diverses illustrations proposées dans ce *second Paragraphe* n'ont qu'une portée limitée, eu égard à leur caractère isolé. Or, d'un point de vue plus large même, l'ensemble des informations qui se sont vues délivrées en matière de substance spécifique à un droit conduit à la conclusion suivante : il semble, à cet égard, falloir se contenter de ressemblances ou d'hypothèses, de déductions tirées de formulations le plus souvent négatives, indirectes et ponctuelles³⁹².

Du moins, les dernières constatations valent et se justifient dans le cadre d'une lecture positive de la jurisprudence visée, ambitionnant de présenter les cas d'identification pratique et spécifique de la substance, telle que conçue au sein de cette *première Partie*. Toutefois, selon une autre approche que l'on pourrait qualifier de négative, on doit bien admettre la prévalence, dans la jurisprudence européenne, de l'absence d'identification de la substance absolue du droit. Preuve que les voix de la Cour de Strasbourg ne sont pas accordées en ce qui concerne notre sujet d'étude, et sont source de cacophonie ?

³⁹² Jörg-Paul MÜLLER n'en disait pas moins sur la jurisprudence constitutionnelle suisse relative au « noyau intangible », qu'il jugeait résolument « *ponctuelle et pragmatique* » (J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, op. cit., p. 150).

Section 2. Une absence prédominante d'identification de la substance du droit absolue

176. UNE PERSPECTIVE PARADOXALE. L'objet de cette nouvelle *Section* peut paraître plus stérile, puisqu'il est maintenant choisi d'analyser la question de l'identification sous son aspect inverse. Cette volonté part d'un constat irrécusable : la prédominance des cas dans lesquels la substance d'un droit n'est pas spécifiquement identifiée. Il semble donc tout aussi important d'étudier les formes de la non-identification, afin d'essayer d'en comprendre les causes. Remarquons que si un tel angle d'approche ne remet pas directement en cause les hypothèses d'identification précédemment exposées, il marque certainement un éloignement (plus ou moins profond) de la conception absolue, au prisme de laquelle notre examen est mené.

177. UNE PROPOSITION DE CLASSIFICATION. Si deux cas de figure ressortent principalement de la recherche, il faut signaler la porosité de la frontière les séparant, en raison du caractère flou, vague, et donc sujet à multiples interprétations, des cas jurisprudentiels qui s'y inscrivent. Le premier regroupe les cas de non-identification « stricte » – qui ne donnent que très difficilement, voire aucunement lieu à une potentielle précision quant à la substance propre à un droit, essentiellement révélateurs d'une défaillance de mise en œuvre de la conception absolue (§I) ; la seconde, les cas de non-identification « combinée »³⁹³ – qui se voient doublés d'une référence plus ou moins directe à l'atteinte radicale au droit, autrement dit à un contenu minimal, marquant une véritable dérive à l'égard de la théorie absolue même (§II).

³⁹³ Signalons, à toutes fins utiles, qu'une telle dénomination catégorielle recouvre, potentiellement, plusieurs formes. Au-delà de celle visée par ce *second Paragraphe*, il est également possible de rattacher à la catégorie de la non-identification complexe ou combinée les cas jurisprudentiels renvoyant à la distinction « jouissance/exercice » pré-évoquée (voir *supra*, n° 28). En témoigne principalement l'arrêt *Winterwerp c/ Pays-Bas* précité (note n° 231), § 60, distinguant la restriction ou modification des conditions d'exercice du droit, de l'atteinte à son essence même (notons aussi, dans la doctrine, les propos d'Olivier DE FROUVILLE (*L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, *op. cit.*, p. 166) quant à l'arrêt *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 49)). A titre plus implicite, voir Cour EDH, *Appleby et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 52), § 47, relatif à la campagne de militants d'une association écologiste luttant contre un projet d'urbanisme, sur la propriété d'un centre commercial. La Cour européenne fait référence dans cet arrêt au cas où « l'interdiction d'accéder à la propriété a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou lorsque l'on peut considérer que la substance même de ce droit s'en trouve anéantie » (nous soulignons), repris par le juge PINTO DE ALBUQUERQUE, dans son opinion dissidente sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien suisse c/ Suisse*, req. n° 16354/06, Recueil des arrêts et décisions 2012.

§ I. Des cas de non-identification « stricte », principalement déficients

178. ELEMENTS DE METHODOLOGIE. Une première forme, apparemment simple, de non-identification dite stricte de la substance du droit peut être distinguée. Les manifestations qui lui sont attribuables témoignent, à tout le moins, d'un manque de rigueur dans l'application incomplète de la conception absolue, renforçant éventuellement les doutes quant à sa pleine adhésion par le juge de Strasbourg. Sans s'égarer dans le détail des cas qui en ressortent, il semble pertinent d'observer – au moyen d'une analyse globale, illustrée d'exemples modèles – les types de configurations de cette non-identification stricte, afin d'en relever les enseignements relatifs à la mise œuvre de la conception absolue, s'agissant de la substance. Signalons, à toute fin utile, qu'un tel examen se fonde sur des cas jurisprudentiels au moins représentatifs de la théorie absolue dans le volet relatif à la protection, en particulier³⁹⁴.

En définitive, deux domaines, évoqués dans la *première Section*, se distinguent particulièrement quant au présent axe d'analyse : le droit à un procès équitable et celui à des élections libres. Il s'agit d'en offrir une autre lecture, nourrissant les questionnements à l'égard des substances supposément identifiées dont est soulignée la portée variable. A côté de cas généraux et élémentaires (*A*), émanant de la jurisprudence des manifestations de non-identification stricte qui suscitent plus particulièrement l'ambiguïté (*B*).

A) Des cas généraux et élémentaires

179. UNE STRUCTURE GLOBALE COMMUNE. Il convient tout d'abord de faire mention des cas de non-identification stricte présentant un caractère sommaire et imprécis. Ils reposent, tant sur le terrain de l'article 6, que de l'article 3 du Protocole n° 1, sur une structure fondamentale semblable : seule la référence à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, au sens de la conception absolue, est observable à l'étape du rappel des principes généraux. On ne trouve donc, au cours du contrôle, trace de la notion en général, ou de la substance elle-même, spécifiquement discernée au cours de la *première Section*. Par-delà cette structure type, de légères nuances, propres à chaque terrain, sont perceptibles.

180. UNE EXPRESSION DOUBLE SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 6 CEDH. Les exemples de non-identification stricte entrant dans la structure générale et élémentaire se distinguent, sur le terrain de l'article 6, selon que l'examen effectué par la Cour de Strasbourg reste « neutre » et

³⁹⁴ Evitant de tomber radicalement dans le sillage de l'autre conception (étudiée en *Partie 2*), se voient d'office éliminés, tant les terrains de droits susceptibles de limitations explicites, que ceux inscrits aux articles 1 du Protocole n° 1, 2 du protocole n° 1, ou encore 2 du Protocole n° 7, sujets à une expression généralement ambiguë voire pleinement relative de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit.

indistinct³⁹⁵ ou alors qu'il renvoie – soit explicitement, soit implicitement – aux conditions constitutives de la clause d'ordre public³⁹⁶.

181. UNE EXPRESSION UNIQUE SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 3 DU PROTOCOLE N°1 CEDH. Dans le domaine du droit à des élections libres, la structure suivante peut être observée : la Cour européenne rappelle le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, sans évoquer la libre expression de l'opinion du peuple ; puis, sur le terrain de l'application, celle-ci met généralement immédiatement en œuvre un contrôle assimilable à celui de la clause d'ordre public – qu'il soit explicite³⁹⁷ ou implicite³⁹⁸, en omettant toute mention de l'atteinte à la substance du droit ou de la libre expression de l'opinion du peuple en solution de son jugement.

182. ANALYSE GENERALE. A l'égard de ce type de non-identification stricte, inefficaces à nous renseigner valablement sur la substance concrète, deux interprétations majeures dominent. On peut, en premier lieu, envisager que la Cour, ayant préalablement déterminé la substance des droits en cause, s'y rattache alors implicitement dans la jurisprudence ultérieure, sans juger nécessaire d'en renouveler la référence. Autrement, il faut considérer que cette forme révèle une conception de la protection – que l'on continuera de concevoir comme absolue – différente de la substance elle-même. Volontairement ou non, la jurisprudence concernée ne renvoie à aucun processus d'identification de la substance propre. Par conséquent, les deux versions exposées témoignent d'une mise en œuvre incorrecte de la conception absolue, à des degrés distincts (de la simple absence de rappel de la substance prédéterminée, au défaut total d'identification).

183. Tandis que ce premier type général et élémentaire atteste manifestement d'une défaillance dans l'approche de la Cour de Strasbourg quant au précepte d'identification de la

³⁹⁵ On peut citer, par exemple, Cour EDH, 23 octobre 1997, *National & Provincial building society, the Leeds Permanent Building Society et the Yorkshire building society c/ Royaume-Uni*, req. n° 21319/93 ; 21449/93 ; 21675/93, Recueil 1997-VII, §§ 105 et s. ; Cour EDH, 11 janvier 2005, *Musumeci c/ Italie*, req. n° 33695/96, §§ 49 et s.

³⁹⁶ Voir, parmi nombreux autres, Cour EDH, Gde ch., 28 octobre 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, req. n° 23452/94, Recueil 1998-VIII, §§ 147 et s. ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 12, pp. 136-148 ; Cour EDH, 15 juillet 2003, *Ernst et autres c/ Belgique*, req. n° 33400/96, §§ 48 et s. ; Cour EDH, 9 novembre 2004, *Saez Maeso c/ Espagne*, req. n° 77837/01, §§ 24 et s. ; Cour EDH, 6 décembre 2005, *Ielo c/ Italie*, req. n° 23053/02, §§ 46 et s. ; Cour EDH, 26 janvier 2006, *Lungoci c/ Roumanie*, req. n° 62710/00, §§ 36 et s.

³⁹⁷ Voir, pour illustrations, Cour EDH, Gde ch., 6 avril 2000, *Labita c/ Italie*, req. n° 26772/95, Recueil des arrêts et décisions 2000-IV, §§ 201 et s. ; comm. M.-A. BEERNAERT, *RTDH*, 2001, n° 45, pp. 124-136 ; Cour EDH, 1^{er} juillet 2004, *Vito Sante Santoro c/ Italie*, req. n° 36681/97, Recueil des arrêts et décisions 2004-VI, §§ 54 et s. ; Cour EDH, 6 novembre 2012, *Ekoglasnost c/ Bulgarie*, req. n° 30386/05, §§ 59 et s.

³⁹⁸ Voir, à titre d'exemples, Cour EDH, 7 février 2008, *Kovatch c/ Ukraine*, req. n° 39424/02, Recueil des arrêts et décisions 2008, §§ 50 et s. ; et, bien que plus vague et incertain, Cour EDH, 11 juin 2009, *Petkov et autres c/ Bulgarie*, req. n° 77568/01 ; 178/02 ; 505/02, §§ 59 et s.

substance d'un droit, certaines configurations de non-identification stricte exhibent une forme plus ambivalente quant à la conception absolue.

B) Des cas ambivalents

184. UNE CONFIGURATION TROUBLANTE SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 6 CEDH. Se rapprochant le plus de la conception absolue, les cas, propres à l'article 6, relevant de la présente configuration de non-identification stricte sont particulièrement dérangeants pour notre présumé de recherche : non seulement l'interdiction d'atteinte à la substance du droit absolument conçue y est rappelée sur le terrain des principes généraux, mais une référence est également faite à celle-ci dans le cadre de leur application, en conclusion de l'analyse³⁹⁹. Si cette configuration devrait logiquement fournir le meilleur exemple de mise en œuvre de la conception absolue, l'identification en propre de la substance reste introuvable. Cela étant dit, remarquons que ces cas ambivalents se divisent, sur le plan de l'application, suivant que le contrôle effectué par le juge apparaît neutre, ou bien marqué d'une logique propre à la clause d'ordre public (le plus fréquemment). Dans la première sous-hypothèse, on peut envisager que la défaillance vis-à-vis de la conception absolue ne concerne que la substance même (à moins que la Cour ne se rattache, silencieusement, à une substance préalablement déterminée). Distinctement, l'autre sous-hypothèse pâtit tant d'une absence de conformité s'agissant de la substance, que d'une équivocité sur le plan du contrôle de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, invisible, contrairement à ce que suggère le juge. Il en découle des doutes quant à la conception réelle du juge, susceptibles d'expliquer l'absence d'identification de la substance spécifique.

185. UNE CONFIGURATION POTENTIELLE D'IDENTIFICATION SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 3 DU PROTOCOLE N°1 CEDH. Un dernier type de configuration, lui aussi considéré comme équivoque, comprend des cas similaires à ceux de type général et élémentaire dans le domaine de l'article 3 du Protocole, hormis la présence d'un rappel à la libre expression de l'opinion du peuple, sur le terrain des principes jurisprudentiels. Or, en raison de cette mention, la même observation – en application – d'un contrôle immédiat des éléments de la clause

³⁹⁹ Voir, par exemple, Cour EDH, 19 février 1998, *Edificaciones March Gallego S.A. c/ Espagne*, req. n° 28028/95, Recueil 1998-I, §§ 34 et s. ; Cour EDH, Gde ch., 18 février 1999, *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, req. n° 26083/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-I, §§ 59 et s. ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2000, n° 1, pp. 102-104 ; comm. H. TIGROUDJA, *RTDH*, 2000, n° 41, pp. 77-106 ; Cour EDH, 4 octobre 2007, *Forum maritime S.A. c/ Roumanie*, req. n° 63610/00 ; 38692/05, §§ 88 et s. ; Cour EDH, 4 février 2014, *Mottola et autres c/ Italie*, req. n° 29932/07, §§ 27 et s. ; Cour EDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c/ Suisse*, req. n° 52067/10 ; 41072/11, §§ 71 et s. ; Cour EDH, Gde ch., 23 juin 2016, *Baka c/ Hongrie*, req. n° 20261/12, Recueil des arrêts et décisions 2016, §§ 120 et s.

d'ordre public, sans référence finale à l'atteinte ou non à la substance ni à la liberté d'expression de l'opinion du peuple, se doit d'être interprété différemment⁴⁰⁰. Effectivement, il serait ici possible de maintenir la conjecture selon laquelle la substance du droit à des élections libres est identifiée par le juge européen, et de supposer un contrôle implicite (négatif) de celle-ci. Aller plus loin dans l'analyse renverrait non plus à la substance elle-même, mais à sa protection⁴⁰¹.

186. BILAN DE L'ANALYSE. De cet aperçu des cas de non-identification stricte, plusieurs remarques émergent. Tout d'abord, s'il y bien ici la confirmation de limites pratiques à la substance absolue – laquelle souffre d'une mise en œuvre insatisfaisante, voire se trouve concurrencée, on ne saurait conclure à l'exclusion générale et définitive de l'hypothèse d'identification de la substance propre à un droit, pas plus que cela n'a été possible antérieurement. A défaut, il apparaît une fois de plus que la Cour européenne, même dans des domaines où elle a semblé mettre en lumière une substance spécifique, ne manifeste pas de constante, permettant à des cas – à tout le moins potentiels – d'identification, et de non-identification de se côtoyer dans la jurisprudence relative aux droits prévus par l'article 6, paragraphe 1 notamment, et 3 du Protocole n° 1. Aussi, on ne peut qu'observer la fragilité d'une détermination supposée pérenne de la substance d'un droit – *a fortiori*, lorsqu'elle est dite ponctuelle, et par résurgence, en déduire le défaut d'une véritable construction jurisprudentielle globale en la matière, ajoutant aux constats opérés en *première Section*. L'identification de la substance, selon la conception absolue, ne participe ainsi pas d'une démarche prétorienne familière, et directement intégrée. Les deux problèmes majeurs résident, d'une part, dans le manque de cohérence et de stabilité de la jurisprudence concernée ; et d'autre part, dans la liaison entre l'impalpabilité de la substance dont la protection absolue est pourtant reconnue, et la présence et intrication incontestable de la logique propre à la clause d'ordre public, dans le contrôle pratique. Ceci conduisant inévitablement à nourrir la critique de vacuité de la substance du droit, qui ne détiendrait qu'un aspect symbolique.

⁴⁰⁰ Voir, à titre d'exemples, Cour EDH, *Podkolzina c/ Lettonie* précité (note n° 342), §§ 33 et s. ; Cour EDH, 11 janvier 2005, *Py c/ France*, req. n° 66289/01, Recueil des arrêts et décisions 2005-I, §§ 47 et s. ; comm. A. ROBLOT-TROIZIER et J.-G. SORBARA, *RFDA*, 2006, n° 1, pp. 139-154 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2005, I, 159, p. 1456 ; Cour EDH, *Parti conservateur russe des entrepreneurs c/ Russie* précité (note n° 343), §§ 48 et s. ; Cour EDH, *Yumak et Sadak c/ Turquie* précité (note n° 344), §§ 60 et s. ; Cour EDH, 19 juillet 2007, *Krasnov et Skouratov c/ Russie*, req. n° 17864/04 ; 21396/04, §§ 40 et s.

⁴⁰¹ Notons, tout de même, que l'hypothèse de l'identification d'une substance est plus difficile à soutenir lorsque nous sommes confrontés à une structuration de raisonnement explicitée par le juge européen, intitulant directement les étapes de son contrôle sur le terrain de l'application (et commençant, généralement, par l'étude du but légitime). Voir, pour illustration, Cour EDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c/ Hongrie*, req. n° 38832/06, §§ 36 et s. ; Cour EDH, 18 janvier 2011, *Scoppola c/ Italie (n° 3)*, req. n° 126/05, §§ 40 et s. ; chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *AJDA*, 2011, n° 35, pp. 1999-2000.

D'autant que cette analyse finale semble corroborée par une autre manifestation de l'absence d'identification, s'accompagnant de l'idée d'atteinte allant jusqu'au contenu minimal d'un droit.

§ II. Des cas de non-identification « combinée », résolument déviants

187. UN PARALLELE AVEC LA SUBSTANCE PROPRE A UN DROIT ? La deuxième forme principale d'arrêts ne présentant pas d'identification spécifique de la substance se caractérise par une structure dite « combinée ». Plus précisément, il s'agit de mettre en évidence des cas de non-identification qui, au surplus, évoquent un certain contenu minimal des droits en cause. Or, cette suggestion ne peut-elle, dans une moindre mesure, être rapprochée de la détermination spécifique de la substance d'un droit ? Constitue-t-elle un pas dans ce sens ? Ne nous illusionnons pas. Au contraire de la substance absolue, le renvoi audit contenu minimal procède d'une vision quantitative, toute relative de la substance.

188. ÉLÉMENTS DE METHODOLOGIE. Remarquons, par ailleurs, qu'une telle idée n'apparaît qu'indirectement dans la jurisprudence européenne, à travers l'atteinte portée au droit. Aussi, elle résulte soit de cas explicites – d'atteinte au contenu minimal d'un droit, soit de cas indirects ou d'inversion – d'atteinte radicale au contenu du droit⁴⁰². Le lien qui s'exerce ici entre le terme de substance et l'atteinte reconnue, à la source de ce second cas de figure, ne peut que confirmer son extranéité quant à la conception absolue de la substance du droit. Rappelons néanmoins que les droits dont le contrôle est régi par les éléments de la clause d'ordre public se voient par principe exclus du présent examen⁴⁰³. Généralement, les résultats

⁴⁰² Le thème avait déjà été abordé à l'occasion du *Chapitre 2* du *Titre 1*, sous l'angle de la recherche des critères de l'atteinte à la substance du droit (voir *supra*, n° 130). Rappelons, d'ailleurs, l'analyse jurisprudentielle de S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, notamment pp. 448-449, quant à l'article 6 ; pp. 459-460, quant à l'article 3 du Protocole n° 1 ; et p. 465, distinctement quant à l'article 12. (On peut alors remarquer le lien établi par l'auteur avec le couple « jouissance/exercice » (voir *ibid.*, p. 448)).

⁴⁰³ Il en résulte certaines expressions s'apparentant très largement à la configuration ici recherchée, et donc instructives pour notre étude (voir, – sur le terrain de l'article 8, l'opinion dissidente du juge ROZAKIS, rallié par la juge TULKENS, sous Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2003, *Sahin c/ Allemagne*, req. n° 30943/96, Recueil des arrêts et décisions 2003-VIII, § 2 (note N. DEFFAINS, *Europe*, 2003, n° 12, p. 29), relatif au refus des tribunaux internes d'accorder au requérant un droit de visite à l'égard de sa fille (auquel la mère s'opposait formellement), refus que les juges ont considéré comme « une mesure radicale qui n'a pas seulement entravé temporairement le droit au respect de la vie familiale du père et celui de l'enfant (avec son père) mais l'a en réalité totalement anéanti », « emportant des effets permanents sur la substance même du droit des intéressés » (nous soulignons) ; subsidiairement, l'opinion dissidente commune aux juges TRAJA et MIJOVIC sous Cour EDH, ch., 7 mars 2006, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, § 2 (l'arrêt de Grande chambre, 10 avril 2007, Recueil des arrêts et décisions 2007-I ; note D. ROMAN, *RDSS*, 2007, n° 5, pp. 810-822), relatif à la conservation et utilisation par la requérante des embryons obtenus *in vitro* à partir du sperme de son ex-conjoint, dans laquelle les juges signalaient qu'« en l'espèce, interdire l'implantation des embryons ne constitue pas une simple restriction au droit de la requérante à avoir un enfant de son sang mais revient à le supprimer totalement » (nous soulignons), portant ainsi atteinte à la substance du droit, alors que la requérante n'avait plus d'autres moyens de procréer ; –

de ce dernier sont extrêmement fournis, commandant de n'exposer que des exemples les plus significatifs. Exception faite de la non-identification stricte, il s'agit certainement de la forme favorite du juge européen, et ceci est d'autant plus vrai concernant les cas « majoritaires » sur le terrain de l'article 6 (A). Il convient également d'étudier les cas « doubles » sur le terrain de l'article 3 du Protocole n° 1 (B), eu égard à la relecture de la jurisprudence proposée, et enfin, les cas « originels » sur le terrain de l'article 12 (C), la jurisprudence en la matière témoignant durablement du recours à cette forme.

A) Des cas majoritaires sur le terrain du droit à un procès équitable (article 6 CEDH)

189. UN CHAMP VASTE D'EXEMPLES. Classiquement, la plupart des manifestations de la configuration ici observée se situe en matière de droit à un tribunal, prévu par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention. Remarquons, cependant, malgré le caractère plus tacite et douteux des cas qui les concernent, que d'autres garanties attachées au droit à un procès équitable peuvent être examinées à l'aune d'une telle forme, comme le droit à ne pas s'auto-incriminer pré-évoqué⁴⁰⁴, le droit à l'exécution d'une décision de justice⁴⁰⁵, ou encore les droits de la défense largement (associés également au paragraphe 3, *littera c*), de l'article 6)⁴⁰⁶.

sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1, Cour EDH, Gde ch., 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*, req. n° 25781/94, Recueil des arrêts et décisions 2001-IV, § 278 (chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2002, n° 1, pp. 289-292), relatif à l'absence d'un enseignement secondaire en langue grecque, la Cour européenne constatant que « *le fait que les autorités de la « RTCN », après avoir organisé un enseignement primaire en langue grecque, n'aient pas fait de même pour le secondaire ne peut que passer pour un déni de la substance du droit en cause* » (nous soulignons). Signalons que ces différentes manifestations assimilables à la configuration de non-identification combinée s'intègrent pleinement au contrôle de proportionnalité effectué (explicitement ou implicitement) sur ces terrains.

⁴⁰⁴ Engendrant une véritable relecture de la jurisprudence, dont le critère du « degré de coercition » témoignerait ainsi de l'idée de radicalité de l'atteinte au droit en cause et d'un rapport incident et quantitatif à la « substance » du droit évoquée (voir Cour EDH, *Heaney et McGuinness c/ Irlande* précité (note n° 243) ; et pour d'autres expressions, plus ou moins implicites, Cour EDH, Gde ch., *John Murray c/ Royaume-Uni* précité (note n° 366), § 49 ; Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, req. n° 54810/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-IX, § 101 ; note P. LAMBERT, *JDE*, 2007, n° 136, pp. 43-47).

⁴⁰⁵ Voir Cour EDH, 7 mai 2002, *Bourdev c/ Russie*, req. n° 59498/00, Recueil des arrêts et décisions 2002-III, § 35 (obs. N. FRICERO, *D*, 2002, n° 33, p. 2574), relatif à la non-exécution, pour cause de ressources publiques insuffisantes, d'un jugement en réparation de dommages à la santé, après réquisition sur le site nucléaire de Tchernobyl. Face au principe selon lequel un retard dans l'exécution d'un jugement « *ne peut avoir pour conséquence une atteinte à la substance même du droit protégé par l'article 6 § 1* », la Cour européenne a constaté en l'espèce que « *le requérant n'aurait pas dû se trouver dans l'impossibilité de bénéficier de l'issue heureuse de la procédure (...)* en raison des difficultés financières que connaîtrait l'Etat » (nous soulignons). A rapprocher de Cour EDH, Gde ch., 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c/ Italie*, req. n° 22774/93, Recueil des arrêts et décisions 1999-V, § 74, cité.

⁴⁰⁶ Voir, Cour EDH, 20 avril 2004, *Mamac et autres c/ Turquie*, req. n° 29486/95 ; 29487/95, § 48, concernant l'arrestation et la garde à vue des requérants dans le cadre d'une opération menée contre l'organisation illégale du DHKP/C, et plus particulièrement s'agissant de l'assistance d'un avocat durant la garde à vue. Or, selon le juge européen « *la notion d'équité, consacrée par l'article 6, n'a pas été atteinte dans sa substance* » en l'espèce, relevant ainsi « *que les droits de la défense n'ont pas subi une atteinte irréparable incompatible avec les droits*

190. LES ILLUSTRATIONS DE NON-IDENTIFICATION COMBINÉE CONCERNANT LE DROIT A UN TRIBUNAL. Eu égard à la densité de ce matériau, concentrons l'analyse sur le domaine du droit à un tribunal. Ceci nous amène, une fois de plus, à lire sous un prisme différent la jurisprudence de la Cour. Se distinguent, tout particulièrement, des illustrations propres à la représentation et capacité d'ester en justice (1), aux voies de recours et règles procédurales (2), et enfin, aux règles et coutumes relatives à la pratique judiciaire (3), suivant, pour chaque domaine contentieux, la logique chronologique.

1) Les illustrations propres à la représentation et capacité d'ester en justice

191. UNE ILLUSTRATION RELATIVE A LA REPRESENTATION. S'agissant du couple contentieux relatif à la représentation et capacité d'ester en justice, on peut tout d'abord ré-évoquer l'affaire *Lithgow*⁴⁰⁷, concernant le montant d'indemnisations perçues au titre de la nationalisation de certains biens des requérants, sur le fondement de la loi de 1977. Remarquons que cette loi prévoyait l'intervention d'un représentant des actionnaires, par entreprise nationalisée, afin de défendre les intérêts du groupe en cause dans les négociations et accords relatifs aux indemnisations, et seul juridiquement chargé des recours postérieurs éventuels. Quoi qu'on puisse éventuellement entrevoir entre les lignes de l'arrêt une illustration de la configuration étudiée, dans le poids conféré par le juge européen au fait que « *les intérêts de chacun [des actionnaires] se trouvaient ainsi défendus, quoique indirectement* »⁴⁰⁸ par la représentation légale en l'espèce, c'est l'opinion dissidente commune aux juges RUSSO et SPIELMANN⁴⁰⁹ qui en fournit un exemple plus explicite. La « *suppression* » du droit – opposée à la « *simple restriction* » – y est ainsi directement associée à l'atteinte à la substance même. Il résulte, par inversion, que cette atteinte radicale au droit n'en respecte pas même un contenu minimal, indispensable à sa « *réalité* » dans le chef des titulaires du système conventionnel.

192. LES ILLUSTRATIONS RELATIVES A LA CAPACITE D'ESTER EN JUSTICE. Il apparaît, en général, que les affaires grecques relatives à la capacité d'ester en justice ont été spécialement

que l'article 6 reconnaît à un accusé » (nous soulignons) ; également, Cour EDH, 10 avril 2007, *Öner Kaya c/ Turquie*, req. n° 9007/03, § 22.

⁴⁰⁷ Cour EDH, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 241).

⁴⁰⁸ Cour EDH, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni* précité, §§ 196.

⁴⁰⁹ Cour EDH, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni* précité. Notons, pour confirmer le caractère relatif de l'idée de contenu minimal associée à la substance du droit, que les juges considèrent également l'importance du poids de l'actionnaire Mr. Lithgow, majoritaire, dans leur appréciation de la suppression du droit.

propices à l'expression de la non-identification combinée visée⁴¹⁰. En témoigne notamment l'arrêt *Les saints monastères c/ Grèce*⁴¹¹, du 9 décembre 1994, relatif aux questions d'administration, de gestion et de représentation du patrimoine des saints monastères grecs, et mettant tout particulièrement en cause les lois de 1987 réglementant les questions du patrimoine ecclésiastique et 1988 ratifiant la Convention de cession à l'Etat d'une partie du patrimoine foncier desdits monastères. Il était notamment prévu pour les monastères n'ayant pas signé cette dernière Convention que le droit d'action en justice relativement à leur patrimoine conservé soit délégué à l'Eglise de Grèce (alors qu'ils conservaient une telle capacité d'action sous la gestion précédente de l'Office d'administration des biens de l'Eglise (l'O.D.E.P.), soumise à la tutelle de l'Etat). En guise de solution de l'arrêt, la Cour européenne a affirmé qu'« *en les [les saints monastères requérants] privant désormais de toute possibilité de saisir les juridictions compétentes de tout grief relatif à leurs droits de propriété qu'ils pourraient formuler à l'encontre de l'Etat grec, de tiers, ou de l'Eglise de Grèce elle-même, ou encore d'intervenir dans une telle procédure, l'article 1 par. 1 porte atteinte à la substance même de leur "droit à un tribunal"* » (nous soulignons).

En insistant sur la complète absence de capacité à agir des requérants, le juge européen renvoie explicitement ici à une atteinte au contenu minimum du droit. Aussi, ce dernier exemple grec est notamment révélateur d'une conception de la substance du droit ignorant l'identification en propre, et renvoyant au contraire à l'idée d'atteinte si grande qu'elle affecte tout contenu du droit en cause, même minimal.

193. Observons à présent les illustrations propres aux voies de recours et règles procédurales.

⁴¹⁰ De façon plus implicite, on peut en voir un exemple dans l'arrêt *Philis c/ Grèce* précité (note n° 377), § 65, étudié quant à l'identification ponctuelle, et qui, à la différence de l'arrêt *Lithgow*, concernait la subrogation d'office légalement prévue du droit de recouvrer en justice les honoraires des ingénieurs, tel le requérant, par la Chambre technique de Grèce (T.E.E.). Il semble possible d'interpréter la formule conclusive de cet arrêt selon laquelle « *le requérant, faute d'avoir pu agir* » a subi une atteinte à la substance de son droit, comme marquant une atteinte radicale au droit en cause, affectant jusqu'à son contenu minimal.

⁴¹¹ Cour EDH, *Les saints monastères c/ Grèce* précité (note n° 325), § 83. Voir, également, Cour EDH, *Eglise catholique de la Canée c/ Grèce* précité (note n° 318), § 41. Signalons que cette jurisprudence semble s'être vu réinvestie dans Cour EDH, 15 janvier 2009, *Ligue du monde islamique et organisation islamique mondiale du secours islamique c/ France*, req. n° 36497/05 ; 37172/05, § 58 ; et Cour EDH, 5 juin 2012, *Düzova c/ Turquie*, req. n° 40310/06, §§ 102-103.

2) Les illustrations propres aux voies de recours et règles procédurales

194. Très dense et global, ce second domaine d'illustration rattaché au droit à un tribunal peut être subdivisé en différentes branches⁴¹².

195. DES ILLUSTRATIONS RELATIVES A LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX INTERNES. Le contentieux de la compétence des tribunaux internes, notamment dans le cas d'immunités de juridiction, offre des illustrations plus explicites de ladite non-identification combinée. Si deux d'entre elles méritent tout particulièrement d'être exposées⁴¹³, il semble au préalable pertinent de ré-évoquer ici l'arrêt de principe *Ashingdane*.

– L'EXEMPLE IMPLICITE DE L'ARRET DE PRINCIPE *ASHINGDANE*. Sans que la configuration de la non-identification combinée n'y apparaisse explicitement, l'arrêt fondateur⁴¹⁴ peut être analysé comme illustrant globalement une telle logique. A commencer par la terminologie même du principe selon lequel « *les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* » (nous soulignons). Ainsi, il semble que l'on puisse également voir dans cet énoncé la référence à une substance comprise comme un indicateur quantitatif de l'atteinte au contenu du droit. Ce vocable ne renvoie alors plus à un élément en propre, mais au résidu ultime de droit atteint – ou risquant de l'être – par une restriction radicale. Par renversement, il se dégage l'idée de préserver une part irréductible – minimale – du contenu du droit en cause. Une autre illustration, très implicite, de cette acception peut être perçue dans la conclusion du contrôle relatif au droit à un tribunal. La Cour y a ainsi établi qu'« *eu égard à*

⁴¹² Deux séries de remarques complémentaires doivent être apportées. Indiquons, tout d'abord, l'appropriation par les requérants de ladite forme de non-identification combinée (voir, par exemple, Com. EDH, Plén., (déc. recev. partielle), 6 septembre 1993, *S.A. Pressos Compania Naviera c/ Belgique*, req. n° 17849/91, § 2 ; Com. EDH, Plén., (rapport), 6 mars 1997, *Omar c/ France*, req. n° 24767/94, § 34 ; Cour EDH, (déc. recev.), 2 mars 1999, *Khalifaoui c/ France*, req. n° 34791/97).

Il faut, ensuite, signaler l'exclusion de cette analyse de deux terrains particuliers, dont le lien avec la forme de non-identification recherchée n'est que trop implicite : ils renvoient aux notions « d'interprétation particulièrement rigoureuse » (voir, par exemple, Cour EDH, 12 novembre 2002, *Běleš et autres c/ République Tchèque*, req. n° 47273/99, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, § 51 ; l'opinion dissidente du juge PELLONPÄÄ sous Cour EDH, 25 janvier 2000, *Miragall Escolano et autres c/ Espagne*, req. n° 38366/97 ; 38688/97 ; 40777/98 ; 40843/98 ; 41015/98 ; 41400/98 ; 41446/98 ; 41484/98 ; 41487/98 ; 41509/98, Recueil des arrêts et décisions 2000-I ; Cour EDH, 22 juillet 2008, *Barrenechea Atucha c/ Espagne*, req. n° 34506/02, § 36) et de « déni de justice » (voir, à titre d'exemples, Cour EDH, *Beneficio Cappella Paolini c/ Saint-Marin* précité (note n° 329), § 29 ; Cour EDH, 4 novembre 2008, *Deak c/ Roumanie*, req. n° 42790/02, § 31 ; Cour EDH, 31 juillet 2012, *Shapovalov c/ Ukraine*, req. n° 45835/05, § 57), dans le cadre des règles procédurales internes d'examen d'une requête.

⁴¹³ Mentionnons, tout de même, principalement l'arrêt *Crisan c/ Roumanie* précité (note n° 361), § 29, qui concerne l'incompétence des juridictions internes subséquente à la fermeture, en cours de procédure, d'une voie de recours, et s'inscrit dans la lignée de l'opinion dissidente du juge LOUCAIDES sous Cour EDH, Gde ch., *McElhinney c/ Irlande* précité (note n° 326). Voir, subsidiairement, l'arrêt *Koskina et autres c/ Grèce* (21 février 2008, req. n° 2602/06, § 31), offrant un exemple plus implicite de la configuration étudiée, s'agissant de la compétence limitée à quatre moyens de cassation de la juridiction judiciaire suprême nationale.

⁴¹⁴ Cour EDH, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* précité (note n° 221), §§ 57 et 59.

l'ensemble de ces circonstances, la restriction imposée en l'espèce sur la base de l'article 141 de la loi de 1959 n'a pas porté atteinte à la substance même du "droit" de M. Ashingdane "à un tribunal", ni méconnu le principe de proportionnalité, en limitant la responsabilité éventuelle des autorités compétentes, sur le terrain de l'article 3 de la loi de 1977, aux actes accomplis avec négligence ou de mauvaise foi. » (Nous soulignons). Elle laisse en effet supposer, éclairée de la totalité du raisonnement prétorien, que la mesure litigieuse d'espèce⁴¹⁵ n'est pas si radicale qu'elle supprime toute possibilité de mettre en jeu la responsabilité des autorités compétentes, mais ne constitue au contraire qu'une restriction limitée du droit à un tribunal⁴¹⁶.

– LES EXEMPLES EXPLICITES SOUS LES ARRETS *MC ELHINNEY* et *PRINCE HANS-ADAM II*. Ils sont issus des opinions séparées des juges LOUCAIDES, sous l'arrêt *McElhinney*⁴¹⁷, et COSTA, sous l'arrêt *Prince Hans-Adam II*⁴¹⁸, deux affaires de Grande chambre précédemment citées. Dans la première, qui concernait le passage brutal d'un poste de frontière britannique par un policier irlandais, heurtant un soldat britannique, et la poursuite, intervention armée et arrestation qui s'en suivirent, le requérant avait intenté une action notamment contre le Secrétaire d'Etat britannique à l'Irlande du Nord, lequel excipait d'une immunité souveraine en retour. Alors que la Cour a retenu la non-violation de l'article 6, paragraphe 1, le juge LOUCAIDES, discernant ce qui porte ou non atteinte à la substance du droit, a précisé qu'à la différence de « *conditions procédurales comme les délais, l'autorisation d'appel, etc.* », le fait d'« *empêcher totalement quelqu'un de voir un tribunal décider de sa cause sans que l'intéressé ait commis quelque faute que ce soit et indépendamment de la nature de l'affaire se heurte à mon sens à l'article 6 § 1 de la Convention* » (nous soulignons). Il se dégage aisément de cet énoncé la distinction, à l'esprit du juge, entre une atteinte qui n'affecte pas jusqu'au contenu minimal du droit, et une autre si radicale qu'elle l'affecte.

L'opinion concordante du juge COSTA rend également compte de cette conception, quoi que présentée légèrement différemment. Il était, dans l'espèce visée, question des demandes successives de ré-accession, suite à la confiscation tchèque, d'un tableau ayant appartenu à la famille du requérant, et prêté ensuite à la ville de Cologne, auxquelles les juridictions

⁴¹⁵ L'article 141 de la loi de 1959 (relative à l'internement de personnes souffrant de troubles mentaux) conditionnait strictement la réalisation de toute action civile, à l'encontre des autorités compétentes en la matière, au titre des obligations résultant de cette même loi (ou de la loi de 1977, relative au Service national de santé).

⁴¹⁶ Voir en complément l'énoncé préalable suivant, au même paragraphe 59 de l'arrêt : « *quoique dès lors applicable, l'article 141 n'empêchait qu'en partie d'assigner en justice les autorités compétentes, du chef de pareil refus, pour manquement allégué aux exigences de l'article 3 de la loi de 1977* ».

⁴¹⁷ Cour EDH, Gde ch., *McElhinney c/ Irlande* précité (note n° 326).

⁴¹⁸ Cour EDH, Gde ch., *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne* précité (note n° 320).

allemandes avaient opposé une irrecevabilité conventionnelle (sur le fondement de la Convention sur le règlement suivant la Deuxième guerre mondiale et l'Occupation). Or, il découlait selon le juge COSTA de cette continuelle irrecevabilité à l'égard de la demande du requérant le constat d'absence d'accès, de fait, de celui-ci aux juridictions allemandes, qui n'ont jamais pu examiner la contestation sur ses droits ; de sorte qu'« *en réalité, Hans-Adam II a vu son accès au juge tellement restreint que cet accès s'en est bien trouvé atteint* » dans sa substance même » (nous soulignons). Aussi, c'est bien la quantité de droit atteint qui est pointée ici, la référence à la substance symbolisant cette part minimale à préserver pour que le droit « subsiste » au profit du requérant.

196. UNE ILLUSTRATION RELATIVE A LA PLURALITE DE VOIES DE RECOURS. Un dernier exemple peut être identifié dans la décision d'irrecevabilité *Zerella c/ Italie*⁴¹⁹, du 22 avril 2008. Cette affaire s'inscrivant dans le contexte de l'existence d'une pluralité de voies de recours ouvertes, concernait un litige de voisinage porté jusqu'en cassation sans que la requérante n'y assiste, débouchant sur l'acquiescement au pénal de la partie opposée. Pour rejeter le grief de la requérante, le juge européen a souligné qu'au-delà des circonstances – plus ou moins contestables – de la notification du recours adverse en cassation, « *compte tenu du fait que la requérante disposait d'une autre voie raisonnable pour protéger efficacement ses droits civils garantis par la Convention (...) toute limitation éventuelle au droit de la requérante d'avoir accès à un tribunal n'a pas restreint sa faculté de s'adresser à la justice d'une manière ou à un point tels que le droit s'en est trouvé atteint dans sa substance même* » (nous soulignons). En effet, comme le précisait la Cour, la requérante disposait également de la possibilité de constituer un recours civil en dommages et intérêts.

197. Evoquons, enfin, une illustration propre aux règles et coutumes de la pratique judiciaire.

3) Une illustration propre aux règles et coutumes relatives à la pratique judiciaire

198. L'EXEMPLE EMERGEANT DE LA DECISION *BOERS*. Pour clore cet examen au titre du droit à un tribunal, mentionnons la décision – elle aussi d'irrecevabilité – *Boers c/ Belgique*⁴²⁰, rendue par la Commission européenne le 6 avril 1992. Le requérant, avocat néerlandais de formation, impliqué dans une procédure pénale en Belgique, souhaitait assigner son ancien conseiller en réparation des dommages et pertes subis suite à l'insuccès du pourvoi en cassation soumis à son conseil et aux mesures disciplinaires subséquentes

⁴¹⁹ Cour EDH, (déc. irrecev.), 22 avril 2008, *Zerella c/ Italie*, req. n° 43347/04.

⁴²⁰ Com. EDH, (déc. irrecev.), 6 avril 1992, *Boers c/ Belgique*, req. n° 15158/89.

intentées contre lui aux Pays-Bas. Toutefois, selon les règles et usage des barreaux belges, une telle assignation était conditionnée par l'aval du bâtonnier – en l'espèce, d'Anvers, ce qui fut refusé au nouveau conseil du requérant. Cependant, la Commission ne saurait considérer une telle règle comme affectant la substance du droit à un tribunal. Au contraire, elle a distingué une « *certaine forme de réglementation du droit d'accès à un tribunal* » de toute réglementation qui interdirait au requérant l'accès à un tribunal ou encore reviendrait à en nier la substance. Puisqu'en l'occurrence, le requérant avait d'autres possibilités de former son recours et était donc en mesure de dépasser aisément la décision négative du bâtonnier (comme en faisant appel à un avocat n'appartenant pas au barreau de son premier conseil, ou encore en introduisant lui-même le recours en vertu de l'article 728 du Code judiciaire), le contenu minimal n'était pas atteint.

199. BILAN DE L'ANALYSE. Il résulte de l'ensemble de ces illustrations que l'analyse de la non-identification combinée à la référence à un contenu minimal, sous l'angle du droit à un tribunal, conduit à en confirmer l'usage tant manifeste qu'étendu, par le juge européen. Si cette jurisprudence prolifique relève d'un incontestable intérêt, il n'en est pas moins du ré-examen des cas présentés sous l'angle de l'identification durable de la substance du droit à des élections libres.

B) Des cas « doubles » sur le terrain du droit à des élections libres (article 3 Protocole n° 1 CEDH)

200. Prolongeons la perspective introduite dans cette seconde *Section* en nous concentrant sur les manifestations de ladite non-identification combinée relatives au droit à des élections libres ; or, celles-ci semblent en réalité observables dans des arrêts déjà analysés. S'il est pleinement envisageable que l'interprétation offerte en *première Section*, conforme à la conception absolue, se voit invalidée par ce nouveau déchiffrement, serait-il également possible de considérer les deux analyses – initiale et actuelle – comme complémentaires ? Dans le but de le déterminer en pratique, il convient d'opérer, tout d'abord, la relecture de la jurisprudence fondatrice (1) en matière d'identification de la substance en cause, conduisant, par résurgence, à relire les affaires confirmatrices (2) d'une telle identification.

1) Une relecture de la jurisprudence fondatrice

201. LE PLAUSIBLE EXEMPLE DE L'ARRÊT DE PRINCIPE *MATHIEU-MOHIN ET CLERFAYT*. Comme pour le précédent domaine contentieux, la lecture sous un angle différent de la jurisprudence fondatrice fournit des indications fort instructives. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme avait, à l'occasion de l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁴²¹, énoncé qu'il lui fallait notamment « *s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même* » (nous soulignons). Or, à la lumière de la logique inhérente à ladite non-identification combinée, il est possible d'envisager qu'une telle conception fût à l'esprit du juge européen lors de la première invocation de la notion sur ce terrain⁴²², le vocable substance du droit devant être appréhendé de façon incidente et quantitative (et non comme une substance pour elle-même et en elle-même).

202. Cela étant, c'est à l'égard des jurisprudences considérées comme plus explicites que l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt* s'agissant de l'identification de la substance du droit en cause que la mise en perspective de la configuration étudiée s'avère tout particulièrement significative.

2) Une relecture de la jurisprudence confirmatrice

203. LES EXEMPLES REVELATEURS DES ARRÊTS *MATTHEWS* ET *AZIZ*. Il convient de s'arrêter maintenant sur des arrêts spécialement qualifiés d'illustrations relativement expresses de l'identification de la substance propre au droit à des élections libres et, de ce fait, placés au cœur de la démonstration initiale. Il s'agit des affaires *Matthews* et *Azziz*⁴²³. Or, dans l'une et l'autre, le juge européen a recouru à une formule faisant également écho à la logique de la non-identification combinée sus-définie. Ainsi, la Cour a jugé que le requérant en cause s'était vu « *privé[e] de toute possibilité d'exprimer son opinion sur le choix des membres* »

⁴²¹ Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* précité (note n° 48), § 52.

⁴²² Voir, pour manifestation plus récente sur le terrain de l'application des principes, la décision *Benkaddour c/ France* précitée (note n° 240), quant à l'impossibilité pour le requérant de voter en France du fait d'une concurrence de circonscriptions de vote (à l'Étranger et en France). La Cour européenne y a souligné que « *l'obligation de respecter, dans le délai réglementaire, les formalités de radiation puis d'inscription sur une nouvelle liste, ne réduisait pas les droits du requérant au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité* » (nous soulignons). Ici, pas de référence à la libre expression de l'opinion du peuple que nous avons supposé représenter la substance du droit à des élections libres ; et un renvoi explicite au contenu minimal issu de la logique recherchée.

⁴²³ Cour EDH, Gde ch., *Matthews c/ Royaume-Uni* précité (note n° 319), § 64 ; Cour EDH, *Aziz c/ Chypre* précité (note n° 340), § 29. Voir aussi, plus implicitement, Cour EDH, 2 septembre 1998, *Ahmed et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 22954/93, Recueil 1998-VI, § 75.

du corps législatif visé (nous soulignons), ce qui avait par conséquent porté atteinte à la substance de son droit à des élections libres. Une telle radicalité dans l'atteinte à ce droit, suggérant sa mise « hors d'usage », rappelle certainement la configuration examinée. Toutefois, rien n'empêche *a priori* de considérer que les deux affaires témoignent d'une atteinte particulièrement grave à la substance spécifiquement identifiée, par la conjugaison de deux types d'interprétations exposées. Nous serions alors en présence d'exemples de la substance spécifique au droit à des élections libres, caractérisés par un certain degré de gravité d'atteinte. Néanmoins, au regard tant de l'indice émanant de l'arrêt fondateur que des différentes limites à l'hypothèse d'identification observées tout au long de ce *Chapitre*, il semble plus plausible que la jurisprudence conventionnelle dans le domaine du droit à des élections libres ne rende compte, depuis l'origine, que d'une absence d'identification, alliée à la référence à une atteinte radicale au droit, le privant d'un minimum de contenu⁴²⁴.

204. Enfin, cette interprétation est aussi celle qui ressort de l'étude de la jurisprudence relative à l'article 12.

C) Des cas « originels » sur le terrain du droit au mariage (article 12 CEDH)

205. UN TERRAIN AMBIVALENT. Le troisième terrain significativement marqué par ladite non-identification combinée est celui du droit au mariage, prévu par l'article 12 de la Convention. Remarquons qu'il a été constamment mis de côté, en particulier sur le plan de la substance⁴²⁵, du fait de la démarche ambiguë du juge de Strasbourg sur ce terrain globalement. S'inscrivant plus volontiers dans une conception relative de la notion en général, l'ambiguïté de la jurisprudence n'a pour autant pas permis d'arriver à l'y associer définitivement.

⁴²⁴ Voir ainsi S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 459-460.

⁴²⁵ Si la Cour européenne semble ne jamais avoir envisagé la substance du droit au mariage sous l'angle de l'absolu, remarquons que la recherche, purement fictive, d'une substance identifiable en propre aurait *a minima* pu nous conduire à exclure de celle-ci le mariage entre personnes du même sexe (au sens de l'arrêt *Rees c/ Royaume-Uni* précité (note n° 47) et ses suites, passant par l'arrêt de Grande chambre *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* précité (note n° 143 ; §§ 100 et 101) à partir duquel la Cour ne retient plus le sexe biologique), ainsi que le divorce (depuis Cour EDH, Plén., 18 décembre 1986, *Johnston et autres c/ Irlande*, req. n° 9697/82, A112, § 52). Il semble même que ces domaines ne soient à l'origine pas considérés par la Cour comme relevant du contenu de l'article 12, au vu de son interprétation du libellé de la disposition ; ledit contenu comprenant à l'inverse « le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent » (Cour EDH, *Rees c/ Royaume-Uni* précité, § 49) dans le but de fonder une famille, au sein d'« une société adhérant au principe de la monogamie » (Cour EDH, *Johnston et autres c/ Irlande* précité, § 52). Voir notamment quant à ce droit, M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la CEDH », *RTDH*, 2004, pp. 889-903 ; M. LEVINET, « Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp. 55-80.

206. Aussi, observons les exemples de non-identification combinée propres au droit au mariage, dans la jurisprudence de la Commission européenne principalement (1), et de la Cour accessoirement (2).

1) Les illustrations principales émanant de la jurisprudence de la Commission EDH

207. LES EXEMPLES MANIFESTES DES RAPPORTS *VAN OOSTERWIJCK*, *DRAPER*, ET DÉCISION *PITZALIS ET LO SURDO*. Trois illustrations méritent en particulier d'être évoquées : il s'agit des rapports *Van Oosterwijck c/ Belgique*⁴²⁶, du 1^{er} mars 1979, *Draper c/ Royaume-Uni*⁴²⁷, du 10 juillet 1980, et de la décision de 1991, *Pitzalis et Lo Surdo*⁴²⁸. La première affaire concernait la question du transsexualisme, et plus précisément, la demande du requérant de voir sa nouvelle identité sexuelle masculine juridiquement reconnue par l'Etat belge, suite à un traitement de conversion sexuelle. Quant au grief établi sur le terrain de l'article 12, selon lequel le requérant – du fait du refus de l'Etat belge de rectifier son acte de naissance – ne pouvait exercer son droit au mariage, la Commission européenne a commencé, comme souvent, par se montrer compréhensive à l'égard de l'Etat belge. Aussi, elle a admis « *que le transsexualisme soulève des questions relativement récentes et complexes* », d'appréciation propre à l'Etat. C'était pour mieux ajouter qu'« *en opposant par avance à toute demande de mariage une objection indirecte tirée des seules mentions de l'acte de naissance et de la théorie générale de rectification des actes d'état civil, sans plus ample examen* » (nous soulignons), le Gouvernement belge méconnaissait le droit en cause.

Dix années plus tard, le rapport *Draper* concernait lui le mariage en prison. Or, la Commission s'était déjà exprimée à ce sujet dans une décision *Hamer c/ Royaume-Uni*⁴²⁹, du 13 octobre 1977. De facture certes implicite, l'enseignement se dégageant de cette dernière peut être signalé. La Commission, rappelant et étendant ses récentes avancées jurisprudentielles relatives aux limitations aux droits à l'instruction et à un tribunal – notamment, la reconnaissance d'un principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, a considéré que malgré l'absence d'empêchement juridique au mariage, « *le grief du requérant selon lequel il s'est vu refuser la possibilité de se marier pendant qu'il purgeait sa peine pose des questions du fond sous l'angle de l'article 12 de la Convention et notamment (...) b) quant au point de savoir si le refus de lui accorder les facilités nécessaires était ou non contraire à*

⁴²⁶ Com. EDH, Plén., (rapport), 1^{er} mars 1979, *Van Oosterwijck c/ Belgique*, req. n° 7654/76, § 60.

⁴²⁷ Com. EDH, Plén., (rapport), 10 juillet 1980, *Draper c/ Royaume-Uni*, req. n° 8186/78, §§ 47-49.

⁴²⁸ Com. EDH, (déc. recev. partielle), *Pitzalis ; Lo Surdo c/ Italie* précité (note n° 240).

⁴²⁹ Com. EDH, Plén., (déc. recev.), 13 octobre 1977, *Hamer c/ Royaume-Uni*, req. n° 7114/75, D.R. 10, p. 204 (§ 58).

son droit de contracter mariage » (nous soulignons). Elle a conclu à la recevabilité de la requête. Bien que le juge soit resté manifestement évasif quant à l'examen matériel de ladite requête, la logique propre à la non-identification combinée y semble diffuse. Naturellement, cela peut s'expliquer par l'influence du contexte factuel d'espèce, ou encore de la formulation du grief dans la requête, sur l'orientation du contrôle. En tout état de cause, ce paragraphe de la décision *Hamer* interrogeait l'impossibilité pour le requérant de se marier en prison, risquant de contrarier ladite interdiction d'atteinte à la substance. La Commission paraît avoir confirmé ces suppositions lorsque, dans son rapport *Draper*, après un rappel équivalent concernant l'interprétation de l'article 12 et la validité du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit sur ce terrain, elle a exemplifié la distinction des mesures nationales jugées conventionnelles⁴³⁰, et celles qui ne le sont pas. A ce titre, on trouve d'une part, des règles (par principe, autres que celles considérées comme conventionnelles) qui enlèveraient à une personne ou catégorie de personnes « *la pleine capacité juridique* », et d'autre part, l'atteinte « *de manière substantielle* » à l'exercice du droit en cause⁴³¹. La formulation laisse assurément envisager une perspective quantitative. En outre, la Commission a clairement mentionné au sein même de son contrôle le « *déni du droit de se marier* »⁴³², concluant par un constat d'atteinte à la substance du droit au mariage.

Enfin, dans la décision *Pitzalis et Lo Surdo*, relative à la législation italienne limitant l'adoption d'un enfant à une différence de 40 ans maximum entre adoptant et adopté, la Commission, s'appuyant sur les principes jurisprudentiels en la matière, et notamment l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, a fait valoir que « *la loi italienne n'écarte pas toute possibilité d'adoption pour les personnes de plus de quarante ans* » (nous soulignons). De ce fait, elle a estimé « *qu'une telle limitation n'atteint pas dans sa substance le droit de fonder une famille au moyen de l'adoption* ».

208. De son côté, la Cour semble ne guère s'être démarquée du précédent organe.

2) Les illustrations accessoires émanant de la jurisprudence de la Cour EDH

209. UNE MISE EN ŒUVRE DISCRETE. En général, la jurisprudence provenant de la Cour européenne peut être considérée témoigner plus discrètement de la logique de ladite non-

⁴³⁰ La Commission évoquant à cet égard tant des règles formelles, que de fond répondant à des considérations classiques d'intérêt public.

⁴³¹ Com. EDH, *Draper c/ Royaume-Uni* précité (note n° 427), § 49. Notons le renvoi clair au couple « jouissance/exercice », sans qu'il ne corresponde pleinement ici à la forme pré-évoquée, la notion de « substance » étant liée à l'exercice du droit.

⁴³² Com. EDH, *Draper c/ Royaume-Uni* précité, § 61.

identification combinée. Ainsi, l'arrêt de principe *Rees*⁴³³ ne saurait constituer plus qu'une illustration implicite. La Cour y avait posé, pour la première fois sur le terrain de l'article 12, pour principe que les limitations étatiques « *ne doivent pas le [droit de se marier] restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même* » (nous soulignons). Ici, deux raisonnements sont contigus : d'une part, celui susceptible de suggérer l'existence d'une substance identifiable en propre (« *d'une manière* ») ; d'autre part, celui renvoyant à la logique ici analysée (« *ou à un degré* »). Notons que la mise en œuvre du contrôle n'apporte aucune aide, la Cour évinçant de ce droit le mariage entre personnes de même sexe biologique, par la conclusion lapidaire qu'« *on ne saurait attribuer un tel effet à l'empêchement apporté, au Royaume-Uni, au mariage de personnes n'appartenant pas à des sexes biologiques différents* ».

210. L'EXEMPLE EXPLICITE DE L'ARRET *I*. Une illustration plus claire se dégage de l'arrêt de Grande chambre *I. c/ Royaume-Uni*⁴³⁴, du 11 juillet 2002, relatif au mariage de personnes transsexuelles. Modifiant l'argumentaire établi dans l'arrêt *Rees*⁴³⁵, le juge européen s'est départi du critère biologique relativement à l'attention à l'identité sexuelle en vue du mariage. Il a alors considéré qu'il était « *artificiel d'affirmer que les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle ne sont pas privées du droit de se marier puisque, conformément à la loi, il leur demeure possible d'épouser une personne du sexe opposé à leur ancien sexe* » (nous soulignons). Pour le juge, le fait que la requérante en l'espèce « *mène une vie de femme, entretient une relation avec un homme et souhaite uniquement épouser un homme* », sans en avoir la possibilité, relevait de l'atteinte à la substance du droit au mariage.

211. BILAN DE L'ANALYSE. C'est par ce terrain manifestement abondant d'illustrations que s'achève le présent examen. On a pu constater généralement que la non-identification combinée trouve une réception forte dans la jurisprudence conventionnelle. A tel point que dans certains cas, cette configuration accompagne même des formules que l'on pouvait attribuer à une détermination spécifique de la substance d'un droit. La facilité du juge à y

⁴³³ Cour EDH, *Rees c/ Royaume-Uni* précité (note n° 47), § 50.

⁴³⁴ Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2002, *I. c/ Royaume-Uni*, req. n° 25680/94, § 81 ; et similairement, Cour EDH, Gde ch., *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* précité (note n° 143), §101. Voir, déjà en ce sens, l'instructive opinion dissidente sous Cour EDH, Gde ch., *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni* précité (note n° 300), § 8, dans laquelle le juge VAN DIJK condamnait le refus « *en des termes absolus* » du droit pour des transsexuels opérés d'épouser une personne de leur ancien sexe, revenant à les « *exclure* » de fait de tout mariage, un « *déni aussi absolu* » d'un droit ou liberté excédant la marge d'appréciation des Etats et violant l'article 12 de la Convention.

⁴³⁵ S'appuyant tant sur l'identité sexuelle biologiquement déterminée, que sur la capacité à fonder une famille (voir Cour EDH, *Rees c/ Royaume-Uni* précité, §§ 49 et 50 ; critères notamment réaffirmés dans, Cour EDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, A184, §§ 43 et 46 ; ou encore Cour EDH, Gde ch., *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni* précité, §§ 66-67).

recourir et l'interconnexion entre identification et non-identification qu'elle engendre sont pour le moins gênantes. Plus encore que l'examen de la stricte non-identification, celui de la non-identification combinée suggère l'existence (potentiellement primitive) d'une conception étrangère à l'idéal analysé ; à tout le moins, s'agissant du vocable de substance du droit.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

212. La logique de ce *Chapitre* correspondait, selon l'expression familière, à « voir le verre à moitié plein ou à moitié vide ». En réponse à l'objet de la *première Partie*, il fallait commencer par rechercher les manifestations pratiques de la substance du droit absolue. Or, l'examen empirique global a rapidement conduit à s'éloigner d'une vision optimiste. Il a tout d'abord été constaté que la majeure partie des arrêts concernant la substance du droit soit ne permet pas de l'identifier, soit ne le permet que plus ou moins indirectement (requérant alors un important effort d'interprétation). A défaut de rencontrer des exemples parfaitement explicites et directs de telles substances, des propositions d'identification ont été soumises, suivant une échelle de plausibilité allant des plus explicites et stables, aux plus ponctuelles et lointaines. Des obstacles aux substances potentiellement identifiées ont émergé, convergents vers leur proximité au contenu même des droits en cause.

213. Naturellement, la deuxième optique de l'examen – s'attachant à l'absence de détermination spécifique – supposait par elle-même l'existence de limites pratiques à la conception absolue de la substance. Toutefois, cette confirmation ne saurait engendrer automatiquement l'invalidation de toute hypothèse d'identification. Avec la progression de l'analyse, la cohabitation de différentes perspectives de lecture de la jurisprudence s'est accrue – identification, non-identification stricte, ou combinée avec une référence à un contenu minimum, sans qu'elles ne paraissent nécessairement antimoniques ; bien que ce constat d'hétérogénéité ne puisse satisfaire la conception absolue. Aussi, il est finalement permis, au seuil de notre analyse, de s'interroger sur le bilan de l'empreinte ou réalité pratique de ladite conception absolue. Elle s'avère modeste, au point que l'on doive considérer, notamment à la lumière du dernier angle d'examen, que si le juge européen a peut-être recouru à une telle conception dans quelques arrêts, ou l'a certainement plus fréquemment suggérée, il est douteux qu'il y ait profondément adhéré⁴³⁶.

214. Une question reste en suspens : ces conclusions sont-elles conciliables avec une conception absolue de la protection de la substance du droit, en particulier ? Car bien qu'imparfaite, il semble qu'elle génère moins de remise en cause sur le plan pratique.

⁴³⁶ Eva BREMS note ainsi, généralement, que « *The court does not provide a definition of the substance of each article. Rather it proceeds on an ad hoc basis, determining in each case whether a particular restriction touches upon the substance of a right or not* » (E. BREMS, *Human Rights : Universality and diversity*, op. cit., p. 369).

CHAPITRE 2. UN IMPACT PRATIQUE LIMITE QUANT A LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT

215. LES OBSTACLES GENERAUX A L'EXAMEN. L'angle adopté au sein du *second Titre* commande maintenant de mettre au jour l'influence pratique, dans la jurisprudence européenne, de la conception absolue de la protection accordée à la substance⁴³⁷. Or, tout comme pour la substance elle-même, bien qu'à un degré visiblement inférieur, cet impact est dit limité s'agissant de l'interdiction d'atteinte à la substance. Les limites les plus élémentaires à sa pleine mise en œuvre résident, d'une part, dans son absence totale dans la jurisprudence propre à plusieurs terrains de garantie conventionnelle, et d'autre part, dans son absence, relative, de certains jugements intéressant des terrains qui lui sont classiquement familiers.

216. LES OBSTACLES INTRINSEQUES A L'EXAMEN. Au-delà de ces obstacles généraux qui ressortent de choix jurisprudentiels difficilement pénétrables, il est nécessaire de s'assurer que, derrière l'emploi du terme, sont remplies les caractéristiques propres à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit pré-définie, tant au stade de l'établissement du principe que de son contrôle. Selon la conception absolue, il s'agit tout particulièrement des exigences de primitivité et d'injustifiable en soi⁴³⁸. Or, il se dégage de l'examen empirique propre au système conventionnel que c'est premièrement – en antériorité et en nombre – sur le terrain principal que s'exprime une interdiction d'atteinte à la substance du droit satisfaisant ces critères (*Section 1*). Par renversement, sa manifestation sur le terrain de l'application peut être qualifiée de subsidiaire, en raison des caractères fluctuant, hétérogène et régulièrement partiel de celle-ci (*Section 2*).

⁴³⁷ Aussi, c'est selon cette perspective qu'il faudra entendre la notion équivalente d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, sauf lorsqu'un rappel paraît spécifiquement nécessaire.

⁴³⁸ Voir pour plus de détails *supra*, le *Chapitre 2*, du *Titre 1* (notamment n° 87 ; 91).

Section 1. Une manifestation principale de la protection absolue au sein des principes applicables

217. L'ANCRAGE D'UN PRINCIPE ABSOLU DANS LA JURISPRUDENCE. Sur le terrain des principes encadrant l'office du juge européen, la jurisprudence nous donne à voir des exemples significatifs – tant quantitativement que qualitativement – de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, entendue au sens absolu. Ces formules principielles peuvent être divisées en deux catégories. Ainsi, il faut tout d'abord relever l'occurrence de formules énoncées ou rappelées par la Cour elle-même au sein de ses jugements (§I). Elles réunissent, autour de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, un complexe de principes structurant de façon pérenne l'examen des limitations à l'exercice des différents droits concernés. Complémentairement, il est possible d'observer des expressions de nature plus ponctuelle, qui constituent fréquemment de simples références à la notion même, émanant d'autres « acteurs » du système juridictionnel de la Convention (§II).

§ I. Des formules principielles établies

218. UNE CONSTITUTION COMPLEXE. Révélé sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1, le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit a par la suite été spécifiquement et durablement étendu aux autres droits susceptibles de limitations implicites, ou plus largement, « prétorienement organisées »⁴³⁹ (A), suivant une structure fondamentale commune. Au-delà, la formulation précise dépend du terrain en cause ; autrement dit, elle est établie particulièrement à chaque droit (B).

A) Une structure théorique spécifique aux droits susceptibles de limitations prétorienement organisées

219. UNE DIVERGENCE NOTABLE ENTRE LES DROITS. Aire de prédilection de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, au sens de la conception absolue, la Cour européenne a inauguré en matière de droits susceptibles de limitations implicites, et plus largement de droits susceptibles de limites prétorienement organisées, des jurisprudences tenant lieu de modèles fondateurs propres à la catégorie (I). Ainsi, les formulations spécifiques à ces jurisprudences initiales, s'agissant des conditions de limitations d'un droit garanti, vont notamment servir de socle à la construction d'autres formules principielles modèles. A l'inverse, il semble éloquent – bien qu'à divers égards, logique – qu'une telle construction théorique ne se retrouve

⁴³⁹ Selon l'expression de Sébastien VAN DROOGHENBROECK (*La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 441).

nullement dans l'évocation de la notion sur le terrain de droits susceptibles de limitations explicites (2), lorsqu'elle se rapproche plus ou moins de la conception absolue.

1) Des modèles fondateurs propres

220. Tandis que l'*Affaire linguistique belge* pionnière constitue un modèle critiquable (a), il faut mettre l'accent sur l'énonciation aboutie du principe, offerte par l'arrêt *Ashingdane* (b).

a) Un modèle initial contestable

221. UNE JURISPRUDENCE PRIMITIVE CAPITALE. Il a déjà été traité de nombreuses fois et substantiellement de l'*Affaire linguistique belge*. Rappelons seulement que c'est à l'occasion de cette emblématique affaire concernant le régime linguistique de certains établissements scolaires belges que la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé, suite à l'admission conditionnelle des restrictions étatiques envers le droit à l'instruction, la structure principielle suivante : « *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* »⁴⁴⁰. Celle-ci semblait pouvoir être présentée comme révélant un véritable modèle fondateur au titre de la conception absolue de la protection, tant en raison de son caractère pionnier, que de l'établissement d'un principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit notamment⁴⁴¹, tenant le rôle de condition à l'usage du juge européen, remobilisé – généralement – ensuite sur des terrains distincts⁴⁴². Toutefois, deux limites doivent questionner une telle qualification : l'une concerne la conception qui est véhiculée par cette jurisprudence inédite et l'autre, sa portée.

222. DEUX LIMITES A LA QUALIFICATION DE MODELE PROPRE A LA CONCEPTION ABSOLUE. En premier lieu, si nous avons souligné le caractère apparemment isolé de la découverte réalisée dans le cadre de cette affaire, distinct de la démarche classique renvoyant à un complexe de principes encadrant le contrôle, une lecture plus large du paragraphe n° 5 oblige à relativiser une telle spécificité. Il en ressort effectivement que, de façon certes indirecte, le juge européen a rapproché le principe d'interdiction fraîchement établi d'une notion de proportionnalité, au travers la référence au « juste équilibre » entre la protection de l'intérêt

⁴⁴⁰ Cour EDH, *Affaire linguistique belge c/ Belgique* précitée (note n° 3), § 5.

⁴⁴¹ Concernant la seconde partie de l'énoncé, soit l'interdiction d'atteinte à d'autres droits de la Convention, voir *supra*, note n° 300 notamment.

⁴⁴² Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 462.

général et des droits fondamentaux⁴⁴³. Ceci semble confirmé par la mise œuvre du contrôle lui-même. Tandis que la référence à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit fait défaut, le juge de Strasbourg semble n'avoir procédé qu'à un contrôle de proportionnalité des mesures litigieuses⁴⁴⁴. Dès lors, si la formule principielle en tant que telle avait pu être lue sous l'angle de la conception absolue⁴⁴⁵, il n'en est certainement pas le cas du raisonnement d'ensemble propre à l'*Affaire linguistique belge*, et postérieurement, de la jurisprudence relative à l'article 2 du Protocole n° 1⁴⁴⁶.

En second lieu, il faut ajouter que la construction principielle de l'*Affaire* de 1968, centrée autour du principe conjoint d'interdiction d'atteinte à la substance du droit ainsi qu'aux autres droits garantis, ne s'est que rarement vue réitérée sur le terrain d'autres droits⁴⁴⁷, hormis pour seul rappel dudit précédent jurisprudentiel.

223. Ainsi, cette jurisprudence première, symboliquement clé, a surtout permis d'ouvrir la voie au développement d'un modèle fondateur dit « abouti », faisant écho à la conception absolue, à travers l'arrêt *Ashingdane*⁴⁴⁸.

b) Un modèle ultérieur abouti

224. L'AVENEMENT D'UNE STRUCTURE PRINCIPIELLE COMPLETE. Arrêtons-nous plus longuement sur la structure principielle fixée dans l'arrêt *Ashingdane*, représentant – pour la jurisprudence relative aux droits susceptibles de limitations prétorienement organisées – le modèle fondateur principal. Il convient, à titre préliminaire, d'exposer brièvement le contexte d'espèce et jurisprudentiel de cette affaire, diverses fois mentionnée. M. Leonard John

⁴⁴³ Ambiguïté retranscrite dans la doctrine (voir, J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 781). – Indiquons, par ailleurs, que cette référence au « juste équilibre » s'inscrit explicitement dans une perspective finaliste (diffuse dans l'ensemble de l'interprétation générale relative à l'article 2 du protocole n° 1, en cette affaire), la Cour européenne la dégageant du but de protection efficace des droits fondamentaux de l'homme que les Etats contractants ont souhaité atteindre.

⁴⁴⁴ Ceci apparaît notamment à l'occasion de la 6^{ème} question traitée par la Cour, les précédents contrôles ne donnant lieu qu'à un rejet lapidaire des griefs.

⁴⁴⁵ Voir *supra*, Titre 1, Chapitre 2, Section 1 (notamment n° 82).

⁴⁴⁶ Ainsi, Olivier DE FROUVILLE (*L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, op. cit., pp. 164-165) tire par exemple de cette jurisprudence primitive une conception relative du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, développée en *seconde Partie* de ce travail. – Quant aux jurisprudences postérieures, voir notamment Com. EDH, (déc. irrecev.), 2 février 1971, X. c/ *La Belgique*, req. n° 4372/70, Recueil 37, pp. 101-108 ; Cour EDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, req. n° 7511/76 ; 7743/76, A48, § 41. – Voir aussi l'analyse des conditions encadrant les restrictions à ce droit de Jacques VELU et Rusen ERGEC (*La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 785).

⁴⁴⁷ Aux exceptions suivantes, selon nos observations : Cour EDH, *Golder c/ Royaume-Uni* précité (note n° 44), § 38, indirectement quant à l'article 6 § 1 ; Cour EDH, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 49), § 59, quant à l'article 5 § 3.

⁴⁴⁸ Voir S. VAN DROOGHENBROECK (*La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 442-443), qui évoque le comblement, par cet arrêt, des « lacunes doctrinales délibérément entretenues de l'édifice doctrinal ».

Ashingdane, un citoyen britannique coupable de conduite dangereuse et détention illégale d'armes à feu, diagnostiqué schizophrène paranoïde, critiquait le maintien en hôpital à sécurité renforcée dans lequel il avait été placé de force en vertu de l'article 60 de la loi de 1959 sur la santé mentale, ayant finalement été jugé apte à rejoindre un hôpital psychiatrique ordinaire, et l'impossibilité pour lui de contester en justice la légalité du refus opposé par les autorités à son transfert. Sur le terrain de l'article 6 de la Convention, la Cour, faisant suite à l'arrêt *Golder*⁴⁴⁹, par lequel elle avait déjà ré-invoquée la jurisprudence *Affaire linguistique belge* concernant le droit à un tribunal, a franchi une étape supplémentaire en unifiant les différentes avancées préalablement acquises en matière d'encadrement des restrictions aux droits. Il en résulte une formulation du principe pouvant être considérée comme complète, et à laquelle rien ne sera d'ailleurs jamais rajouté. La Cour y a ainsi affirmé que « *les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même (...). En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 par. 1 (...) que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.* »⁴⁵⁰.

225. UNE CLAUSE D'ORDRE PUBLIC RENOUVELEE. Plusieurs observations doivent être fournies quant à cet énoncé. Il s'exprime généralement de celui-ci un raisonnement clair et rigoureusement conçu concernant les restrictions portées au droit d'accès à un tribunal. De façon plus précise, on peut constater le dépassement du cadre simple de la première formulation « nue » du principe et l'établissement d'un système composé de plusieurs conditions, formant une clause semblable à la clause d'ordre public, que l'on pourrait dire ici « renouvelée », au bénéfice de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit. En effet, ce nouveau schéma⁴⁵¹, présente trois spécificités eu égard à la clause d'ordre public classique : premièrement, l'intégration – centrale et prioritaire dans l'ordre d'évocation – de la condition d'interdiction d'atteinte à la substance d'un droit garanti (seule) ; deuxièmement, l'absence de la condition de légalité ; troisièmement, la formulation explicite de la condition de proportionnalité. Ainsi, le juge européen a apporté une réponse au vide juridique fragilisant le droit à un tribunal, susceptible de limitations implicites, sur la lignée du mécanisme de contrôle prévu pour les droits susceptibles de limitations explicites, y ajoutant l'innovation de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, laquelle se déploie à une autre échelle dans le

⁴⁴⁹ Cour EDH, *Golder c/ Royaume-Uni* précité (note n° 44), § 38 ; voir, sur l'arrêt, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 442.

⁴⁵⁰ Cour EDH, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* précité (note n° 221), § 57.

⁴⁵¹ S. VAN DROOGHENBROECK (*La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 443) évoque notamment « un corps de principes généraux dont la formule canonique (...) demeure inchangée » depuis sa première énonciation à l'occasion de l'arrêt *Ashingdane* précité.

droit : celle de la substance ou essence précisément. Dès lors, il est possible de considérer que la clause d'ordre public renouvelée sur le terrain du droit à un tribunal d'abord, et plus tard, des droits passibles de limitations prétorienement organisées, n'est pas uniquement une conséquence de la découverte de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, mais en constitue l'aboutissement.

226. Le modèle *Ashingdane* va constituer le socle des structures de principe propres aux droits susceptibles de limitations implicites, et même aux droits qui ne bénéficient pas de limitations explicites plus largement, supplantant la jurisprudence de *l'Affaire linguistique belge*. A l'inverse, la jurisprudence relative aux droits passibles de limitations explicites n'a pas connu d'énonciation principielle de référence quant à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, entendue absolument.

2) Un contraste avec les droits susceptibles de limitations explicites

227. DES TERRAINS NON-REPRESENTATIFS DU PRINCIPE AU SENS ABSOLU. Contrairement aux droits passibles de limitations implicites, ceux explicitement encadrés au regard des dispositions de la Convention n'ont été l'objet du développement d'aucun modèle fondateur du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, absolument conçu. Il ne ressort, en effet, pas de la jurisprudence de telle formulation présentant un caractère durable et exemplaire⁴⁵². En réalité, les manifestations de la notion, au sens général, s'approchant de la conception absolue constituent essentiellement des manifestations d'espèce, ponctuelles, et intervenant sur le terrain de la mise en application des principes. On pense notamment à la jurisprudence concernant les articles 8 à 10 de la Convention, dont on pourra évoquer des illustrations à l'occasion de la *seconde Section*.

228. UN MECANISME TEXTUEL SUFFISANT ? Notons, finalement, qu'on peut interpréter l'absence de construction principielle relative aux droits passibles de limitations explicites comme le signe du caractère *a priori* suffisant sur ces terrains de la clause d'ordre public inscrite dans le texte conventionnel. Grâce à ses trois niveaux d'examen, complémentaires et d'intensité croissante, s'achevant avec le volet de la proportionnalité qui vise toute atteinte particulièrement et exagérément grave portée à un droit, le mécanisme de contrôle de la

⁴⁵² Ce qui ne signifie pas toute absence de formules principielles pérennes concernant les droits susceptibles de limitations explicites. Les terrains de l'article 11 (avec l'arrêt *Young, James, et Webster c/ Royaume-Uni* précité (note n° 45), § 52, qui emprunte d'ailleurs aux premiers arrêts de principe relatifs aux droits susceptibles de limitations implicites), ou de l'article 1 du Protocole n° 1 (avec l'arrêt *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité (note n° 46), §§ 60 ; 63) donnent ainsi exemple de modèles du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit procédant d'une approche distincte (voir notamment *infra Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §I, B*) ; et dans la même partie, *Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §II*).

clause d'ordre public, tel qu'explicité par la Cour européenne, assure potentiellement la pleine garantie des droits prévus par la Convention ; ceci rendant manifestement superflu, pour le juge européen, l'invocation directe de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit. *A contrario*, cette idée serait relativisée par les exemples ponctuels de mise en œuvre, même pluriellement limitée, de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit sur les terrains en cause, examinés dans la prochaine *Section* ; ceux-là suggérant, comme nous l'avions avancé⁴⁵³, une volonté de perfectionnement incident de ladite clause.

229. Aussi, les deux catégories de droits sus-citées se distinguent quant à l'existence d'une expression jurisprudentielle modèle du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit absolu. Or, les droits susceptibles de limitations implicites renvoient, au-delà d'une construction fondatrice commune, à une expression spécifique, adaptée du principe pour chaque terrain qu'il concerne.

B) Une formulation particulière à chaque droit

230. L'INDIVIDUALISATION DU PRINCIPE. Par-delà l'empreinte de l'une ou l'autre desdites catégories, il semble que la réalité empirique soit celle d'une particularisation de la formulation du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, spécifique à chaque droit. S'agissant tout particulièrement des droits susceptibles de limitations prétoriennement organisées, il en résulte donc une adaptation (1), sur le plan pratique, ainsi qu'une autonomie (2), sur le plan conceptuel, des formulations principielles, selon le terrain en cause.

1) Des formulations principielles adaptées

231. La jurisprudence relative aux droits susceptibles de limitations prétoriennement organisées révèle des modèles « individualisés » du principe à l'étude, certainement tous inspirés des deux affaires fondatrices précitées, mais en dérivant plus (a) ou moins (b) directement.

a) Les modèles directement dérivés

232. LA PROPAGATION EXPRESSE DU MODELE *ASHINGDANE*⁴⁵⁴. La structure principielle développée sur le terrain du droit d'accès à un tribunal s'est vue systématiquement reproduite dans le cadre de l'article 6, paragraphe 1, et au-delà. Ainsi, le renouvellement de la clause

⁴⁵³ Voir *supra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2, B), 2) (notamment n° 103).

⁴⁵⁴ Voir *supra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §I, A), 1), b) (n° 224-226).

d'ordre public a progressivement touché les autres droits susceptibles de limitations prétorienement organisées. De la jurisprudence fondatrice *Ashingdane*, la Cour a dégagé des variantes⁴⁵⁵ s'agissant des droits inscrits aux articles 3 du Protocole n° 1 et 12 de la Convention. Aussi, les jurisprudences de référence en matière d'interdiction d'atteinte à la substance du droit dans les autres domaines sont toutes de quelques années postérieures à l'arrêt *Ashingdane*. Il convient de les présenter plus précisément.

233. UNE VARIANTE DIRECTE PROPRE AU DROIT A DES ELECTIONS LIBRES (ARTICLE 3 DU PROTOCOLE N° 1 CEDH). La jurisprudence relative au droit de vote et d'éligibilité offre probablement le meilleur exemple de l'influence du modèle *Ashingdane* dans la construction d'une version distincte du principe. Par l'arrêt de principe *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁴⁵⁶, concernant le système électoral belge pluriel (fonction du découpage électoral, administratif, et considération linguistique), la Cour a choisi une formule propre, dérivée de l'arrêt *Ashingdane* en y ajoutant notamment une exigence d'effectivité, pour se référer à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit : « *il lui faut s'assurer [a-t-elle affirmé] que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés (...)* ».

Sa source d'inspiration directe s'exprime dans le renvoi, *mutatis mutandis*, à l'arrêt *Lithgow et autres*⁴⁵⁷, lequel rappelle expressément le modèle *Ashingdane*. Notons, toutefois, outre la référence supplémentaire à l'effectivité, deux autres différences avec le modèle original : d'une part, l'interdiction d'atteinte à la substance du droit à des élections libres vise seulement l'atteinte quantitative (« *au point de* ») à la substance ; d'autre part, ladite interdiction se trouve ici moins nettement distinguée des autres conditions classiques d'encadrement des restrictions étatiques (séparées par de simples virgules). Cette formule de principe s'est vue ensuite invariablement reprise par la Cour⁴⁵⁸, jusqu'à l'arrêt de Grande chambre *Zdanoka*⁴⁵⁹,

⁴⁵⁵ Signalons, également, que l'actualisation de la version (originelle) du principe propre à l'article 2 du Protocole n° 1 n'est pas sans rapport avec la formulation principielle de l'arrêt *Ashingdane* (§ 57), bien qu'une telle influence ne soit explicitée par le juge et qu'elle ne s'étend pas à la diffusion de la conception absolue sur ce terrain (voir, Cour EDH, Gde ch., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 44774/98, Recueil des arrêts et décisions 2005-XI, § 154 ; comm. L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT, *RTDH*, 2006, n° 66, pp. 183-215 ; note G. GONZALEZ, *AJDA*, 2006, n° 6, pp. 315-320 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2006, I, 109, pp. 191-192).

⁴⁵⁶ Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* précité (note n° 48), § 52 ; voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 457-458.

⁴⁵⁷ Cour EDH, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 241), § 194.

⁴⁵⁸ Citant le paragraphe 52 de l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, voir, notamment, Cour EDH, Gde ch., *Labita c/ Italie* précité (note n° 397), § 201 ; Cour EDH, *Podkolzina c/ Lettonie* précité (note n° 342), § 33 ; Cour EDH, Gde ch., *Hirst c/ Royaume-Uni (n° 2)* précité (note n° 234), § 62.

qui marque la reformulation générale des principes applicables aux fins de l'article 3 du Protocole n° 1, et une dilution certaine du modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt*.

234. UNE VARIANTE DIRECTE PROPRE AU DROIT AU MARIAGE (ARTICLE 12 CEDH). L'énonciation du principe d'interdiction d'atteinte à la substance propre au droit au mariage a aussi été calquée, même si moindrement, sur le modèle *Ashingdane*. Effectivement, la Cour dans l'arrêt *Rees*⁴⁶⁰, concernant le droit des transsexuels à voir leur acte de naissance modifié, a affirmé que « *les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même* ». Malgré l'apparente absence des éléments classiques de la clause d'ordre public, la formulation de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, en elle-même, est très proche de celle consacrée dans l'arrêt *Ashingdane* ; notamment, l'expression « *d'une manière ou à un point tel* » est alors convertie en « *d'une manière ou un degré* » restant dans les mêmes registres, ceux du moyen et de l'intensité. Cette jurisprudence, ou modèle *Rees*, sera ensuite ré-invoquée dans des arrêts postérieurs⁴⁶¹, ce qui ne doit pas nous empêcher de souligner que la logique à l'œuvre soulève, depuis l'origine⁴⁶², une indéniable ambiguïté quant à ses rapports avec la logique proportionnaliste.

235. Non seulement la jurisprudence-type *Ashingdane* a donné lieu à des modèles distincts qui en sont directement calqués, mais elle semble également avoir eu une influence, certes indirecte, sur des énonciations singulières du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit.

⁴⁵⁹ Cour EDH, Gde ch., *Zdanoka c/ Lettonie* précité (note n° 338), § 104 ; la Cour évinçant même la référence au modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt* dans sa clarification des principes régissant l'article 3 du Protocole n° 1, § 115. Il sera réintégré dans la grille de principes énoncés lors de l'arrêt de Grande chambre *Yumak et Sadak c/ Turquie* précité (note n° 344), § 109 ; (voir ensuite, Cour EDH, Gde ch., 27 avril 2010, *Tănase c/ Moldova*, req. n° 7/08, Recueil des arrêts et décisions 2010, § 161 ; zoom L. MILANO, *JCP G*, 2010, act. 577 ; Cour EDH, Gde ch., 6 janvier 2011, *Paksas c/ Lituanie*, req. n° 34932/04, Recueil des arrêts et décisions 2011, § 96 ; veille G. GONZALEZ, *JCP G*, 2011, act. 123 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2011, doct. 914, pp. 1511-1512). Cela dit, sa reformulation n'est pas sans emporter des doutes sur la conception du principe à l'œuvre (au regard, notamment, de l'expansion des outils classiques de contrôle).

⁴⁶⁰ Cour EDH, *Rees c/ Royaume-Uni* précité (note n° 47), § 50 ; voir, sur l'arrêt, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 464.

⁴⁶¹ Voir, par exemple, Cour EDH, *Cossey c/ Royaume-Uni* précité (note n° 435), § 43 ; Cour EDH, Gde ch., *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni* précité (note n° 300), § 66 ; Cour EDH, Gde ch., *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* précité (note n° 143), § 97 ; Cour EDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, req. n° 36536/02, § 34 ; A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE, *Droit de la famille*, 2005, n° 11, comm. 23.

⁴⁶² Voir notamment Com. EDH, Plén., (rapport), 14 juillet 1986, *F. c/ Suisse*, req. n° 11329/85, § 65 ; et, dans la doctrine, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 465-466.

b) Les modèles non-directement dérivés

236. Dans certains cas d’extension du principe d’interdiction d’atteinte à la substance du droit, le lien avec les jurisprudences fondatrices – et notamment le modèle *Ashingdane* – apparaît plus éloigné, en raison de l’absence de référence expresse à celles-ci et de l’apparente singularité des formulations principielles spécifiques énoncées. Elles visent, en effet, l’interdiction d’atteinte à la substance seule, et sont marquées par un fort degré de particularisation selon les caractéristiques inhérentes au droit lui-même.

237. UNE VARIANTE INDIRECTE RELATIVE AU DROIT A LA LIBERTE ET A LA SURETE (ARTICLE 5 CEDH). A titre d’illustration, commençons par évoquer le terrain de l’article 5 de la Convention dont la disposition prévoit les privations portées au droit en cause, sans les conditionner précisément ; ce à quoi la Cour a tenté de remédier. Ainsi, qu’il s’agisse de l’arrêt initial *Winterwerp*⁴⁶³, concernant le maintien en détention de longue durée d’un aliéné (sur le terrain de l’article 5, paragraphe 4) et dans lequel la Cour a affirmé que « *les maladies mentales peuvent amener à restreindre ou modifier ce droit dans ses conditions d’exercice (...), mais elles ne sauraient justifier une atteinte à son essence même* » (nous soulignons), ou des arrêts *Brogan*⁴⁶⁴ et *Fox, Campbell et Hartley* également sus-cités⁴⁶⁵, relatifs à l’arrestation et détention de responsables soupçonnés d’actes terroristes (respectivement sur les terrains des paragraphes 3, et 1 c) de l’article 5), il est possible d’observer des manifestations apparemment absolues et « nues » du principe d’interdiction d’atteinte à la substance du droit. A l’image de la formule principielle de *l’Affaire linguistique belge*, ces trois expressions propres du principe – construites de façon semblable – ne s’inscrivent pas dans une clause d’ordre public dite renouvelée. Par ailleurs, on y retrouve la conjugaison conditionnelle du verbe savoir visible dans l’arrêt *Ashingdane*⁴⁶⁶, sans qu’elle ne soit complémentée par une même référence quantitative à la restriction en cause (« *d’une manière ou à un point tels que* »). Finalement, s’il est possible de deviner l’inspiration diffuse des jurisprudences

⁴⁶³ Cour EDH, *Winterwerp c/ Pays-Bas* précité (note n° 231), § 60. Signalons que la Cour s’est explicitement appuyée sur la jurisprudence *Golder c/ Royaume-Uni* précitée (note n° 44), § 39, pour établir cette variante du principe.

⁴⁶⁴ Cour EDH, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 49), § 59, prévoyant que « *si la célérité s’apprécie suivant les particularités de chaque cause (...), le poids à leur accorder ne saurait jamais aller jusqu’à porter atteinte à la substance du droit protégé par l’article 5 par. 3 (art. 5-3)* ».

⁴⁶⁵ Cour EDH, *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni* précité (note n° 231), § 32, affirmant que « *la nécessité de combattre la criminalité ne saurait justifier que l’on étende la notion de ‘plausibilité’ jusqu’à porter atteinte à la substance de la garantie assurée par l’article 5 par. 1 c) (art. 5-1-c) (voir, mutatis mutandis, l’arrêt Brogan et autres précité (...))* ».

⁴⁶⁶ C’est-à-dire « *les limitations appliquées ne sauraient restreindre l’accès ouvert à l’individu d’une manière ou à un point tels que le droit s’en trouve atteint dans sa substance même (...)* » (§ 57) (nous soulignons).

fondatrices dans ces différents modèles particuliers, ils semblent davantage ressortir d'un type de formulation *sui generis* que de s'ancrer dans le sillage de précédents jurisprudentiels.

238. DEUX VARIANTES INDIRECTES RELATIVES AU TERRAIN DU DROIT A UN PROCES EQUITABLE (ARTICLE 6 CEDH). Il paraît également opportun de signaler que le juge de Strasbourg a étendu l'apport fondateur du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit vis-à-vis d'autres terrains de l'article 6, tels le droit de se taire et ne pas s'auto-incriminer et celui à l'exécution des décisions de justice. On pense respectivement aux jurisprudences de référence *Heaney et McGuinness*⁴⁶⁷, relative à l'obligation d'aveux d'une personne suspectée, et, subsidiairement, *Bourdov*⁴⁶⁸, relative au versement d'une indemnisation pour cause médicale. Se limitant, elles aussi, à une reconnaissance de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit seule, ces deux manifestations pourraient sembler mues par la conception absolue d'un principe inconditionnellement intangible, explicitement véhiculée depuis l'arrêt *Ashingdane*. A cet égard, la première jurisprudence citée fait plus particulièrement montre de ressemblances avec le modèle fondateur propre à l'article 6, paragraphe 1. La présence similaire d'une notion de gradation (par l'évocation du « *degré de coercition* »), ainsi que l'emploi, dans la reformulation ultérieure⁴⁶⁹, du conditionnel appliqué au verbe savoir, abondent dans le sens d'une influence, bien que non explicitée.

239. A la lumière des précédentes analyses, il ressort que les différents modèles propres aux droits susceptibles de limitations prétoriquement organisées semblent bien avoir connu un développement parallèle – plus ou moins directement issus ou inspirés des jurisprudences fondatrices – mais également, indiscutablement autonome.

⁴⁶⁷ Cour EDH, *Heaney et McGuinness c/ Irlande* précité (note n° 243), § 51, visant le fait « *de réduire effectivement et de manière suffisante le degré de coercition imposé par l'article 52 de la loi de 1939 de sorte que cette disposition ne porterait pas atteinte à la substance des droits en question* ».

– Notons, d'une part, que la première référence à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit provient de l'arrêt *Serves c/ France* (20 octobre 1997, req. n° 20225/92, rec. 1997-VI, § 47) ; et d'autre part, que dans l'arrêt *Heaney et McGuinness*, la conception absolue de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit s'exprimerait plutôt sur le terrain du contrôle, que des principes applicables. Voir, quant à cette affaire, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 457.

⁴⁶⁸ Cour EDH, *Bourdov c/ Russie* précité (note n° 405), § 35, énonçant qu'« *un retard dans l'exécution d'un jugement peut se justifier dans des circonstances particulières, mais le retard ne peut avoir pour conséquence une atteinte à la substance même du droit protégé par l'article 6 § 1* ». Remarquons qu'il est, toutefois, douteux qu'une telle expression « nue » du principe, potentiellement révélatrice d'une conception absolue, le soit en réalité, tant eu égard au précédent visé, qu'au contrôle appliqué par la Cour quant à cette ligne jurisprudentielle.

⁴⁶⁹ Cour EDH, Gde ch., *Jalloh c/ Allemagne* précité (note n° 404), §§ 97 et, également, 101.

2) Des formulations principielles autonomes

240. UN CONSTAT APPARENT DE DIVERSITE. Une fois les modèles du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit – propres à chaque terrain de manifestation – un à un présentés, un constat général ressort : celui de la diversité des formes dudit principe. Il se dégage ainsi globalement de l'étude une formulation particulière à chaque terrain. Cette individualisation de l'énoncé principal d'interdiction d'atteinte à la substance du droit précisément, et des conditions régissant le contrôle des restrictions étatiques au sens large, est d'autant plus marquée s'agissant des droits de ladite deuxième catégorie, ne comptant pas de modèles jurisprudentiels au sens présenté.

241. UN CHOIX DU JUGE EUROPEEN ? Au-delà de l'état de fait, il faut questionner les raisons ainsi que la légitimité de cette individualisation. Quant au premier aspect, le caractère autonome de l'expression du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit dans la jurisprudence européenne est le résultat de la combinaison de l'influence ou de l'imitation plus ou moins grande des modèles fondateurs, ainsi que de l'importance, elle aussi variable, donnée aux spécificités des dispositions en cause. Cela étant dit, il est permis de se demander si la diversité observée dans l'extension du principe relève réellement d'un choix pour le juge européen. Devant la prévalence des considérations pratiques ou *in concreto* notamment, il est fort à parier que cette construction jurisprudentielle a progressé au gré des espèces. Aussi, il faut y voir une défaillance involontaire, en termes de construction théorique d'ensemble, dans le recours par le juge à cette notion. Celle-ci conduit, par ailleurs, à un cloisonnement peu fondé entre les droits visés.

242. UN MANQUE DE LEGITIMITE DE LA DEMARCHE PRETORIENNE. Il semble, en effet, que la spécificité inhérente à chaque terrain conventionnel ne puisse valablement légitimer ces différents écarts de formulation. Au contraire, il serait possible et souhaitable d'envisager une formulation unique du principe, lequel se verrait appliquer avec égard aux spécificités de chaque terrain. Le particularisme actuel quant aux énonciations du principe nuit à la cohérence de la conception véhiculée. D'où l'impression « d'une catégorie juridique » très souple, hétérogène voire disparate, dont la variété ne s'explique pas, n'étant ni démontrée, ni motivée. Eu égard à la complexité inhérente à la notion, la mise en œuvre et diffusion d'une forme principielle commune ne peut qu'être bienvenue afin de renforcer sa pleine efficacité.

243. A côté de ces formules principielles établies encadrant les différents droits observés, d'autres manifestations, n'étant pas émises par la Cour elle-même, méritent également d'être

Titre 2 – Chapitre 2. Un impact pratique limité quant à la protection de la substance du droit analysées en ce qu'elles participent largement à la propagation de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, au sens absolu.

§ II. Des expressions principielles complémentaires

244. Au-delà d'énonciations de référence – propres à certains droits – du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, durablement rappelées par la Cour, il convient de témoigner une attention à des expressions individuelles apparemment absolues d'un tel principe, d'origine et de portée variablement précaires : celles-ci proviennent en premier lieu de juges à la Cour EDH (A) ; en second lieu, des parties devant cette instance (B).

A) L'expression de juges à la Cour EDH

245. Preuve d'une sensible intégration de la notion, certains juges de la Cour européenne ont intégré des références directes au principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit au sein de leurs opinions séparées. Suivant des formulations propres, celles-ci dévoilent des prises de position marquées au profit de la conception absolue (1), ou plus surprenantes et ambivalentes (2).

1) Des prises de position marquées s'agissant de la conception absolue

246. DES EXPRESSIONS REMARQUABLES. Il faut, à titre préliminaire, remarquer que ces expressions prétoriennes singulières du principe sont peu nombreuses et concernent principalement un terrain⁴⁷⁰ : celui de l'article 6 de la Convention. Elles s'inscrivent de façon globalement plus explicite que les modèles établis dans la conception absolue, témoignant de l'adhésion de leur(s) auteur(s) à cette dernière.

Deux interventions sont notamment à signaler. Tout d'abord, concernant le droit à un procès équitable au sens général, le juge BONELLO, auquel se sont ralliés les juges ZUPANCIC et GYULUMYAN, au sein de son opinion dissidente sous l'arrêt de Grande chambre de 2009, *Kart*⁴⁷¹, a expressément mis en avant l'idée d'une protection absolue en faveur du noyau dur d'un droit, en dehors de tout rapport de proportionnalité entre les intérêts en présence. Citons les propos du juge : « *Quelle que soit leur importance, les intérêts généraux ne devraient jamais l'emporter sur le noyau dur des droits découlant de l'article 6, tels le droit d'être jugé* ».

⁴⁷⁰ Mentionnons aussi la résonnance générale à la conception absolue tirée de l'opinion dissidente du juge VAN DIJK, sous l'arrêt de Grande chambre *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni* précité (note n° 300), § 8 affirmant dans la lignée de l'*Affaire linguistique belge* « *qu'aucune restriction d'un droit ou d'une liberté consacrés par la Convention ne peut affecter la substance de ce droit ou de cette liberté* », relativement à l'article 12.

⁴⁷¹ Cour EDH, Gde ch., *Kart c/ Turquie* précité (note n° 381).

par un tribunal indépendant et impartial ou le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable. Si la Cour permettait qu'il en soit ainsi, pour la première fois peut-être elle « relativiserait » ces garanties qui sont au cœur de l'article 6 en les soumettant à une mise en balance et à des critères de proportionnalité. » (Nous soulignons).

En second lieu, s'agissant du droit à un tribunal, le juge COSTA, dans son opinion concordante sous l'arrêt de Grande chambre *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein*⁴⁷² concernant la restitution d'un tableau confisqué aux suites de la 2^{ème} Guerre mondiale, semble avoir directement pris parti pour la conception absolue quant à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit (au détriment d'une conception dite relative). Se dissociant d'une démarche « *hétérodoxe et illogique* » préférée dans l'arrêt d'espèce, mêlant « *deux voies que la jurisprudence de la Commission et de la Cour avait le plus souvent soigneusement distinguées* », le juge a affirmé catégoriquement que « *le problème de la proportionnalité ne peut se poser que de façon subsidiaire, au cas où la substance même du droit à un tribunal n'a pas été touchée* » (nous soulignons).

Notons, *in fine*, que les manifestations et appréhensions – au titre des principes applicables – de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit se voient généralement répétées par les mêmes juges, dans d'autres opinions séparées notamment sur le terrain de l'application du contrôle.

247. A côté de ces prises de position, d'autres références individuelles au principe peuvent interroger s'agissant de l'adhésion à la conception absolue, au regard notamment de leur formulation et du terrain sur lequel elles sont développées.

2) Des prises de position surprenantes et ambivalentes s'agissant de la conception absolue

248. L'EXEMPLE ITERATIF DE L'OPINION DISSIDENTE DU JUGE PINTO DE ALBUQUERQUE SOUS L'ARRET *MOUVEMENT RAËLIEN SUISSE*. Dans son opinion dissidente sous l'arrêt de Grande chambre *Mouvement raëlien suisse*⁴⁷³, concernant l'interdiction d'un affichage promouvant le Mouvement sur le terrain de l'article 10 de la Convention, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE a précisé quant au critère de proportionnalité, présenté comme un des deux critères justifiant

⁴⁷² Cour EDH, Gde ch., *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne* précité (note n° 320) ; voir aussi l'opinion concordante du juge COSTA sous Cour EDH, 17 décembre 2002, *A. c/ Royaume-Uni*, req. n° 35373/97, Recueil des arrêts et décisions 2002-X (chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2003, n° 2, pp. 528-530), révélant toute la particularité de l'approche du juge, que l'on aurait trop vite fait de fondre dans la conception absolue.

⁴⁷³ Les opinions du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, dissidente sous Cour EDH, Gde ch., *Mouvement raëlien suisse c/ Suisse* précité (note n° 393), et concordante sous Cour EDH, 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c/ Turquie*, req. n° 3111/10, Recueil des arrêts et décisions 2012.

l'ingérence dans la liberté d'expression, qu'« *il permet d'évaluer s'il y a eu une juste mise en balance des droits, libertés et intérêts en concurrence, dans le respect de la substance (ou l'essence) du droit ou de la liberté* ». Selon la note de bas de page correspondante, cette dernière notion s'était trouvée précédemment évoquée dans l'arrêt « *Appleby précité, § 47, qui réaffirme le principe énoncé dans l'arrêt Ashingdane, précité, § 57* », le juge en concluant que « *le critère de proportionnalité (ou de « caractère raisonnable » ou de « juste équilibre ») ne recouvre pas exactement celui de la protection de la substance des droits et libertés en jeu* ». Si la distinction opérée par le juge PINTO DE ALBUQUERQUE apparaît remarquable eu égard à l'absence générale de théorisation de la protection de la substance du droit, au sens absolu, sur le terrain des droits susceptibles de limitations explicites, elle ne semble pas nécessairement renvoyer à la conception présentement analysée. Ainsi, sa formulation pourrait signifier l'admission au sein du test de proportionnalité d'une dimension et étape spécifique, éventuellement principale, que constitue la protection de la substance du droit⁴⁷⁴. Toutefois, il est possible de regretter que le juge ne détaille pas davantage sa vision des principes régissant le contrôle conventionnel et notamment le rôle d'une telle notion dans l'examen de proportionnalité.

249. BILAN DE L'ANALYSE. Globalement, nous avons pu constater l'originalité et la clarté des références au principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit issues d'opinions distinctes de juges, lesquels concourent dans une certaine mesure à l'interprétation prétorienne d'ensemble. Bien que de force juridique moindre, le renvoi des parties à l'instance, dans le cadre de leurs interventions, audit principe est également indicatif.

B) L'expression de parties devant la Cour EDH

250. UN ECHANGE AMELIORATEUR. Les parties devant la Cour EDH ne sont pas non plus restées étrangères à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, absolument conçue. Leurs références permettent non seulement d'évaluer le degré de réception de l'interprétation fournie par le juge européen – elles en constituent d'une certaine façon le miroir, mais aussi éventuellement d'influencer le contrôle d'espèce ou même, plus profondément, la conception du juge. Indiquons, cela dit, le renvoi moindre – et de fait largement limité – au principe même, face à sa forme appliquée. Du relatif ancrage de l'expression principale

⁴⁷⁴ C'est ce qui paraît se dégager des propos du juge sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 14 septembre 2017, *Karoly Nagy c/ Hongrie*, req. n° 56665/09, § 9, concernant le droit d'accès à un tribunal de l'article 6, § 1. Voir parallèlement l'opinion en partie dissidente du juge SERGHIDES sous Cour EDH, Gde ch., 19 septembre 2017, *Regner c/ République Tchèque*, req. n° 35289/11, § 75, relatif aux droits des parties à la procédure de (article 6, § 1).

Titre 2 – Chapitre 2. Un impact pratique limité quant à la protection de la substance du droit gouvernementale (1), faisant progressivement écho aux modèles clés établis par le juge européen, se distingue sensiblement l'expression des requérants (2), dont la rareté trouve probablement une réponse dans une perspective plus large du système conventionnel.

1) L'ancrage relatif de l'expression gouvernementale

251. UNE INTEGRATION GRADUELLE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH. Au regard des manifestations du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit provenant de l'argumentaire des Gouvernements défendeurs, s'esquisse leur assimilation progressive de la jurisprudence de principe du juge européen en la matière. Cela dit, la pratique n'est pas spécifique aux cas entrant dans la *première Partie* de l'étude. Notons également concernant les manifestations attribuables à la conception absolue, qu'elles intéressent des domaines majeurs d'occurrence du principe.

252. UNE PRATIQUE EPARSE. Illustre notamment nos propos, sur le terrain de l'article 3 du Protocole n° 1, l'arrêt *Podkolzina*⁴⁷⁵, concernant la radiation d'une candidature au sein d'un parti national pour maîtrise insuffisante de la langue officielle. Au sein de cette affaire, « *se référant (...) aux principes généraux qui se dégagent de la jurisprudence constante des organes de la Convention quant à la nature et à l'étendue des garanties de cette disposition* », le Gouvernement letton a ainsi strictement reproduit le modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁴⁷⁶ dans le cadre de sa défense au sein de cette affaire.

Sur le terrain de l'article 6, paragraphe 1 ensuite, et plus précisément concernant le droit à un tribunal, le Gouvernement français a directement rappelé le modèle *Ashingdane*⁴⁷⁷ dans un arrêt *Walser c/ France*⁴⁷⁸, du 1^{er} juillet 2004, relatif à la déchéance d'un pourvoi en cassation pour défaut de dispense (sous caution) de mise en l'état, aux fins de l'établissement des conditions devant selon lui régir le contrôle d'espèce.

Dernièrement, s'agissant de l'article 12, le Gouvernement polonais a notamment repris à son profit le modèle *Rees*⁴⁷⁹, à l'occasion d'un arrêt *Frasik c/ Pologne*⁴⁸⁰, du 5 janvier 2010, concernant le refus d'un détenu de se marier en prison.

⁴⁷⁵ Cour EDH, *Podkolzina c/ Lettonie* précité (note n° 342), § 26.

⁴⁷⁶ Voir *supra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §I, B), 1) a) (n° 233).

⁴⁷⁷ Signalons, subsidiairement, l'affaire Cour EDH, Gde ch., *Omar c/ France*, 29 juillet 1998, req. n° 24767/94, Recueil 1998-V, § 32 (chron. F. SUDRE, *RDP*, 1999, n° 3, pp. 881-883), dans laquelle le seul principe d'interdiction d'atteinte à la substance – selon la forme *Ashingdane* (voir *supra*, n° 224-226) – a été rappelé par le Gouvernement, appliquant ensuite à l'espèce la logique proportionnaliste.

⁴⁷⁸ Cour EDH, *Walser c/ France*, 1 juillet 2004, req. n° 56653/00, § 22 (déjà dans la décision de recevabilité du 3 juillet 2003).

⁴⁷⁹ Voir *supra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §I, B), 1) a) (n° 234).

253. UNE MARQUE DE LEGITIMITE. Se dégage visiblement des quelques exemples fournis le processus d'intégration par la défense gouvernementale de la jurisprudence en matière d'interdiction d'atteinte à la substance du droit absolument conçue. Le Gouvernement fait ainsi montre d'une volonté de s'inscrire dans le droit conventionnel, tel qu'interprété, visant assurément par là à légitimer son propre raisonnement. Or, ces manifestations sont particulièrement importantes en ce qu'elles témoignent, nous le suggérons, de la communication réussie entre les différents acteurs juridictionnels. Rajoutons, par ailleurs, que l'évocation gouvernementale dudit principe n'est manifestement pas conditionnée par sa présence dans l'argumentaire du requérant.

254. Contrairement au Gouvernement, potentiellement enclin à se montrer attentif à la jurisprudence conventionnelle, la partie adverse ne rappelle que très rarement le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit même, privilégiant sa mise en œuvre directe.

2) La rareté de l'expression des requérants

255. UNE EXPRESSION ABSENTE DES ARRETS DE LA COUR EDH. Les manifestations du principe issues du plaidoyer demandeur font implacablement défaut parmi les arrêts de la juridiction Strasbourgeoise. Les résultats positifs sont par ailleurs faibles dans les décisions de la Commission ou de la Cour européenne ; deux exemples notamment peuvent être exposés.

256. UNE EXPRESSION EPARSE DANS LES DECISIONS DE LA COMMISSION EDH. Le requérant de la décision *Hamer*⁴⁸¹, relative à l'interdiction opposée à un détenu de se marier, a ainsi rappelé que dans l'arrêt *Golder* « le détenu a effectivement été empêché d'exercer son droit » du fait de son emprisonnement, ce qui contrevenait au principe selon lequel « aucune limitation implicite ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance du droit ». Reproduisant l'interdiction catégorique « nue » de l'atteinte à la substance énoncée dans *l'Affaire linguistique belge*, les propos de Mr. Hamer tombent éventuellement dans le champ de la conception absolue.

Dans la décision *Sakik, Türk, Alinak, Zana, Dicle et Dogan c/ Turquie*⁴⁸², du 25 mai 1995, concernant d'ex-parlementaires placés en garde à vue puis condamnés pour séparatisme et atteinte à l'intégrité de l'Etat, il s'est agi pour les requérants de retranscrire le modèle *Fox, Campbell et Hartley*, au titre duquel « même lorsqu'il s'agit d'infractions terroristes, la

⁴⁸⁰ Cour EDH, 5 janvier 2010, *Frasik c/ Pologne*, req. n° 22933/02, Recueil des arrêts et décisions 2010, § 80 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 50, pp. 563-569 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit de la famille*, 2010, comm. 37.

⁴⁸¹ Com. EDH, (déc. recev.), *Hamer c/ Royaume-Uni* précité (note n° 429).

⁴⁸² Com. EDH, Plén., (déc. recev. partielle), 25 mai 1995, *Sakik, Türk, Alinak, Zana, Dicle et Dogan c/ Turquie*, req. n° 23878/94 ; 23879/94 ; 23880/94 ; 23881/94 ; 23882/94 ; 23883/94.

nécessité de combattre la criminalité terroriste ne saurait justifier que l'on étende la notion de "plausibilité" jusqu'à porter atteinte à la substance de la garantie », sur le terrain de l'article 5, paragraphe 1.

Il ressort alors de ces illustrations l'idée plus ou moins distincte du double caractère absolu attribué au principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, ne permettant aucune atteinte à celle-ci, ni d'apprécier sa présence à l'aune d'une mise en balance des intérêts.

257. PROPOSITIONS D'EXPLICATION. Tentons, pour finir, d'expliquer la rareté globale du principe dans les interventions des requérants. On peut supposer, tout d'abord, que ce phénomène est dû – ou plutôt, était dû – à la non-spécialisation des demandeurs (ce statut n'étant pas conditionné par l'exigence de compétences juridiques, afin de permettre un accès à tous), ou du moins, à la non-maîtrise de la jurisprudence européenne. Par ailleurs, l'objectif de conviction devant l'instance européenne a certainement pour effet d'amener les requérants à être plus directs dans leur argumentaire, centré autour de l'objet de la plainte, encore accentué par la retranscription de l'essentiel des allégations par le greffé. Enfin, la nature même du raisonnement juridique de la Cour, principalement concret, aboutit probablement à ne pas encourager les entreprises de théorisation devant elle.

258. BILAN GENERAL DES ANALYSES. Dans l'ensemble, nous avons pu observer une certaine prévalence gouvernementale parmi l'expression des parties relative au principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit. Cependant, celles-ci restent indubitablement pusillanimes par comparaison à la Cour, et son développement de modèles pérennes, ainsi qu'aux juges individuellement, au regard du caractère explicite de certaines opinions. Etonnamment, le bilan paraît inversé s'agissant de la mise en œuvre de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit à l'espèce.

Section 2. Une manifestation subsidiaire de la protection absolue au sein du contrôle à l'espèce

259. UNE PRATICITE LACUNAIRE. Sous l'angle de l'application, les manifestations de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, conformes à l'approche absolue, se révèlent plus restreintes. Cela dit, le constat vise moins l'aspect quantitatif, en général, que qualitatif de ces références. Tandis que l'on discerne des exemples diversement évocateurs de l'interdiction d'atteinte à la substance « appliquée » (§I), des limites patentées à l'objet recherché se dévoilent (§II).

§ I. Des expressions d'application variablement évocatrices

260. A côté d'illustrations claires ou univoques de ladite notion (A), d'autres ne peuvent être considérées que douteuses ou hypothétiques (B), eu égard aux caractères principaux précédemment rappelés de la conception absolue.

A) Des illustrations claires

261. A l'instar des analyses intéressant la *première Section*, il semble nécessaire de présenter ici non seulement les exemples manifestes émanant du contrôle du juge européen lui-même (I), mais aussi ceux partiellement manifestes provenant d'autres « acteurs » (2).

1) L'expression claire de la Cour EDH

262. DES EXEMPLES TYPES. De quantité nettement moindre aux énonciations principales de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit lui-même, la Cour de Strasbourg a, dans certaines affaires, explicitement procédé à l'application de cet outil prétorien⁴⁸³. Encore une fois, les domaines classiques – mais aussi des jurisprudences notoires pré-étudiées – sont mobilisés.

263. SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 6 CEDH. Parmi les illustrations caractéristiques⁴⁸⁴ relatives au droit à un tribunal, en particulier, la mise en œuvre adéquate de la protection de la

⁴⁸³ Il semble qu'il en soit de même pour la Cour de justice, notamment dans sa jurisprudence plus ancienne, tel l'arrêt CJCE, 8 octobre 1986, *Ministère public de Fribourg c/ Franz Keller*, aff. 234/85, ECLI:EU:C:1986:377, points 8 et s. (voir R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 363-364).

⁴⁸⁴ Peuvent être tout particulièrement mentionnés les arrêts *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 241), §§ 194-197 et *Stubblings et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 241), §§ 50 ; 52 et 56. Ajoutons les arrêts *Marini c/ Albanie* précité (note n° 379), §§ 113 ; 122, et Cour EDH, 8 mars 2012, *Celice c/ France*, req. n° 14166/09, §§ 33-35, en tant qu'exemples moins explicites d'une telle manifestation.

substance ressort de façon éclatante de la décision *Boers*⁴⁸⁵, s'agissant des conditions d'assignation en réparation d'un ancien conseiller juridique. La Commission y a, d'une part, rappelé clairement le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, selon le modèle *Ashingdane*⁴⁸⁶, et d'autre part, suivi précisément les étapes de contrôle pré-exposées. Elle a ainsi été d'abord amenée à constater que « *la décision du bâtonnier du 24 octobre 1988 refusant de donner au conseil du requérant l'autorisation d'assigner Me L. n'a pas interdit au requérant l'accès à un tribunal. Cette décision ne constitue qu'une certaine forme de réglementation du droit d'accès à un tribunal qui ne revient pas à nier la substance du droit d'accès.* » (Nous soulignons). Au surplus, « *le requérant pouvait introduire lui-même son action en justice en vertu de l'article 728 du Code judiciaire* ». La première condition se voyant satisfaite, la Commission a alors pu continuer son contrôle (en témoigne formellement un saut paragraphe), considérant successivement les conditions de légitimité de la mesure en cause, puis de proportionnalité.

264. SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 3 DU PROTOCOLE N° 1 CEDH. Sans qu'il ne soit nécessaire de les retranscrire ici directement, on peut généralement tirer des arrêts précités *Matthews*⁴⁸⁷, relatif à l'organisation d'élections parlementaires européennes à Gibraltar, et *Aziz*⁴⁸⁸, concernant le vote aux élections législatives des chypriotes turques vivant dans la zone contrôlée par le Gouvernement, la concentration immédiate de l'examen sur l'interdiction d'atteinte à la substance du droit à des élections libres (suite à l'évocation des principes applicables selon le modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁴⁸⁹). Par celle-ci s'achève d'ailleurs le contrôle au sein de ces deux affaires, le juge de Strasbourg sanctionnant l'atteinte à l'essence ou substance du droit de vote.

265. SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 5, PARAGRAPHE 3 CEDH. S'agissant de l'article 5, il est à tout le moins possible d'évoquer une manifestation « appliquée », extraite de l'arrêt *Brogan*⁴⁹⁰. Ce modèle d'énonciation du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit donne également lieu à une mise en œuvre qui rappelle la conception absolue. La Cour a ainsi déduit de l'inconditionnalité de la protection de la substance, préservée de tout compromis ou mise en balance, que l'« *on élargirait de manière inacceptable le sens manifeste d'"aussitôt" si l'on attachait aux caractéristiques de la cause un poids assez grand*

⁴⁸⁵ Com. EDH, (déc. irrecev.), *Boers c/ Belgique* précité (note n° 420).

⁴⁸⁶ Voir *supra*, n° 224-226.

⁴⁸⁷ Cour EDH, Gde ch., *Matthews c/ Royaume-Uni* précité (note n° 319), §§ 63-65.

⁴⁸⁸ Cour EDH, *Aziz c/ Chypre* précité (note n° 340), §§ 25 ; 28-30.

⁴⁸⁹ Voir *supra*, n° 233.

⁴⁹⁰ Cour EDH, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 49), §§ 59 ; 61-62.

pour justifier une si longue détention sans comparution devant un juge ou un "autre magistrat". On mutilerait de la sorte, au détriment de l'individu, une garantie de procédure offerte par l'article 5 par. 3 (...) et l'on aboutirait à des conséquences contraires à la substance même du droit protégé par lui » (nous soulignons).

Si le contrôle paraît inclure les éléments de but légitime apportés par le Gouvernement, on peut y voir une technique de motivation destinée à convaincre ce dernier du caractère juste de la décision prononcée ; l'examen s'arrêtant sur le constat d'atteinte à la substance du droit en cause. Remarquons, tout de même, que l'appréciation de l'élargissement « rapide » ou de la « prompte » comparution est laissée à la discrétion du juge, et invite la considération de divers intérêts, quoi qu'elle concerne plus directement la substance du droit dans la représentation idéale analysée.

266. SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 12 CEDH. Enfin, la décision *Pitzalis et Lo Surdo*⁴⁹¹, relative à l'écart d'âge légal entre adoptants et adoptés, doit être à nouveau évoquée. La Commission y a tant invoqué les principes établis dans le modèle *Rees*⁴⁹², que respecté en pratique la priorité revenant à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit⁴⁹³, face autres mécanismes classiques d'examen. Relevant ainsi que « *la législation nationale autorise l'adoption et que les requérants ont déjà adopté un enfant conformément aux dispositions internes en vigueur* », elle a noté « *qu'en prévoyant une différence maximum de 40 ans entre adoptant et adopté, la loi italienne n'écarte pas toute possibilité d'adoption pour les personnes de plus de quarante ans* » (nous soulignons). La Commission en a dès lors conclu à l'absence d'atteinte à la substance du droit de fonder une famille, justifiant la poursuite de l'examen de la restriction étatique d'espèce.

267. Il convient de compléter ces manifestations expresses provenant de la Juridiction elle-même par d'autres dont la portée est nécessairement moindre, et fluctuante.

2) L'expression inégalement claire d'autres « acteurs » de la Cour EDH

268. Participent distinctement de son rayonnement pratique les expressions « appliquées » de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit émanant soit de juges ou de parties dans le cadre de la Cour européenne : à la relative éloquence des premiers dans leurs opinions séparées (a), s'oppose la fragmentation et nébulosité dans l'argumentaire des secondes (b).

⁴⁹¹ Com. EDH, (déc. recev. partielle), *Pitzalis ; Lo Surdo c/ Italie* précité (note n° 240).

⁴⁹² Voir *supra*, n° 234.

⁴⁹³ Bien qu'elle commence en réalité par s'intéresser à l'inscription de la mesure en cause dans la législation italienne, conformément aux pré-requis de l'article 12 de la CEDH.

a) *L'expression éloquente de juges à la Cour EDH*

269. L'EXEMPLE SIGNIFICATIF DE L'OPINION CONCORDANTE DES JUGES RESS ET ZUPENCIC SOUS L'ARRET *PRINCE HANS-ADAM II*. Parmi les références individuelles de juges à la Cour européenne, une peut notamment être évoquée ici⁴⁹⁴. Il est question de l'opinion concordante du juge RESS, à laquelle se rallie le juge ZUPENCIC, sous l'arrêt *Prince Hans-Adam II*⁴⁹⁵, concernant le droit d'accès à un tribunal. Dans cette affaire relative à l'immunité de juridiction opposée au requérant par les juridictions allemandes quant à une procédure de restitution de tableau (confisqué par l'ex-Tchécoslovaquie), les juges ont soutenu que « contrairement à l'opinion exprimée par la Cour au paragraphe 69 de l'arrêt, l'exclusion de la juridiction de l'Allemagne a porté atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal dans le chef du requérant et ne saurait être appréciée à l'aune du principe de proportionnalité. Il s'agit d'une limitation structurelle au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1. » (Nous soulignons).

Apparaissent ainsi sans méprise la distinction des outils « substantialiste » et « proportionnaliste » et l'existence d'une limite structurelle au droit à un tribunal engageant *de jure* le premier outil ; sans qu'il ne soit, dès lors, nécessaire de prolonger plus en avant l'examen.

270. Si cet usage probant paraît modeste face à la pluralité apparente des manifestations produites par les parties aux litiges, ces dernières se révèlent bien moins explicites ; de telles manifestations sont, de surcroît, largement hétérogènes.

b) *L'expression fractionnée et nébuleuse des parties devant la Cour EDH*

271. UNE SERIE D'INDICES. Il peut s'avérer difficile de reconnaître, parmi les nombreux renvois des parties⁴⁹⁶ (et essentiellement des requérants) à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, une application conforme à la conception absolue ; les critères qui y sont propres n'apparaissent pas tous manifestement (en sus du fait que ces renvois ne s'accompagnent en général pas, comme nous l'avons vu, d'expression préalable sur le terrain

⁴⁹⁴ – Également sur le terrain du droit à un tribunal, rappelons, à titre principal, l'opinion concordante du juge DE MEYER sous Cour EDH, *Tinnelly & Sons LTD et autres et McElduff et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 242), § 2, et, à titre additionnel, celle en partie dissidente commune aux juges RUSSO et SPIELMANN sous Cour EDH, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 241). Mentionnons, en sus, l'opinion dissidente commune des juges TULKENS et LOUCAIDES sous Cour EDH, 26 février 2002, *Essaadi c/ France*, req. n° 49384/99, § 4. – Sur le terrain du droit prévu à l'article 12, réinvoquons l'opinion dissidente du juge VAN DIJK, sous l'arrêt de Grande chambre *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni* précité (note n° 300), § 8.

⁴⁹⁵ Cour EDH, Gde ch., *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne* précité (note n° 320).

⁴⁹⁶ En guise d'information, notons que la référence des parties à l'atteinte à la substance du droit est également très importante sur le terrain de l'article 1 du Protocole n°1, spécifiquement étudié dans la *seconde Partie*.

des principes mêmes). Deux cas de figure apparaissent alors : certaines manifestations indiquent principalement l'idée de condition première et ultime du contrôle des restrictions ; d'autres, marginales, renvoient plutôt à l'exigence d'injustifiable en soi.

272. L'ILLUSTRATION IMPLICITE D'UNE CONDITION PREMIERE. Une première fraction – majoritaire – de ces manifestations témoigne d'une idée de priorité. Elle correspond ainsi à deux cas de figure, dépendamment de la partie en cause. Les requérants, de leur côté, centrent leur argumentation sur l'interdiction d'atteinte à la substance, sans évoquer les autres conditions. Cela semble signifier par renversement que seule celle-ci est première, et dernière dans la mesure où elle ne se trouve pas satisfaite. C'est ce qui ressortait notamment de l'intervention, sur le terrain de l'article 6, du requérant dans l'arrêt de chambre *Boulois c/ Luxembourg*⁴⁹⁷, du 14 décembre 2010, relatif à des décisions de refus par la Commission pénitentiaire de congé pénal d'un détenu. Il y était effectivement avancé le motif de l'atteinte à la substance du droit à un tribunal, « *les juridictions administratives s'étant déclarées incompétentes, et le requérant ne disposant d'aucun autre recours contre les décisions de la commission pénitentiaire* ». Ce dernier pouvait alors conclure à la privation « *de son droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention* », et clore par là son argumentation. Le Gouvernement détient quant à lui une stratégie de défense nécessairement, puisqu'il s'agit de démontrer la conformité d'une mesure avec les différentes conditions du contrôle. Aussi, à l'occasion de l'arrêt *Pompey c/ France*⁴⁹⁸, du 10 octobre 2013, concernant la radiation du rôle d'une instance en appel, celui-ci a récusé une à une lesdites conditions, en commençant par l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, suivant en cela le modèle *Ashingdane*.

273. L'ILLUSTRATION RARE D'UN INJUSTIFIABLE EN SOI. Par ailleurs, quelques interventions concernent plus spécifiquement la mise en œuvre de l'exigence d'une évaluation absolue de l'atteinte au droit. Cela étant dit, signalons, d'une part, que les énoncés en cause sont exclusivement issus de l'argumentation des requérants, et d'autre part, que les terrains potentiels d'occurrence sont d'une surprenante – pour ne pas dire suspecte – variété. Il convient de commencer par évoquer, quant au droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer (rattaché à l'article 6, paragraphe 1), les propos des requérants dans l'arrêt de Grande chambre

⁴⁹⁷ Cour EDH, ch., 14 décembre 2010, *Boulois c/ Luxembourg*, req. n° 37575/04, § 69 (l'arrêt de Grande chambre, 3 avril 2012, Recueil des arrêts et décisions 2012). Voir, aussi, Cour EDH, *Crisan c/ Roumanie* précité (note n° 361), § 22 ; Cour EDH, 21 septembre 2004, *Związek Nauczycielstwa Polskiego c/ Pologne*, req. n° 42049/98, Recueil des arrêts et décisions 2004-IX, §§ 26-27.

⁴⁹⁸ Cour EDH, 10 octobre 2013, *Pompey c/ France*, req. n° 37640/11, §§ 27-29.

*O'Halloran et Francis*⁴⁹⁹. Rappelons que cette affaire concernait des condamnations pour excès de vitesse impliquant l'obligation de fournir des aveux. Or, selon Messieurs O'Halloran et Francis « *le problème grave que pose la mauvaise conduite automobile ne suffit pas à justifier un système de contrainte qui vide de toute substance les droits consacrés par l'article 6* » (nous soulignons). Il s'en dégage l'idée d'un injustifiable qui peut être considéré comme « en soi », dans la mesure où l'atteinte causée au droit serait telle – elle l'épuise ou l'anéantit *totale*ment – que nulle compensation ne pourrait la résorber.

D'autres exemples probables nécessitent d'être regardés avec circonspection, en ce qu'ils interviennent dans le cadre, ou à proximité, d'une vision dite classique du contrôle. C'est ce qui ressort notamment du raisonnement des demandeurs dans les affaires turques *Yumak et Sadak*⁵⁰⁰, concernant le seuil électoral de 10% conditionnant la représentation des partis politiques au Parlement (sur le terrain de l'article 3 du Protocole n° 1), et *Leyla Sahin*⁵⁰¹,

Remarquons, toutefois, que cette lecture n'est pas la seule possible ; les cas précités pourraient aussi bien – tout particulièrement s'agissant des droits encadrés par la clause d'ordre public – révéler une absence de compensation ou de justification propre à l'affaire en cause, de sorte qu'ils relèveraient de l'injustifié d'espèce, ultérieurement explicité.

274. BILAN DE L'ANALYSE. Ainsi s'achève la présentation des manifestations qualifiées de claires de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit « appliquée ». Parfois tacites et incomplètes, elles sont apparues principalement admissibles. On peut toutefois émettre un bémol quant à l'expression des parties, la question de l'interprétation – du fait de l'implicite ou de l'équivocité de ces cas – étant alors prégnante. En ceci, le parallèle est possible avec des arrêts qui sembleraient, dans une certaine mesure, témoigner de la mise en œuvre de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit absolue, mais pour lesquels l'incrédulité domine.

B) Des illustrations douteuses

275. UN DOUBLE ANGLE D'HYPOTHESE. L'observation des autres illustrations prétoriennes, largement évasives et potentielles, de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit « appliquée » conduit à l'émergence de deux hypothèses distinctes : selon un angle positif tout d'abord, il est envisageable, pour un nombre d'affaires donné, de dégager l'idée d'une primitivité implicite du contrôle de ladite interdiction (1) ; cela étant dit, il paraît également possible, selon un angle négatif, d'interpréter tout ou partie de ces exemples à la lumière de la notion d'injustifié d'espèce (2).

1) L'hypothèse positive d'une primitivité du test d'interdiction d'atteinte à la substance du droit

276. UNE PRIMITIVITE PLAUSIBLE. Certains cas, particulièrement sur le terrain de l'article 6 de la Convention, permettraient d'imaginer la mise en œuvre appropriée de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit absolue, tout en s'entourant de nombreuses absences et freins. Ils ont en commun le constat final d'atteinte à la substance, sans que la nature du contrôle généralement effectué n'apparaisse visiblement ; au-delà, une part ne fait directement référence à l'interdiction d'atteinte à la substance qu'en solution⁵⁰⁴, et d'autres sont aussi

⁵⁰⁴ Voir, en exemples, Cour EDH, *Beneficio Cappella Paolini c/ Saint-Marin* précité (note n° 329), § 29 ; Cour EDH, *Crisan c/ Roumanie* précité (note n° 361), § 29 ; Cour EDH, *Blandeau c/ France* précité (note n° 376), § 32.

marqués par un rappel sur le plan des principes applicables⁵⁰⁵. Procèdent-ils d'un examen implicite au titre de l'interdiction d'atteinte à la substance, comme première et dernière condition, au résultat positif ? Plusieurs indications discréditent un tel postulat. Tout d'abord, la concordance des cas principalement visés avec une absence de marque d'identification de la substance⁵⁰⁶, sans être rédhibitoire, interroge. En outre, soulignons qu'une partie des arrêts en cause présente la forme d'énonciation d'un principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit unique, considérée suspecte.

Sur d'autres terrains d'occurrence⁵⁰⁷, on peut révoquer la décision d'irrecevabilité *Benkaddour*⁵⁰⁸, relative à une interdiction de vote successive à l'absence de demande par le requérant de radiation du centre consulaire et d'inscription sur les listes électorales européennes de sa Commune de résidence dans le délai réglementaire. Cette décision semble témoigner, après le renvoi au modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁵⁰⁹, d'un examen dans l'ordre adéquat des conditions aux restrictions envers le droit à des élections libres, à commencer par celle d'interdiction d'atteinte à la substance du droit. Soulignant que « *l'obligation de respecter, dans le délai réglementaire, les formalités de radiation puis d'inscription sur une nouvelle liste, ne réduisait pas les droits du requérant au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité* », la Cour a pu prolonger son contrôle à l'égard du but légitime, et conclure à l'absence de disproportion des mesures litigieuses s'inscrivant dans la marge d'appréciation française. Cela dit, le caractère succinct de l'appréciation, une fois l'atteinte à la substance du droit écartée, invite à considérer la confusion des éléments du contrôle en faveur de la proportionnalité (complétée par la légitimité), au détriment d'un authentique examen du principe qui nous intéresse.

277. UNE PRIMITIVITE MALMENEÉE. D'autres espèces inviteraient elles aussi à être, dans une certaine mesure, perçues comme s'inscrivant dans l'approche absolue de la protection, bien qu'elles marquent des entorses à la règle de priorité fondamentale. Deux exemples peuvent en particulier être invoqués, concernant spécifiquement le droit à un tribunal. L'arrêt *Ashingdane*⁵¹⁰ pour commencer, modèle fondateur sur le plan des principes, suscite des questionnements quant à la mise en œuvre de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit à

⁵⁰⁵ Voir, en guise d'exemples, Cour EDH, *Philis c/ Grèce* précité (note n° 377), §§ 59 ; 65 ; Cour EDH, *Eglise catholique de la Canée c/ Grèce* précité (note n° 318), §§ 38 ; 41-42 ; et récemment, Cour EDH, 10 janvier 2017, *Aparicio Navarro Reverter et García San Miguel y Orueta c/ Espagne*, req. n° 39433/11, §§ 35 ; 38 ; 40.

⁵⁰⁶ Voir *supra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §II, A), 1) et 2) notamment.

⁵⁰⁷ Voir, éventuellement, quant à l'article 12 CEDH, Com. EDH, (déc. recev.), *Hamer c/ Royaume-Uni* précité (note n° 429), § 8.

⁵⁰⁸ Cour EDH, (déc. irrecev.), *Benkaddour c/ France* précité (note n° 240).

⁵⁰⁹ Voir *supra*, n° 233.

⁵¹⁰ Cour EDH, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* précité (note n° 221), §§ 57-59.

un tribunal. La Cour a en effet entamé l'examen de la mesure litigieuse concernant le refus de transfert du requérant dans un hôpital psychiatrique ordinaire en observant la légitimité des buts visés ; et ce n'est qu'après qu'elle semble avoir traité l'interdiction d'atteinte à la substance, remarquant que « *quoique dès lors applicable, l'article 141 n'empêchait qu'en partie d'assigner en justice les autorités compétentes, du chef de pareil refus, pour manquement allégué aux exigences de l'article 3 de la loi de 1977* »⁵¹¹, pour rejeter *in fine*, dans l'ordre approprié, toute violation au regard des conditions pré-établies.

D'une autre manière, l'arrêt *Nedzela*⁵¹², relatif au recours en appel contre une condamnation pour recel de favoritisme, montre une altération pratique du modèle *Ashingdane*. Après en avoir rappelé par deux fois la forme principielle et opéré un contrôle que l'on peut qualifier de neutre ou inexplicite, le juge européen a conclu de la façon suivante : « *le fait que les personnes condamnées en première instance pour délit de favoritisme n'ont pas fait appel du jugement les ayant déclarées coupables de ce chef n'a pas eu, concrètement, pour effet de limiter le droit d'accès du requérant (condamné pour recel de favoritisme) au juge d'appel, puis au juge de cassation, d'une façon disproportionnée, ni, à plus forte raison, d'atteindre ce droit dans sa substance même* »⁵¹³ (nous soulignons). S'il ressort de cette solution une distinction expresse entre l'interdiction d'atteinte à la substance et la proportionnalité, en termes de gradation de l'atteinte, la Cour de Strasbourg déçoit à ne pas respecter explicitement l'ordre reconnu d'examen. Une telle pratique génère inévitablement un sentiment d'ambiguïté quant à l'approche prétorienne déployée.

278. Or, nonobstant la volonté de lire dans les illustrations précédentes l'émanation – maladroite – d'une conception absolue, il semble que celles-ci soient, en réalité, assimilables à un constat de disproportion à l'esprit du juge européen.

2) L'hypothèse négative d'un injustifié d'espèce

279. DEFINITION DE L'INJUSTIFIE D'ESPECE. L'analyse de la mise en œuvre de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, au sens absolu, suppose de signaler dès à présent les équivocités qui en entourent la plupart des manifestations. Ainsi, des cas présentés comme des illustrations vraisemblables semblent pouvoir recouvrir une autre réalité, mélangée. Cette seconde interprétation s'appuie sur la notion d'injustifié d'espèce, émise par Sébastien VAN

⁵¹¹ Cour EDH, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* précité, § 59.

⁵¹² Cour EDH, *Nedzela c/ France* précité (note n° 235), §§ 45-58.

⁵¹³ Cour EDH, *Nedzela c/ France* précité, § 58.

DROOGHENBROECK, et s'oppose à l'injustifiable en soi⁵¹⁴ en ce que « *rien n'exclut a priori que le même acte ou la même omission, mis au service d'un autre but, puisse à l'avenir résister à l'examen de proportionnalité* »⁵¹⁵. Plus précisément, il s'agirait pour nous de suggérer l'hypothèse d'un « *recouvrement partiel de la proportionnalité et de l'intangibilité de la substance* »⁵¹⁶. S'appuyant sur le constat que toute atteinte à la substance peut être considérée comme disproportionnée, la première revient de fait à la seconde. Autrement dit, « *l'injustifiable en soi est nécessairement voué à être un injustifié en l'espèce* »⁵¹⁷. Et l'injustifié d'espèce est pleinement lié aux données (intérêts et contraintes distincts) du cas ; la gravité de l'atteinte étant si importante, et ne se voyant pas suffisamment justifiée par les motifs étatiques, que la substance du droit est affectée.

280. UNE IRRADIATION LATENTE DE LA JURISPRUDENCE. Ainsi, la plupart des arrêts examinés dans la sous-partie ci-dessus sont susceptibles de s'inscrire dans cette idée⁵¹⁸, tel l'arrêt *Philis*⁵¹⁹, établissant l'atteinte à la substance du droit à un tribunal du requérant, dont les droits d'action avaient été subrogés par la Chambre technique grecque (T.E.E.) propre aux ingénieurs, « *que nul recours offert par le droit grec ne pouvait effacer* ». Il s'en dégage l'idée de compensation du grief affectant le requérant, inhérent à la mesure de subrogation des droits d'action en justice des ingénieurs par la T.E.E. On imagine que la solution aurait été différente si un ou des recours parallèles avaient été ouverts, nonobstant la subrogation. De manière similaire, il paraît envisageable d'interpréter la solution de l'arrêt *Eglise catholique de la Canée*⁵²⁰, comme signifiant que la décision constatant l'incapacité de l'Eglise requérante d'ester en justice ne pouvait en l'espèce être justifiée par l'argumentaire gouvernemental de « *simple formalité nécessaire à la protection de l'ordre public* ». Par ailleurs, en évoquant

⁵¹⁴ L'auteur résume la distinction entre les deux notions de la façon suivante : « *avant même de se demander si tel ou tel but particulier pourrait justifier une action ou une omission, il semble normal de s'assurer que celle-ci pourrait être justifiée par quelque but que ce soit* » (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 357).

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 352.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 362. Voir, en parallèle, la thèse de l'absolutisme pragmatique, développée *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 363.

⁵¹⁸ – La question se pose également quant à la ligne jurisprudentielle *Heaney et McGuinness c/ Irlande* précité (note n° 243) (voir notamment § 58 de l'arrêt ; aussi, *supra*, n° 160) : ne doit-on plutôt lire, derrière l'affirmation que les préoccupations de sécurité publique ne « sauraient justifier » l'atteinte à la substance du droit de garder le silence et ne pas s'auto-incriminer, un constat d'insuffisance dans cette affaire des buts légitimes invoqués face à la gravité de l'atteinte ?

– Notons aussi que selon les requérants de l'affaire *Ahmed et autres* précité (note n° 423), § 73, les restrictions sur le plan politique des fonctionnaires locaux portent atteinte à la substance du droit à des élections libres en ce qu'elles ne sont pas justifiées en l'espèce.

⁵¹⁹ Cour EDH, *Philis c/ Grèce* précité (note n° 377), § 65.

⁵²⁰ Cour EDH, *Eglise catholique de la Canée c/ Grèce* précité (note n° 318), § 41.

l'affaire *Platakou*⁵²¹ dans laquelle elle avait procédé à une assimilation entre atteinte à la substance du droit et disproportion basée sur l'absence de responsabilité de la requérante dans la situation litigieuse, la Cour suggère dans l'arrêt *Blandeau*⁵²² que la sanction d'une absence de notification des trois ordonnances (et non seulement d'une) rendues par le Conseil d'Etat à la requérante manquait d'explication. Enfin, on peut évoquer complémentirement l'arrêt *Düzova*⁵²³, relatif à la mesure de mise sous tutelle automatique de personnes majeures condamnées pour au moins un an, dans lequel le juge de Strasbourg a reconnu que la finalité poursuivie par une telle mesure n'était pas satisfaite et conclu à l'atteinte à la substance du droit à un tribunal, puisque le requérant, cherchant la réparation de préjudices subis durant sa détention, « *pouvait (...) légitimement vouloir s'adresser à une juridiction* »⁵²⁴.

281. En considérant des exemples de l'interdiction d'atteinte à la substance « appliquée » générateurs de doute, le dernier angle d'analyse permet aussi d'éclairer l'existence de limites générales et récurrentes à la mise en œuvre à l'espèce de ladite interdiction.

§ II. Des limites flagrantes

282. UNE CONTRADICTION DE LOGIQUE JURIDIQUE. Alors que le principe même d'interdiction d'atteinte à la substance du droit bénéficie d'un véritable ancrage au sein de la jurisprudence de la Cour, par des manifestations relativement constantes sur des terrains spécifiques de garantie, le contrôle en reste fréquemment évanescent. Il se dégage ainsi une majorité de cas qui ne renvoient pas à la notion sur le terrain de l'application des principes à l'espèce (A), voire attestant, par contre, d'un recours visible à d'autres instruments de contrôle (B).

A) La non-évocation de la notion durant le contrôle

283. PREMIER FACTEUR DE LIMITE. Il est incidemment ressorti des analyses propres à cette *Section*, et notamment des plus récentes, l'invisibilité du contrôle de l'interdiction d'atteinte à la substance dans de nombreux arrêts (1). En présence d'une solution de non-atteinte, il serait toutefois permis de supposer que la Cour exerce un examen implicite, au résultat négatif (2).

⁵²¹ Cour EDH, *Platakou c/ Grèce* précité (note n° 376), § 39.

⁵²² Cour EDH, *Blandeau c/ France* précité (note n° 376), § 31.

⁵²³ Cour EDH, *Düzova c/ Turquie* précité (note n° 411), §§ 97-103.

⁵²⁴ Cour EDH, *Düzova c/ Turquie* précité, § 102.

1) L'absence de contrôle explicite d'atteinte à la substance du droit

284. UNE PRATIQUE GÉNÉRALISÉE. Il nous a été donné de remarquer la faible inclinaison de la Cour de Strasbourg à exercer un contrôle explicite et détaillé s'agissant de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit ; et ce, même lorsqu'elle en ré-invoquait le principe en amont. Une telle abstention semble concerner indistinctement les arrêts débouchant sur un constat d'atteinte, ou non, à la substance.

285. L'EMBARRAS DES CAS SPÉCIFIQUES D'ATTEINTE À LA SUBSTANCE. Notablement, l'imperceptibilité du contrôle de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit concerne la plupart des arrêts sus-cités présentant une solution positive⁵²⁵ ; reconnaissant, en d'autres termes, l'atteinte à la substance. A l'inverse, très rares sont les arrêts témoignant d'un contrôle plus ou moins express au résultat positif⁵²⁶. Cette absence de contrôle explicite apparaît d'autant plus dérangeante lorsque la Cour européenne rappelle en amont le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, absolument conçu, et conclut à ce titre. Ainsi, nonobstant l'hypothèse d'un examen prioritaire implicite de ladite interdiction, la lecture de tels jugements procure indiscutablement l'impression d'un « blanc » à l'étape de sa mise en œuvre. Finalement, on ne peut que se demander à quoi ce principe fait référence, en pratique, pour le juge de Strasbourg. Aussi, l'abstention prétorienne est certainement problématique puisqu'elle laisse envisager la vacuité concrète de l'interdiction d'atteinte à la substance. A tout le moins, elle semble indubitablement révéler un manque d'engagement ou d'adhésion profonde de la Cour européenne à l'égard de la conception absolue de la protection de la substance du droit.

286. Quant aux cas se finalisant par un constat de respect de la substance du droit, ne se précèderaient-ils pas d'un examen implicite ?

2) Un contrôle implicite-négatif d'atteinte à la substance du droit ?

287. PRESENTATION DE L'HYPOTHESE. Face à des arrêts retenant l'absence d'atteinte à la substance d'un droit, alors que la Cour de Strasbourg reste muette par ailleurs dans le corps du contrôle, on peut supposer la réalisation d'un examen implicite résultant en une solution négative manifeste, que la Cour dépasserait sans même évoquer. Certaines affaires semblent

⁵²⁵ Voir, notamment, *supra* Section 2, §I, B), les affaires relatives à l'article 6 CEDH. – S'agissant de la question, voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 446-447.

⁵²⁶ Ont pu être distingués à cet égard les arrêts *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 241), §§ 195-196, ou encore *Stubbings et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 241), § 52.

notamment pouvoir s'inscrire au sein d'une telle hypothèse dans la mesure où le défaut d'atteinte à la substance y est flagrant, comme dans le cas d'une responsabilité directe du requérant à l'égard de la situation litigieuse. Remarquons que cette configuration admet la neutralité du contrôle accompli par le juge européen en tout – autrement dit, s'agissant de toutes les conditions de la clause d'ordre public renouvelée, ou en partie – s'agissant de l'interdiction d'atteinte à la substance seule, alors que le contrôle des autres conditions est, lui, formulé.

288. L'EXEMPLE DE L'ARRÊT *EDIFICACIONES MARCH GALLEGO S.A.* Sur le terrain du droit à un tribunal, on peut mentionner l'arrêt *Edificaciones March Gallego S.A.*⁵²⁷, relatif à l'opposition de la société requérante à la procédure en paiement de lettre de change. A cette occasion, la Cour, aux suites d'un rappel classique du modèle *Ashingdane*⁵²⁸, n'a pas éclairci le contrôle pratiqué en l'espèce, et pourtant conclu que « *la société requérante n'a pas subi d'entrave à son droit d'accès à un tribunal et que, dès lors, il n'y a pas eu atteinte à la substance de son droit à un tribunal* »⁵²⁹. Néanmoins, il émane de son examen d'une part, l'existence d'une négligence pour l'erreur commise dans la mention de l'auteur du recours, conduisant à son irrecevabilité, erreur qui était « évitable » ; d'autre part, la teinte proportionnaliste de la logique de contrôle à l'œuvre. Il est dès lors possible de supposer la considération tacite d'un défaut d'atteinte à la substance, eu égard au fait que la société requérante a elle-même (par l'intermédiaire de son administrateur) été responsable de l'irrecevabilité, d'après la Cour.

289. Pour autant, au-delà des arrêts globalement inexplicites quant à la teneur du contrôle effectué, certains sont caractérisés par un examen relativement direct et immédiat des conditions classiquement observées, à l'exclusion toujours de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit. Ces affaires invitent, plus encore, à s'interroger sur une absence totale d'examen de l'interdiction d'atteinte à la substance, plutôt que d'envisager un contrôle implicite négatif.

⁵²⁷ Cour EDH, *Edificaciones March Gallego S.A. c/ Espagne* précité (note n° 399), §§ 34-37. Voir, similairement (mais sans évocation de la notion étudiée dans la solution), Cour EDH, 11 octobre 2001, *Rodriguez Valin c/ Espagne*, req. n° 47792/99, §§ 22 ; 28 ; Cour EDH, *Nedzela c/ France* précité (note n° 235), §§ 45 ; 56-58.

⁵²⁸ Voir *supra*, n° 224-226.

⁵²⁹ Cour EDH, *Edificaciones March Gallego S.A. c/ Espagne* précité, § 37.

B) Le recours visible aux autres instruments sur le terrain du contrôle

290. SECOND FACTEUR DE LIMITE. L'évocation des cas marqués par l'usage, sur le plan du contrôle, d'autres outils que l'interdiction d'atteinte à la substance vient clore notre analyse des limites. La Cour concentre, consécutivement à l'énonciation des modèles principaux, plus ou moins explicitement le contrôle sur les conditions de légitimité et de proportionnalité (1), ce qui ne l'empêche parfois pas de conclure en invoquant l'atteinte – ou non – à la substance (2).

1) La mise en œuvre explicite des autres conditions de la clause d'ordre public renouvelée

291. UNE SUPREMATIE IMMEDIATE DANS L'EXAMEN. Sans qu'ils justifient de façon évidente un test implicite (négatif) de l'atteinte à la substance et qu'un tel contrôle puisse être entrevu au sein de l'arrêt, certains cas rendent manifestement compte d'un contrôle commandé par les conditions classiques d'examen. Aussi, nonobstant le rappel du principe d'interdiction d'atteinte à la substance à l'occasion du rappel des règles applicables, la Cour entame immédiatement l'examen à l'espèce des autres conditions de légitimité et proportionnalité, sans ne jamais faire référence à l'interdiction d'atteinte à la substance. Rien ne peut donc permettre de conclure qu'un examen – même implicite – de celle-ci a été réalisé.

292. DES ILLUSTRATIONS RELATIVES AU DROIT A UN TRIBUNAL (ARTICLE 6, § 1 CEDH). Encore une fois, c'est le domaine de l'article 6, paragraphe 1, qui offre des illustrations significatives de ce cas de figure. Par exemple, dans l'affaire *Cordova (n° 1) c/ Italie*⁵³⁰, du 30 janvier 2003, concernant l'immunité bénéficiant à un sénateur faisant l'objet de poursuites pénales pour outrage à officier public et entraînant le non-lieu de l'action initiée suite à la plainte du requérant, le résultat d'un potentiel test de respect de la substance du droit à un tribunal n'allait pas nécessairement de soi. Ainsi, en l'absence de tout constat général de disproportion à l'égard des immunités parlementaires⁵³¹, le juge de Strasbourg a néanmoins remarqué que le requérant ne disposait en l'espèce « *d'autres voies raisonnables pour*

⁵³⁰ Cour EDH, 30 janvier 2003, *Cordova c/ Italie (n° 1)*, req. n° 40877/98, §§ 54 et s. ; semblablement, Cour EDH, 30 janvier 2003, *Cordova c/ Italie (n° 2)*, req. n° 45649/99, §§ 55 et s. (Voir, dans le sens opposé, Cour EDH, Gde ch., *McElhinney c/ Irlande* précité (note n° 326), §§ 34 et s., dans lequel la Cour, débutant également le fond de son contrôle d'espèce par la condition de légitimité du but poursuivi par l'Etat irlandais, puis examinant la condition de proportionnalité, quant à une mesure d'immunité souveraine accordée à l'Etat britannique pour une demande de dommages et intérêts, ne juge pas qu'elle donne lieu à une violation de la Convention, eu égard, notamment, à la présence d'un autre recours disponible en Irlande du Nord contre le ministre britannique de la Défense (§ 39), suivant la ligne jurisprudentielle *Waite et Kennedy c/ Allemagne* précitée (note n° 399), § 68).

⁵³¹ Cour EDH, *Cordova c/ Italie (n° 1)* précité, § 60.

protéger efficacement ses droits garantis par la Convention »⁵³², cela – ajouté au dépassement de la stricte fonction parlementaire des actions du sénateur, dont l’immunité parlementaire a alors rompu le « *juste équilibre* » entre l’intérêt général et individuel – justifiant la sanction de l’Etat italien pour violation. Similairement, l’arrêt *Tinnelly & Sons LTD et autres et McElduff et autres*⁵³³, concernant la délivrance de certificats ministériels valant preuve irréfutable quant aux contestations des requérants en matière de non-obtention de contrats publics, ne laisse aucun signe d’un éventuel contrôle tacite de l’interdiction d’atteinte à la substance. Suite au rappel du modèle *Ashingdane*⁵³⁴, le juge européen a précisé la situation factuelle et juridique d’espèce – le défaut de contrôle indépendant par les organes d’enquêtes appropriés, d’une part, et juridictionnel complet, d’autre part, pour mieux l’apprécier à la lumière des

supra, n° 224-226.

⁵³⁵ Cour EDH, *Tinnelly & Sons LTD et autres et McElduff et autres c/ Royaume-Uni* précité, § 77.

⁵³⁶ Voir, pour illustration, Cour EDH, 31 octobre 2006, *Jelicic c/ Bosnie-Herzégovine*, req. n° 41183/02, Recueil des arrêts et décisions 2006-XII, §§ 39 et s. Rajoutons l’exemple particulier de l’arrêt *Barrenechea Atucha c/ Espagne* précité (note n° 412), § 36, relatif à un pourvoi en cassation initialement déclaré recevable par le

même, l'aboutissement du juge européen à un résultat négatif au regard de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit seule, sans y avoir fait référence au cours du contrôle, contrairement aux autres instruments précités de contrôle, ne peut que passer pour suspecte⁵³⁷. Enfin, les cas concluant sans contrôle explicite préalable à l'absence d'atteinte à la substance du droit doivent également alerter. Il s'agit d'espèces où l'hypothèse d'un examen implicite négatif est envisagée et il s'avère que la frontière entre ceux qui relèvent de cette hypothèse et ceux qui n'en relèvent pas est ténue. Ainsi, on avait pu supposer à l'occasion de l'analyse de l'arrêt *Cordova* (n° 1) que le caractère « manifeste » d'un examen implicite négatif était lié à l'existence d'autres voies de recours permettant d'assurer la garantie du droit à un tribunal. Toutefois, à étudier de plus près les cas suivant l'arrêt *Waite et Kennedy*⁵³⁸ de 1999, il ne peut raisonnablement être soutenu qu'ils témoignent d'un contrôle informulé au titre de la notion qui nous intéresse, mais bien d'un contrôle de proportionnalité en totalité.

295. BILAN GENERAL DES ANALYSES. Ainsi, la difficulté majeure de ces arrêts n'est autre que l'incrédulité qu'ils engendrent quant à l'accomplissement par la Cour européenne d'un véritable contrôle implicite d'interdiction d'atteinte à la substance – lequel, en tout état de cause, se devrait d'être formulé expressément. Il semble falloir admettre, réalistement, que le juge remplace cet examen par celui des autres conditions, et assimile fictivement leur résultat à la notion qui nous intéresse. Aussi, le constat par lequel s'achève l'examen de la mise en œuvre à l'espèce de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, au sens absolu, touche au paroxysme des ambivalences et limites relevées dans la jurisprudence en la matière. Ensemble, ces analyses génèrent une impression d'inabouti quant à l'expression de la protection absolue, et celle de vacuité quant à l'usage concret de ladite interdiction.

Tribunal suprême, puis rejeté plusieurs années plus tard pour irrecevabilité par le même Tribunal. Dans celui-ci, la Cour pourrait sembler expliciter l'exigence de primitivité du contrôle d'interdiction d'atteinte à la substance en énonçant que si elle « *se penche normalement sur la proportionnalité de la limitation imposée par rapport aux exigences de la bonne administration de la justice (...), au vu de l'ensemble des éléments de l'espèce, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner cette question* » (§ 30), toutefois, il n'en est vraisemblablement rien. Opérant un contrôle teinté de logique proportionnaliste, tout porte à croire qu'elle vise par sa formule à situer le litige au-delà de la simple restriction nécessaire à la bonne administration de la justice, sans pour autant exclure le test de proportionnalité.

⁵³⁷ Peut notamment être cité l'arrêt Cour EDH, *Mottola et autres c/ Italie* précité (note n° 399), §§ 27 et s ; complémentairement, bien que le contrôle paraisse généralement neutre, Cour EDH, 26 janvier 2017, *Ivanova et Ivashova c/ Russie*, req. n° 797/14 ; 67755/14, §§ 42 et s. (notamment 51).

⁵³⁸ Voir, en guise d'illustrations, Cour EDH, Gde ch., *Waite et Kennedy c/ Allemagne* précité (note n° 399), §§ 59 et s. ; Cour EDH, *Ernst et autres c/ Belgique* précité (note n° 396), §§ 48 et s. ; Cour EDH, *Forum Maritime S.A. c/ Roumanie* précité (note n° 399), §§ 88 et s. ; Cour EDH, (déc. irrecev.), 13 novembre 2008, *Mazeas c/ France*, req. n° 11270/04 ; Cour EDH, 28 mai 2009, *Ilievi c/ Bulgarie*, req. n° 7254/02, §§ 48 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

296. Etudiée sous l'angle pratique, la réalité de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, au sens de la conception absolue, est à première vue indéniable ; à tout le moins sur le terrain de l'énonciation ou rappel des principes applicables au sein des arrêts de la Cour européenne. Il a pu ainsi être constaté un développement fructueux du principe d'interdiction d'atteinte à la substance, depuis les premières formulations exemplaires (et notamment le modèle *Ashingdane*) vers d'autres terrains propres aux droits susceptibles de limitations prétoriennement admises ; la formulation se voyant, pour chaque domaine, spécifiquement adaptée. Complémentairement à ces modèles encadrant durablement les modalités de restrictions, certains juges, mais aussi des parties à l'instance, ont recouru à l'outil. Les expressions des premiers se sont révélées particulièrement notables, compte tenu de leur originalité et lien à la conception absolue.

297. Cela étant dit, un tel instrument de contrôle n'a nulle vocation à rester uniquement abstrait. Dès lors, il était particulièrement important de vérifier son application à l'espèce, s'avérant frustrante. Au-delà de certains cas témoignant manifestement d'une évaluation prioritaire de l'interdiction d'atteinte à la substance, nombreux sont apparus donner lieu à des expressions insuffisantes et insatisfaisantes, faisant douter de la réalisation d'un quelconque contrôle à son égard. Alors que les cas plausibles de mise en œuvre à l'espèce de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit semblaient rares et fragiles, des limites profondes à notre examen empirique se révélaient. La tentative d'explication de son invisibilité, dans l'examen même d'une majorité d'arrêts, par le recours à l'hypothèse du contrôle implicite n'a pas réussi à convaincre pleinement, notamment lors du contrôle des autres conditions de la clause d'ordre public renouvelée. Aussi, non seulement les exemples d'application directement incorrecte de l'interdiction d'atteinte à la substance, au sens absolu, mais également les hypothèses de contrôle implicite ont conduit à la probable récusation de sa mise en œuvre, dans variété d'espèces. Ce, au profit d'une lecture bien plus prosaïque de la jurisprudence, tenant à la confusion s'agissant de notre notion.

CONCLUSION DU TITRE 2

298. L'entreprise de ce *second Titre* visait à évaluer l'effectivité de l'emploi de la protection de la substance du droit, au sens général, par la Cour européenne des droits de l'homme. Aussi, la constatation première d'une moindre et précaire identification de la substance a été décourageante. Alors même que cette étape devrait constituer le préalable indispensable de la démarche absolue, légitimant la découverte du juge, il n'en est souvent rien. Plusieurs propositions ont été soumises afin d'expliquer le rapport essentiellement implicite, indirect et pour ne pas dire illusoire de la jurisprudence européenne à l'égard de la substance elle-même. Ainsi, au-delà de l'impression d'un renvoi à une composante concrète, tangible en tant que telle, la substance désignerait principalement pour la Cour une expression, manifestant le plus souvent une atteinte extrême (en intensité et/ou durée) au droit en cause.

299. Par ailleurs, sur le plan de la protection, en particulier, bien que le juge se montre plus consistant et volontaire à rappeler le respect du principe d'interdiction absolue de la substance du droit, la mise en œuvre pratique de son contrôle a également généré des écueils et insatisfactions. Dès lors, malgré quelques jurisprudences corroborant le postulat de départ, la plupart des arrêts de la Cour témoignent d'une autre réalité. Là aussi, les silences et l'implicite sont nombreux, quant à une condition dont on ne sait si elle est ou non examinée. Par-delà les conjectures possibles, ce sont finalement les indications matérielles, et notamment celles provenant des autres instruments du contrôle qui doivent permettre de nous positionner. Or, de telles marques issues de la jurisprudence en la matière appuient sans conteste le doute en la sincère mise en œuvre de la notion, et convoient vers l'influence d'une autre conception à son égard, résolument relative.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

300. En rapprochant la notion générale de protection de la substance du droit d'un idéal, il était suggéré tant la sous-jacence dans la jurisprudence européenne d'un axe d'appréhension parfait à son égard, que la difficulté plus ou moins extrême d'en trouver une manifestation pratique et concrète dans le contrôle du juge.

301. Cela dit, la présentation de l'idéal s'est elle-même avérée délicate. Plus encore concernant la substance que sa protection, en particulier, les éléments suffisamment tangibles en la matière, explicités par la Cour européenne, sont apparus bien rares. Il a, ainsi, fallu reconstituer l'idéal, le parachever sur la base des prémices posés par le juge, avec la part d'exagération que cette démarche peut comporter au regard de l'interprétation de l'auteur même de la jurisprudence. Aussi, si la notion générale de protection de la substance du droit donne l'impression de renvoyer à une substance matérialisée, l'amplification de la conception absolue qui en émane n'a pas résisté aux défaillances de définition, générale et propre, d'une telle substance. Dans une moindre mesure, l'observation de la protection, en particulier, sous l'angle de l'absolu a similairement mis à jour des lacunes d'encadrement théorique, à l'égard notamment de l'impact et de la mise en œuvre de cette protection.

302. Cependant, c'est sans conteste sur le plan de l'usage concret, au cours du contrôle, de la protection de la substance du droit, en général, que l'idéal s'est vu spécialement émietté, et compromis. Finalement, malgré les nombreuses lectures, propositions et conjectures, et toutes autres tentatives de trouver dans l'implicite et les non-dits de la jurisprudence une résonnance effective à la substance du droit et sa protection absolues, seules les formulations principielles de l'interdiction d'atteinte à la substance ont semblé résisté à la désillusion pratique. A défaut d'identification spécifique de l'essentiel, et de mise en œuvre à l'espèce de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, des indications croissantes d'une autre conception de la notion en général ont été relevés. Ils convergent vers une appréhension diamétralement distincte de celle-ci, la tenant pour un pur concept, entendu pour et en tant qu'instrument.

PARTIE 2. UN MECANISME DE PROTECTION DES DROITS

303. LA CONCURRENCE REALISTE. A l’opposé de la perception de l’objet général d’étude découlant d’un certain idéal juridique et philosophique, l’invocation de la protection de la substance du droit renvoie dans la jurisprudence européenne également – et peut-être à titre principal – à un strict outil judiciaire de garantie des droits conventionnels. En ce sens, il est possible d’avancer que la Cour de Strasbourg envisage la protection de la substance du droit sous un angle réaliste (*Titre 1*). Sujette à de multiples interprétations, notamment en théorie du droit, la référence au « réalisme » recouvre ici la signification ordinairement usitée d’une « attitude qui tient compte de la réalité telle qu’elle est »⁵³⁹. Il s’agit, par-là, de désigner une façon de concevoir la notion à l’analyse qui privilégie sa nature instrumentale et relative, et se fonde sur une perception pratique et positive du droit, loin de l’idéal véhiculé par la première perspective examinée.

304. LA PREEMINENCE REALISTE. Or, l’acception de mécanisme de protection globale des droits conventionnels semble en pratique correspondre, au regard de la jurisprudence européenne et de l’office même du juge, à l’appréhension la plus pertinente de ladite protection de la substance du droit (*Titre 2*). De fait, il apparaît tout d’abord que la conception réaliste trouve un très large écho dans les arrêts strasbourgeois : devant les insuffisances théoriques et pratiques de la perspective absolue, le recours à la protection de la substance du droit semble dominé par l’approche réaliste. Résultat de sa progressive diffusion à tous les droits concernés par notre thématique, celle-ci suscite l’intérêt non seulement d’un point de vue quantitatif, mais également quant aux questionnements qu’elle soulève en termes de cohérence jurisprudentielle. A défaut de constituer à l’heure actuelle une voie stabilisée, l’angle réaliste, au sens large, pourrait éventuellement être considéré comme le socle d’une nouvelle réflexion sur l’avenir de l’emploi de la notion, guidée tant par l’objectif de rationalisation, que d’efficience.

⁵³⁹ Dictionnaire *Larousse* en ligne (<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/r%C3%A9alisme/66833>).

TITRE 1. UNE CONCEPTION REALISTE

305. UN RENVERSEMENT THEORIQUE SPECIFIQUE. Perspective inédite dans l'analyse généralement entreprise s'agissant de la protection de la substance du droit, la conception qualifiée de réaliste suppose d'être présentée. Sans qu'elle ne donne cependant lieu à davantage – sinon moins – d'éléments de théorisation de la part du juge européen que la précédente, il se dégage de la jurisprudence conventionnelle deux caractéristiques fondamentales, singularisant pleinement cette conception de l'approche absolue adverse. La première particularité concerne la distinction fermement établie entre une substance et sa protection, en particulier. Or, la conception réaliste marque, à l'inverse, l'unité de la protection de la substance du droit, assimilant pleinement les composantes précédemment reconnues (*Chapitre 1*). Il convient dès lors de s'intéresser aux répercussions de ce changement radical d'axe sur la notion de substance du droit.

306. UNE REFONTE THEORIQUE GLOBALE. Subséquemment, c'est l'entière perception de la protection de la substance du droit, notion unique, comprise simultanément de façon générale et particulière, qui en est modifiée. Appréhendée comme un pur concept et outil juridique, la protection de la substance du droit apparaît ainsi soumise à une logique concrète et variable, et se présente principalement sous un angle relatif ; cela, spécialement en raison de son rattachement dans la jurisprudence strasbourgeoise à la condition de proportionnalité d'une ingérence étatique, bien que la nature de l'assimilation – et par suite, l'ampleur de la relativité de la protection de la substance du droit, entendue de la sorte – fasse l'objet d'interprétations sensiblement distinctes de la doctrine (*Chapitre 2*)⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ Il convient, par ailleurs, de mentionner deux analyses singulières qui, tout en s'inscrivant généralement dans une telle approche réaliste de la protection de la substance du droit, relaient également une dimension absolue. La première (G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, Paris, Economica, coll. « Coopération et développement », 1997, pp. 198-203), concernant spécifiquement le droit de la Convention, envisage la protection de la substance du droit comme un outil de contrôle de la nécessité de mesures étatiques, en amont de la proportionnalité *stricto sensu*, sur le terrain des droits susceptibles de limitations explicites. C'est ainsi que le juge strasbourgeois a parfois procédé à l'examen du principe même d'une ingérence, susceptible d'être par nature ou en soi contraire à la Convention en raison de son extrême gravité, quoi que l'auteur reconnaisse le caractère de fait restreint d'un tel contrôle.

La seconde (J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, *op. cit.*, pp. 243 et s. notamment), bien qu'elle vise principalement le droit privé interne, forme, en raison de son objet, un parallèle pertinent à l'égard de notre champ d'étude. L'auteur envisage la protection de la substance du droit à travers le contrôle par les juges internes de la radicalité ou intensité des atteintes « privées » aux droits fondamentaux, ayant vocation à intervenir en aval de l'examen. Doivent dès lors être distinguées les atteintes substantielles portées par les actes juridiques privés à un droit fondamental, qui en affectent le contenu minimum, des atteintes non substantielles.

CHAPITRE 1. LA CONFUSION DE LA SUBSTANCE ET DE LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT

307. L'ABSORPTION INSTRUMENTALE DE LA SUBSTANCE DU DROIT. La conception réaliste repose sur un premier précepte principal, séparant immédiatement cette perspective de celle antérieurement examinée. Effectivement, la structure même de la *première Partie* de l'étude s'est construite sur l'identification, au sein d'une notion générale de protection de la substance du droit, de deux composantes strictement distinguées. Rompre une telle séparation a pour conséquence majeure d'effacer l'idée d'une quelconque substance d'un droit, au bénéfice d'un seul instrument de protection des droits conventionnels. Malgré son caractère négatif, il semble tout d'abord nécessaire de présenter brièvement cette vision de la référence opérée, dans la jurisprudence strasbourgeoise, à la substance du droit, eu égard notamment au contraste saisissant qu'elle crée avec nos précédents propos.

Précisément, il découle de la conception prétorienne réaliste deux postulats complémentaires : il s'agit, en premier lieu, de l'indétermination de la substance à laquelle la Cour européenne fait à loisir mention (*Section 1*), impliquant l'infructuosité, en soi, d'une telle référence, et ainsi, sa pleine fonctionnalité (*Section 2*) dans le cadre du mécanisme d'ensemble de protection de la substance du droit.

Section 1. L'indétermination de la substance du droit

308. UNE SUBSTANCE « DEMATERIALISEE ». Aux antipodes de la conception absolue, l'appréhension réaliste de la protection de la substance du droit suppose d'admettre, pour principe, l'indétermination d'une telle substance. Il est, spécifiquement, question de considérer le vocable de substance du droit de façon générale et abstraite, et non comme celui qui renverrait à l'identification en propre d'une substance concrète (§I). Or, ce point de vue paraît prendre sa source dans un ensemble de logiques juridiques spécifiques familières à la juridiction européenne (§II).

§ I. L'indétermination de la substance du droit en tant que telle

309. Le postulat d'indétermination de la substance du droit semble, en tout premier lieu, s'illustrer empiriquement par le biais de la consubstantialité de la référence à une substance d'un droit au contrôle même (A) ; il y apparaît alors l'absence de signification en soi du terme de substance (B) dans la jurisprudence du juge européen.

A) La consubstantialité au contrôle

310. L'EVOCATION DE LA SUBSTANCE D'UN DROIT, A L'OCCASION DU CONTROLE. La logique présidant à la conception réaliste se singularise par son angle *a posteriori*. A cet égard, il convient pour débiter de remarquer que le terme de substance du droit semble, sous ce prisme, être directement rattaché à la phase de développement pratique de l'examen. En fait, l'examen de la jurisprudence européenne réalisé jusqu'alors avait déjà révélé qu'en principe, c'est suite à l'énonciation théorique éventuelle des principes applicables – au titre desquels, l'interdiction d'atteinte à la substance – que la Cour européenne renvoie, au sein d'un arrêt donné, à la substance du droit en cause dans l'espèce. Mis au jour dans le cadre de la *première Partie*, ce constat n'avait pu qu'être déploré au regard de la règle, émanant de la conception absolue, de détermination de la substance du droit antérieure à la mise en œuvre du contrôle de son respect (qu'elle provienne directement des Etats contractants, ou de l'interprétation du juge). Or, aucun principe ne milite ici dans ce sens. Dès lors, on peut commencer par déduire de la jurisprudence de la Cour européenne que la substance invoquée constitue, au sens réaliste, un objet non identifié *a priori*.

311. L'EVOCATION DE LA SUBSTANCE D'UN DROIT, EN RESULTAT DU CONTROLE. Plus encore, l'idée de substance du droit ne semble pas sujette, selon la conception réaliste, à une identification *a posteriori*. Tout d'abord, il faut noter que la référence à la substance du droit

apparaît ordinairement à l'occasion de la solution des arrêts du juge de Strasbourg : la substance d'un droit, s'agissant d'une certaine affaire, n'est alors spécifiquement invoquée que dans la perspective des conclusions du juge relatives à son atteinte. On peut citer un exemple typique, parmi tant d'autres, de cette configuration, extrait de l'arrêt *Fatma Nur Erten et Adnan Erten c/ Turquie*⁵⁴¹, du 25 novembre 2014, concernant des allégations d'atteinte au droit d'accès à un tribunal suite au rejet de la demande de réévaluation du préjudice matériel subi par les requérants, accidentés durant leur service militaire. La Cour de Strasbourg y a, tout d'abord, rappelé le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, sous la forme du modèle *Ashingdane*⁵⁴² ; puis, au titre de son examen à l'espèce, elle a jugé qu'en raison de la décision litigieuse de la Cour administrative militaire, fondée sur un principe d'immutabilité de la demande, prévu par le droit interne, les requérants n'ont « *bénéficié que d'un droit « théorique et illusoire* » ». En effet, alors que le montant de la demande de dédommagement initiale était bien inférieur à celui issu de l'expertise ordonnée par le tribunal d'instance, la Cour a estimé que ce « *n'est qu'à partir de la date à laquelle les intéressés disposaient d'une expertise chiffrée de leur dommage matériel qu'ils pouvaient raisonnablement demander un redressement correspondant au montant réel de leur préjudice* » compris dans son intégralité. Sans ne jamais faire référence à la substance du droit à un tribunal, elle a pourtant clos son contrôle par un constat d'atteinte à celle-ci.

Aussi, il se dégage de la jurisprudence de la Cour européenne lue à la lumière de l'approche réaliste que seule la constatation d'une atteinte ou non à la substance du droit permettrait de préciser ladite notion. Devrait-on pour autant en déduire que la Cour opère une quelconque particularisation de la substance en propre ? Ou bien n'est-ce pas, plutôt, une manifestation de l'instrument même que constitue la protection de la substance du droit ?

312. Loin de l'identification de la substance concrète d'un droit défendue par la conception absolue (et en dehors de toute question relative au moment de réalisation de l'identification), nous semblons là confrontés à un terme, celui de substance du droit, qui ne possède pas de sens en tant que tel.

⁵⁴¹ Cour EDH, 25 novembre 2014, *Fatma Nur Erten et Adnan Erten c/ Turquie*, req. n° 14674/11, §§ 25 ; 32.

⁵⁴² Voir *supra*, n° 224-226.

B) L'absence de signification en soi

313. LE DEMENTI D'UNE NOTION DE SUBSTANCE DU DROIT. A plusieurs reprises, il a pu être regretté la difficulté de relever l'identification concrète de la substance, cependant qu'elle était requise. Or, si la substance du droit apparaît fréquemment indéterminée dans la jurisprudence européenne, n'est-ce pas qu'elle n'appelle aucune détermination en tant que telle, ni en amont, ni en aval du contrôle ? D'un point de vue réaliste, la substance du droit ne correspond pas à une composante inhérente à un droit particulier, contrairement à la première perspective examinée. Celle-ci ne recouvre pas de réalité ou d'existence distincte, permettant, tel que nous le faisons antérieurement, de la présenter comme une notion propre ; sous ce prisme réaliste, la référence à la substance du droit est d'ordre proprement terminologique, et s'intègre à un ensemble conceptuel plus vaste⁵⁴³. Enonçons opportunément, à cet égard, la définition de la « notion », ainsi que du « concept », suivant la sensible distinction classiquement opérée en philosophie de même qu'en théorie du droit. Ils renvoient ordinairement à l'« *idée de quelque chose ; concept, abstraction* »⁵⁴⁴, pour la première, et à l'« *idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les connaissances* »⁵⁴⁵, pour le second. Or, il est possible d'affirmer l'absence, dans le cadre de la conception réaliste, d'objet initial (concret ou abstrait) ; par conséquent, il n'y a pas de notion (ou de concept) de substance du droit, à elle seule. Il ne peut être admis une telle construction mentale que pour la protection de la substance du droit, l'idée de celle-ci regroupant les caractéristiques de cet instrument juridique spécifique.

314. DES FACTEURS EXTERNES DE PRECISION. Dès lors que le vocable de substance du droit n'est pas déterminable en soi, toute spécification dans une affaire donnée ne peut intervenir qu'en fonction d'éléments extérieurs⁵⁴⁶. Cela explique que l'évocation de la substance du droit, atteinte ou non, réponde à la logique du cas par cas, selon les espèces en cause, et tout

⁵⁴³ Cette lecture permet d'expliquer la confusion préliminairement évoquée – régulière dans la doctrine – de l'emploi des termes de substance, cœur ou noyau intangibles, ou encore de contenu essentiel avec la protection de la substance du droit généralement.

⁵⁴⁴ Dictionnaire *Larousse* en ligne (<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/notion/55061?q=notion#54680>).

⁵⁴⁵ Dictionnaire *Larousse* en ligne

(<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/concept/17875?q=concept#17749>) ; voir aussi, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 228, rappelant ladite distinction.

⁵⁴⁶ Voir P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 301 ; G. VAN DER SCHYFF, *Limitation of Rights...*, op. cit., p. 166 (l'auteur précisant à ce sujet : « (...) it turns out to be the product of its environment »).

particulièrement, compte tenu des intérêts en présence⁵⁴⁷. De fait, c'est bien davantage la solution d'atteinte ou d'absence d'atteinte qui méritera de retenir l'attention, au-delà de l'invocation à l'espèce d'une substance par elle-même vaine.

315. L'appréhension de la substance du droit exposée ci-dessus résulte d'un modèle global de raisonnement juridique, envisageant le droit tel un phénomène concret et une solution à une espèce, en particulier. Aussi, la détermination d'une substance du droit, vocable invoqué par la Cour, ne constitue non seulement pas une condition nécessaire, mais n'est surtout pas souhaitée.

§ II. Les fondements logiques de l'indétermination

316. Après avoir établi l'indétermination de la substance du droit, au sens de la conception réaliste, il faut en examiner les potentiels soubassements : si une telle conception s'appuie certainement sur une perception pratique et concrète du droit (*A*) au sein du système de la Convention, elle pourrait également résulter d'un héritage propre à la doctrine de droit naturel ancien (*B*).

A) Un raisonnement juridique pratique et concret

317. LA FORME D'APPRECIATION *IN CONCRETO* DE LA COUR EDH. Le développement d'une conception réaliste de la protection de la substance du droit fait directement écho à une logique juridique familière au système conventionnel en général : il s'agit de la forme pratique et concrète de raisonnement. Ces deux aspects caractérisent communément la jurisprudence strasbourgeoise. Ainsi, l'appréciation de la Cour européenne sur les litiges portés devant elle peut tout d'abord être désignée de concrète, ou *in concreto*. Plus particulièrement, cela signifie que la Cour examine les litiges selon les données (faits et griefs) portées devant elle par le requérant et telles qu'elles concernent directement et précisément les implications d'une mesure attribuable à l'Etat partie pour les droits du requérant. Sans être spécifiquement inscrite dans le texte conventionnel, le juge ne se lasse pas de répéter cette règle d'administration de la justice, notamment dans le cadre de ses arrêts concernant la qualité de victime. Effectivement, il est possible de voir dans les prescriptions de l'article 34 de la Convention⁵⁴⁸, relatives à la catégorie des requêtes individuelles, la

⁵⁴⁷ Selon Bertrand PETER, « le contenu substantiel d'un droit fondamental apparaît selon l'intensité et le grade de l'atteinte ou de la limitation tantôt plus large, tantôt plus étroit » (B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., p. 393).

⁵⁴⁸ L'article 34 CEDH dispose que : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par

justification la plus immédiate d'une telle règle⁵⁴⁹. Les conditions de recevabilité qui y sont posées ont ainsi pour effet de rattacher directement le contrôle juridictionnel aux griefs affectant les requérants individuels dans leurs droits. C'est aussi la raison pour laquelle le juge insiste fermement sur le rejet d'une dénonciation *in abstracto* d'une législation existante à l'égard de la Convention ouvrant la voie à l'*actio popularis*, au titre de sa compétence *ratione personae*⁵⁵⁰. De façon plus globale, le juge a dès lors fréquemment rappelé, à l'occasion de son examen des affaires, qu'« *il n'incombe pas à la Cour d'examiner in abstracto la législation et la pratique pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant ou l'ont touché a enfreint* »⁵⁵¹ le droit en cause. En ce sens, la conception réaliste apparaît correspondre au modèle classique de raisonnement de la Cour européenne, puisqu'elle s'ancre très précisément tant dans le cadre de la mise en œuvre de son contrôle, que dans une espèce à part entière. L'absence d'existence en tant que telle de substance du droit satisfait l'idée de malléabilité de l'outil en général, au profit d'un cas distinct.

318. LA FORME DE RAISONNEMENT PRATIQUE DE LA COUR EDH. Complémentairement à la logique concrète, la conception réaliste trouve également à s'appuyer sur une forme de raisonnement prétorien que l'on peut qualifier de pratique, certainement hérité de la culture juridique anglo-saxonne.

– UNE REALITE CULTURELLE. Juridiction supranationale européenne, au service de la garantie du texte conventionnel, la Cour de Strasbourg n'en est pas moins un organe profondément mixte dans sa composition, puisqu'elle rassemble des juges – hommes et femmes éminents du domaine juridique régional – issus des systèmes judiciaires des quarante-sept Etats contractants. Au-delà de ce constat global de diversité culturelle, une dualité principale semble, depuis l'origine, s'opérer autour de l'axe suivant : l'influence qui y est exercée par les

l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit. »

⁵⁴⁹ Voir A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 66 ; notons qu'Aurélia SCHAHMANECHE lie également cette règle à celle d'une interprétation « *subjective et concrète* » de la CEDH, à l'aune de la requête examinée (*ibid.*, p. 67).

⁵⁵⁰ Voir, à titre d'exemple, Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, *Klass et autres c/ Allemagne*, req. n° 5029/71, A28, § 33.

⁵⁵¹ Notamment, Cour EDH, Plén., 24 mai 1989, *Hauschild c/ Danemark*, req. n° 10486/83, A154, § 45. (Cela dit, cette formule provient plus largement d'une jurisprudence de très longue date de la Commission et de la Cour (Cour EDH, 27 mars 1962, *De Becker c/ Belgique*, req. n° 214/56, A4, § 14)). – Certains auteurs, soulignant le caractère auto-prescrit de cette règle, considèrent qu'elle « *traduit clairement une politique judiciaire, exprimant le souci originel de la Cour de circonscrire sa compétence et de faire preuve de retenue* » (A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 67).

traditions juridiques continentale, d'une part, et insulaire, d'autre part⁵⁵². Ainsi que le remarque Frédéric SUDRE, si le style lapidaire de la motivation des arrêts a depuis longtemps disparu, la structure de raisonnement émanant du juge conventionnel rappelle incontestablement le modèle judiciaire continental s'agissant du syllogisme judiciaire proprement civiliste, qui procède selon une forme déductive⁵⁵³. De même, il est possible de distinguer certaines caractéristiques propres au modèle insulaire, telles que la volonté de « *réfléter le dialogue* » au travers la motivation longue, car factuelle et argumentative, mais aussi jurisprudentielle (au sens de l'emploi récurrent de la référence à ses précédents arrêts, à la manière des précédents de la *Common law*) moderne des arrêts de la Cour. De ce point de vue, la Cour suit une logique de « *type inductif et casuistique* »⁵⁵⁴. Au final, il faudrait reconnaître le caractère résolument hybride du mode de raisonnement⁵⁵⁵ du juge conventionnel, empreint tant de logiques discursives que de cultures juridiques imbriquées.

Toutefois, il convient d'observer que ces différentes logiques à l'œuvre ne se mélangent ni ne s'équilibrent pas nécessairement, et selon les thématiques, domaines ou lignes jurisprudentielles en cause, peuvent même entrer en conflit, manifestant une rupture dogmatique dans l'appréhension du droit de la Convention⁵⁵⁶ ; tel est le cas de la protection de la substance du droit à l'étude. Aussi, il est possible d'attribuer aux deux blocs de traditions juridiques présentés la dualité d'interprétation de ce concept prétorien. Une telle relation est tout particulièrement perceptible s'agissant de la conception réaliste. Il ressort en effet de nos précédentes analyses que l'approche concrète de la Cour européenne, aussi déclinée dans le cadre de la protection de la substance du droit, s'inscrit notamment dans une logique discursive judiciaire anglo-saxonne. Plus généralement, la conclusion s'applique indubitablement au caractère pratique, voire pragmatique, de la forme de raisonnement du juge européen. Cet aspect pratique et pragmatique propre à l'approche de la *Common law*

⁵⁵² Voir A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 250-252. Notons que la tradition judiciaire germanique peut dans une certaine mesure – celle du mode discursif et conversationnel – être rapprochée du modèle anglo-saxon (*ibid.*, p. 413).

⁵⁵³ F. SUDRE, « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », in H. RUIZ-FABRI et J.M. SOREL (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, Paris, coll. « Collection Contentieux international », 2008, pp. 181 ; 182. Toute proportion gardée, cela dit, quant à l'emploi rigoureux du syllogisme en question (voir A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 434 et s.).

⁵⁵⁴ F. SUDRE, « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », op. cit., pp. 181 ; 183.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, pp. 182-183 ; A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 412 et s.

⁵⁵⁶ Aurélia SCHAHMANECHE évoque cet ancrage profond des logiques de raisonnement judiciaires dans l'idée que l'on se fait du droit lui-même (*ibid.*, p. 452-453).

spécialement trouve ainsi résonance dans une conception qui, loin de l'idéal *jusnaturaliste* du droit objectif, privilégie l'instrument même, à son – variable – contenu.

A l'inverse, la conception absolue visant généralement la protection de la substance du droit pourrait trouver soutien chez les tenants d'une approche systémique, principielle et formaliste du droit de la Convention, plus proche du modèle judiciaire continental⁵⁵⁷. Ceux-là reprochent ainsi régulièrement à la majorité de la Cour le défaut de construction théorique durable et cohérente, portée par une vision méthodique et d'ensemble, de la jurisprudence européenne⁵⁵⁸. C'est bien la façon d'élaborer la solution jurisprudentielle et ainsi, de produire le droit, qui est en cause. L'excès de pragmatisme favorise l'obtention d'une jurisprudence hétéroclite ou disparate répondant à une logique de « cas d'espèce », à l'échelle la plus individuelle et contextualisée⁵⁵⁹. Elle limite donc nécessairement la portée des arrêts, ainsi que leur efficacité. Elle impacte également la lisibilité de la jurisprudence européenne. Selon une perspective plus globale des jugements de la Cour de Strasbourg, ceci conduit même à penser, en adaptant les termes du Président Jean-Paul COSTA, qu'un « *compromis* » s'est principalement conclu au profit du pragmatisme⁵⁶⁰.

– UNE REALITE COMPOSEE DE MULTIPLES FACTEURS. Néanmoins, il est important de noter qu'au-delà de la raison culturelle première, le développement d'une certaine vision par les juges à la Cour européenne (comme ailleurs) s'explique par une variété de facteurs, interpénétrés qui plus est. S'ajoutent par exemple aux modèles de raisonnement judiciaire d'origine nationale⁵⁶¹ la prise en considération d'aspects plus personnels, telle l'influence d'une école ou théorie juridique spécifique, ou professionnels, tel le type d'expérience ou carrière menés (praticienne ou universitaire). Aussi, la perspective pratique et pragmatique soutenant la conception réaliste pourrait également être rapprochée d'une

⁵⁵⁷ Rappelons en effet qu'« *il est généralement admis que pour la tradition juridique continentale, le droit s'analyse plutôt comme science, un résultat laissant place à une rédaction souvent stéréotypée, une logique de jugement préétablie et déductive mais aussi à une occultation de toute valeur aux précédents (...)* » (A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 252).

⁵⁵⁸ Voir, par exemple, les propos du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, dans son opinion concordante sous Cour EDH, Gde ch., *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c/ Roumanie* précité (note n° 348), notamment §§ 3 ; 7 ; 14.

⁵⁵⁹ Celle-ci emporte également le risque de subjectivisme et discrétion dans l'examen « au cas par cas » conduit par la Cour, guidée par un certain opportunisme (voir l'opinion du juge PINTO DE ALBUQUERQUE sous Cour EDH, Gde ch., *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c/ Roumanie* précité, §§ 12 et 14 notamment).

⁵⁶⁰ J.-P. COSTA, « Le raisonnement juridique de la Cour européenne des droits de l'homme », in O. PFERSMANN et G. TIMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation. Journée d'étude internationale du 14 juin 1999*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2001, p. 121. Il semble finalement apparaître que c'est ce modèle qui s'est le plus largement étendu et ancré dans le cadre du système conventionnel.

⁵⁶¹ La seule caractéristique d'appartenance nationale peut offrir une explication insuffisante s'agissant du modèle syntaxique de motivation par exemple (voir A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 416).

appréhension concrète et appliquée de l'exercice judiciaire que l'on attribue aux praticiens du droit ; alors que la conception absolue renverrait davantage à un positionnement universitaire de théoricien⁵⁶². Bien qu'à certains égards significative de l'existence de différences, voire d'une fracture de pensée parmi les juges de la Cour de Strasbourg, il faut prendre garde à ne pas exagérer cette mise en relation aisée⁵⁶³. En effet, celle-ci constitue une « tendance » observable au sein de la Cour, nombre d'autres facteurs de diversité étant susceptibles de jouer.

319. Finalement, ces divergences entre juges notamment d'origine culturelle, professionnelle, ou personnelle (et dans tous les aspects qu'elles peuvent recouvrir) travaillent de façon constante, et souvent silencieuse, la Cour européenne dans l'exercice de son office⁵⁶⁴. Reste que les caractères de la motivation des arrêts que sont la concrétude et la praticité permettent déjà de discerner un phénomène global quant à notre objet d'étude : lesdits caractères ayant été présentés comme prédominants dans le raisonnement de la Cour européenne, il s'en suit logiquement que c'est dans son appréhension réaliste que la protection de la substance du droit est la plus développée, parmi la jurisprudence en général. Par ailleurs, tandis que la forme de motivation judiciaire témoigne plus largement de la perception du droit lui-même, il faut se demander si, s'agissant de notre étude, une telle perception ne puiserait pas en partie ses racines dans la doctrine de droit naturel antique.

B) Une posture héritée du jusnaturalisme ancien ?

320. PRESENTATION DE LA VISION REALISTE ANCIENNE. Au-delà de l'usage courant du terme « réaliste », lorsqu'il sert par exemple à qualifier un des deux types de conception de la protection de la substance du droit au sein de cette étude, un tel adjectif renvoie dans le domaine juridique, et de philosophie ou théorie du droit spécialement, à une doctrine particulière. Déjà introduite au stade de la présentation de la conception absolue de la substance du droit, la doctrine réaliste est ainsi entendue au sens spécifique de l'appréhension ancienne du droit, tout particulièrement suivant la philosophie d'ARISTOTE, telle qu'elle a été défendue de nos jours par Michel VILLEY⁵⁶⁵. Ainsi, Petr MUZNY⁵⁶⁶ avance que le droit doit

⁵⁶² Voir A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 248-250.

⁵⁶³ Elle connaît ainsi plusieurs contre-exemples notables au sein de l'histoire de la juridiction (voir *ibid.*, p. 249).

⁵⁶⁴ Comme cela a pu être signalé, les opinions séparées des juges à la Cour révèlent et nourrissent plus ouvertement les distinctions de points de vue, jouant un rôle évident dans l'influence des acteurs de la Cour les uns sur les autres (sur le rôle des opinions séparées, voir *ibid.*, pp. 121 et s.).

⁵⁶⁵ Voir *supra*, note n° 107. Elle se distingue en ce sens du réalisme jusnaturaliste moderne, ou même encore de la théorie réaliste de l'interprétation contemporaine.

être conçu selon une perspective réaliste, en d'autres termes, comme étant relatif⁵⁶⁷. Il s'agit d'une part de revenir aux finalités même de la justice durant l'Antiquité⁵⁶⁸, consistant dans « *le service d'une juste proportion dans le partage des biens et les procès des citoyens* »⁵⁶⁹. Il en découle que le droit « *ne se réalise qu'au moyen d'une méthode* » et au profit d'un objectif ; en d'autres termes, il n'est pas en tant que tel et pour lui-même, contrairement à la vision subjectiviste moderne. Résultat de la justice rendue, le droit correspond, selon cette perspective, à une relation ou « *rapport entre personnes* »⁵⁷⁰. Dès lors, la « *faculté* » individuelle – subjective, si l'on peut dire – que renferme le droit « *n'intervient qu'une fois la mise en rapport dialectique posée et le départage effectué* »⁵⁷¹, soit après une « *pondération préalable, même abrégée* »⁵⁷². Notons, qui plus est, que cette méthode de réalisation du droit repose directement sur la conception de l'égalité d'ARISTOTE, appliquée à l'exercice de répartition des biens entre les personnes aux positions adverses.

321. LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'ADHESION DU JUGE A LA VISION REALISTE ANCIENNE. Au-delà des critiques déjà avancées quant à la conception absolue tenant notamment dans une dérive de la théorie des droits subjectifs⁵⁷³, il faut apporter plusieurs éléments soutenant la thèse réaliste, vis-à-vis du juge de la Convention. Il convient tout d'abord de souligner que la perspective réaliste du droit constitue, selon Petr MUZNY, « *la méthode naturelle de résolution du droit* »⁵⁷⁴, par contraste avec « *l'irréalité* » communiquée par la notion à l'étude. Aussi, cela expliquerait pourquoi le juge semble, ainsi que nous le démontrerons ultérieurement, avoir si souvent recours à cette conception dans le cadre général de la protection de la substance du droit. De surcroît, la perspective réaliste du droit trouverait un écho chez les juges de Strasbourg en ce qu'elle coïncide avec la « *prudence* » caractéristique de leur office, offrant une réponse ponctuelle et casuistique aux litiges jugés, au lieu d'y sceller un

⁵⁶⁶ Voir P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 991 et s. ; également, B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, p. 401.

⁵⁶⁷ Ces deux aspects sont effectivement inhérents au jusnaturalisme antique ; ainsi, le caractère relatif renvoie primitivement à l'admission de visions distinctes du droit, selon les contextes et les cités (voir A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 63).

⁵⁶⁸ Rappelons que l'appréhension « naturelle » du droit de Michel VILLEY s'incarne dans l'exercice de la justice à l'époque de la Rome ancienne.

⁵⁶⁹ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 991.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 992. – Notons que la théorie personnaliste du « contenu essentiel » inscrit dans la Loi fondamentale allemande, telle que présentée par Bertrand PETER (*Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, pp. 400-402), semble pousser à l'extrême cette appréhension relationnelle et dynamique du droit.

⁵⁷¹ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 992.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 994.

⁵⁷³ Voir *supra*, n° 34.

⁵⁷⁴ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 993.

engagement irrévocable⁵⁷⁵. En conclusion de ces différents arguments, il apparaît que si du point de vue de la conception absolue, la protection de la substance du droit servait un objectif rassurant de respect pérenne de l'intégrité des droits garantis, ayant pour effet la prévisibilité de la jurisprudence, la perspective réaliste présente une conception moins illusoire du droit et de sa mise au jour. Appréhendant l'outil de la protection de la substance du droit de façon explicite et concrète, cette conception s'avérerait finalement moins subjective que la première analysée, en partie fondée sur le droit objectif⁵⁷⁶. C'est pourquoi, pour Petr MUZNY, une telle perspective nécessite « *une dose particulièrement forte de responsabilisation et de désintérêt* », pour assurer le juste équilibre entre les intérêts inégaux en rendant la justice, et ne pas tomber dans les travers faciles de l'illusion du rempart de la substance intangible⁵⁷⁷.

322. UNE RELATIVISATION DE LA VISION REALISTE ANCIENNE ? Bien que le réalisme inhérent au jusnaturalisme ancien, en raison de sa nature intrinsèquement casuistique, ne peut avoir directement engendré de telle notion que la protection de la substance du droit, l'appréhension aristotélicienne du monde a pu y conduire. Ainsi, la mise en lumière d'un caractère réaliste provient du fait que les tenants du droit naturel ancien conçoivent la réalité ou plus précisément l'étance des choses qui les entourent dans le monde sensible, qu'ils qualifient de substances⁵⁷⁸. Renvoyant également à des catégories conceptuelles (telles les genres et espèces), ces substances n'ont ensuite été vues par les nominalistes⁵⁷⁹ que comme des universaux⁵⁸⁰. Il découle de cette perspective réaliste que le droit est « *dans les choses* », selon un ordre objectif, les lois de la nature (du *cosmos*)⁵⁸¹. Le juge découvre ainsi le droit pour l'espèce, à mesure qu'il rend la justice, en s'orientant au moyen de la contemplation de cet ordre naturel des choses et des principes et règles supérieurs qu'il en tire, d'où le terme de droit objectif. Aussi, la stricte notion de substance est loin d'être tout à fait étrangère à cette doctrine.

323. Toutefois, pour revenir à la défense et critique réaliste de Petr MUZNY s'agissant de la protection de la substance du droit, il se dégage vivement, là encore, l'opposition apparemment irréconciliable entre deux perceptions de la notion générale, et deux perceptions du droit. Ainsi, pour reprendre les mots du juge Franz MATSCHER, « *en définitive, la*

⁵⁷⁵ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 995-996.

⁵⁷⁶ Dont nous avons déjà esquissé certaines critiques, voir *supra*, n° 39.

⁵⁷⁷ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 992.

⁵⁷⁸ Voir, par exemple, A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁷⁹ Lesquels nominalistes sont précurseurs du droit subjectif (voir *ibid.*, p. 64), et donc, selon Petr MUZNY, de la notion étudiée (P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 298).

⁵⁸⁰ A. VIALA, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 38-41.

⁵⁸¹ Voir *ibid.*, p. 39.

jurisprudence de la Cour oscille entre l'idéalisme et le réalisme et ce qui me paraît constituer des « excès d'idéalisme » sont très rares. »⁵⁸². Il est également possible d'interpréter les propos du juge comme abondant dans le sens d'une prédominance du réalisme au sein de la Cour de Strasbourg, s'exprimant, par résurgence, généralement dans l'usage de la protection de la substance du droit⁵⁸³. Or, à travers ce prisme réaliste, nous l'avons vu, le vocable de substance du droit n'a certainement pas le même sens que sous l'angle de la conception absolue : il est résolument fonctionnel.

⁵⁸² F. MATSCHER, « La Cour européenne des droits de l'homme, hier, aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire. Regards d'un ancien juge de la Cour », *RTDH*, 2009, n° 80, pp. 905-906 ; voir également, F. MATSCHER, « Idéalisme et réalisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à la mémoire de Rolv RYSSDAL. Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin, 2000, pp. 881 et s.

⁵⁸³ Cette influence réaliste (et casuistique) ressort d'ailleurs tout au long, et dès la première phrase d'introduction, de sa contribution aux *Mélanges offerts à la mémoire de Rolv RYSSDAL* (*ibid.*, p. 881) ; elle s'illustre notamment dans la reconnaissance de limitations implicites à certains droits, et de l'outil de la protection de la substance (*ibid.*, p. 899).

Section 2. La fonctionnalité de la substance du droit

324. DES CONSEQUENCES EN CHAÎNE. A partir du premier principe d'indétermination de la substance du droit dans la représentation réaliste, il est aisé d'en alléguer la nature pleinement fonctionnelle. N'ayant pas de signification en soi, il apparaît, d'une part, que ce vocable est dépourvu de toute autre vocation que celle portée par l'outil dans lequel il se trouve entièrement englobé, soit la notion de protection de la substance du droit, qui vise à régir l'examen du respect des droits garantis (§I). Il découle, d'autre part, plus ou moins immédiatement de sa fonctionnalité que l'évocation, par la Cour européenne, d'une substance du droit intangible n'engendre aucune valeur ajoutée au contrôle à l'espèce (§II), ni par elle-même, ou pire, ni d'un point de vue général.

§ I. La prévalence de la protection de la substance du droit

325. La substance du droit, privée de sens propre dans la conception réaliste, se dissout tout à fait dans la notion de protection de la substance du droit. Aussi, c'est directement ce dernier qu'il convient d'observer, comme instrument prétorien global, recouvrant plusieurs missions. Tel que dans le cadre de la conception absolue, il concourt principalement à l'encadrement des mesures étatiques limitatives (A)⁵⁸⁴. Il peut aussi être amené à jouer un rôle dans la définition matérielle d'un droit (B), ce qui était précédemment inenvisageable.

A) Une fonction principale d'encadrement des limitations au droit

326. LE RÔLE CONNU D'UNE CONDITION. Sans surprise aucune, la notion de protection de la substance du droit renvoie, dans la conception réaliste également, essentiellement au rôle de condition dans le cadre du contrôle conventionnel. Déjà présentée dans le cadre de la *première Partie*, cette mission commune à la thématique en général pourrait être évincée ici, si toutefois elle ne comportait pas des singularités. Effectivement, en raison de la nature même de la protection de la substance du droit, telle qu'appréhendée au sein de la *seconde Partie*, les modalités de mise en œuvre de la fonction d'encadrement des limitations étatiques diffèrent.

327. L'ESSENCE INSTRUMENTALE DE LA NOTION DE PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT. Il convient, tout d'abord, de s'arrêter sur la nature instrumentale d'une telle notion, au sens de la conception réaliste. Elle fait généralement référence à un outil juridique qui intervient à l'occasion de l'examen au fond des limitations aux droits garantis, au titre d'une

⁵⁸⁴ Voir *supra*, *Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §I, B*).

condition visant à en établir le respect. Aussi, l'outil de protection de la substance du droit partage, avec les autres conditions prévues ou dégagées de la Convention, une même mission de garantie de la conformité de l'ingérence (active ou passive) étatique au système en cause.

Au-delà de cette fonction – et finalité – première, il faut signaler le caractère intrinsèquement instrumental de la protection de la substance du droit, suivant la théorie réaliste ; elle consiste ainsi en une pure construction théorique au service du juge européen. Par résurgence, la portée qui lui est attachée se distingue fondamentalement de la conception absolue : il faut concevoir un outil de contrôle de type global, susceptible d'entrer en jeu à l'égard de l'ensemble du droit affecté (ne se rapportant donc pas à une partie spécifique du droit). Par ailleurs, le qualificatif d'« instrumental » sied d'autant mieux à la protection de la substance du droit, au sens réaliste, que son usage relève essentiellement d'une démarche analogique⁵⁸⁵.

328. LES CONSEQUENCES SUR LA MISE EN APPLICATION DE L'INSTRUMENT. La nature profondément instrumentale sus-présentée se répercute également sur le plan de la réalisation de la protection de la substance du droit. Ainsi, cet outil prétorien vise un objet différent de celui émanant naturellement de la conception absolue : il n'est point question de s'attacher là à une *substance* du droit se voyant affectée, mais de considérer *l'atteinte* même au droit. L'ingérence litigieuse peut-elle être admise comme conforme à la Convention, s'agissant du droit en cause ? Plus précisément, la condition de protection de la substance du droit est-elle (ou non) satisfaite, suivant ses modalités propres ? D'un point de vue général, il est possible d'affirmer que, dans la conception réaliste, la protection de la substance du droit constitue un instrument témoignant d'une certaine appréhension de l'atteinte au droit, à l'instar des conditions classiques de la clause d'ordre public.

329. Cela dit, à la différence de l'approche absolue, il ne s'agit pas de l'unique fonction que peut être amenée à recouvrir, dans la jurisprudence européenne, la protection de la substance du droit appréhendée réalistement. Ainsi, elle permet parfois la précision incidente du champ matériel des droits garantis par la Convention.

⁵⁸⁵ Voir *infra*, le prochain *Chapitre*.

B) Une fonction concurrente de définition du champ du droit

330. LES ILLUSTRATIONS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler que la protection de la substance du droit revêtait sur certains terrains un rôle distinct de la condition de conformité des limitations étatiques avec la Convention. Alors reliée à la détermination même d'ingérences dans les droits garantis, la protection de la substance du droit apparaît participer de manière sous-jacente à la définition de leur contenu.

– LE CAS DE FIGURE SIGNIFICATIF DE L'ARTICLE 11 CEDH. Pour commencer, une telle acception préside à l'examen d'une atteinte au droit prévu à l'article 11. En effet, à l'occasion de l'arrêt *Young, James, et Webster c/ Royaume-Uni*⁵⁸⁶, du 13 août 1981, relatif aux accords syndicaux de *closed-shop* ou monopole syndical à l'embauche, la Cour a précisé qu'« à interpréter l'article 11 (art. 11) comme autorisant n'importe quelle sorte de coercition en matière d'appartenance syndicale, on toucherait à la substance même de la liberté qu'il entend garantir ». Lu en tant que tel, cet énoncé modèle – par la suite ré-invoqué dans nombre d'affaires – aurait pu laisser envisager une expression absolue du principe d'interdiction d'atteinte à la substance propre au droit à la liberté d'association. Cependant, celui-ci ne renvoie, dès l'origine, pas à une condition entourant les restrictions au droit à la liberté d'association, et plus précisément, syndicale. Il consiste là en un outil de détermination de l'existence d'une ingérence dans le droit en question⁵⁸⁷, permettant à la Cour européenne d'en préciser le contenu (eu égard au volet négatif de la liberté d'association notamment). Et cette fonction s'est vue, jusqu'à une période relativement récente, expressément reconduite⁵⁸⁸.

– LE CAS DE FIGURE SUBSIDIAIRE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1 CEDH. Il semble qu'un parallèle puisse être dressé avec la démarche du juge de Strasbourg sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1, s'agissant du droit de propriété⁵⁸⁹. Il faut revenir à la jurisprudence fondatrice *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*⁵⁹⁰, du 23 septembre 1982, pour étayer ces propos. Dans l'affaire concernant les héritiers de M. Sporrong et de Mme Lönnroth, devenus propriétaires de biens sujets à des permis d'exproprier de longue durée et d'interdictions de

⁵⁸⁶ Cour EDH, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni* précité (note n° 45), § 52. Voir, en parallèle,

⁵⁸⁷ Voir J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance ...*, op. cit., p. 140.

⁵⁸⁸ – Voir l'évolution de la formulation depuis l'arrêt de principe *Young, James et Webster*, en passant par Cour EDH, Gde ch., *Gustafsson c/ Suède* précité (note n° 321), § 45, jusqu'à Cour EDH, Gde ch., *Demir et Baykara c/ Turquie* précité (note n° 386), §§ 97 ; 144. – Concernant la mutation récente du rôle de la protection de la substance du droit sur le terrain de l'article 11, voir *infra*, n° 406. – Pour un exemple de réception par le juge interne de l'usage traditionnel dans ce domaine, voir Cour EDH, Gde ch., 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c/ France*, req. n° 25088/94 ; 28331/95 ; 28443/95, Recueil des arrêts et décisions 1999-III, § 20 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 69, pp. 794-803.

⁵⁸⁹ Lequel recevra une analyse détaillée ultérieurement (*Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §II*).

⁵⁹⁰ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité (note n° 46), § 60 ; sur la notion dans cette affaire, voir J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance ...*, op. cit., p. 140.

construire, la Cour européenne a évoqué la notion de protection de la substance du droit à deux titres, distincts. C'est la première référence qui nous intéresse ici tout particulièrement : le juge européen, au stade de la recherche d'une ingérence, a notamment observé que « *s'ils laissaient juridiquement intact le droit des intéressés à disposer et user de leurs biens, les permis d'exproprier n'en réduisaient pas moins dans une large mesure la possibilité pratique de l'exercer. Ils touchaient aussi à la substance même de la propriété en ce qu'ils reconnaissaient par avance la légalité d'une expropriation et autorisaient la ville de Stockholm à y procéder à tout moment qu'elle trouverait opportun* »⁵⁹¹ (nous soulignons), participant manifestement au constat d'ingérence dans le droit de propriété en l'espèce. Notons, tout d'abord, la formule choisie à ce stade par le juge européen, renvoyant à la substance de *la propriété*. Elle semble révélatrice de la fonction conférée sur ce terrain primitif du contrôle à la protection de la substance du droit, faisant écho à l'idée d'un champ ou domaine précis du droit de propriété. Cela dit, il ne faut pas se laisser leurrer par les termes. On peut, en effet, valablement supposer que le juge renvoie, par cette référence d'ordre matériel préalable, à un aspect ou perspective à l'égard du droit restée dans l'ombre selon le sens premier donné à la disposition, précisant par là le contenu de l'article 1 du Protocole n° 1⁵⁹². Néanmoins, à la différence du terrain de l'article 11, celui-ci ne vise pas ici l'identification propre d'un domaine particulier rattaché au droit de propriété. Il s'agit, en réalité, pour la Cour de poser discrètement les jalons d'un principe prétorien général de respect de la propriété ; en d'autres termes, du contenu – ou droit – général de propriété, inscrit à la première ligne du premier alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1, et de la limitation y relative. Aussi, c'est tout particulièrement sur le plan de l'examen de la garantie de cette norme, s'attachant aux atteintes à la substance du droit, que la notion va s'épanouir.

– LE CAS DE FIGURE SUBSIDIAIRE DE L'ARTICLE 12 CEDH. Enfin, un autre terrain semble pouvoir rendre compte – subrepticement également – du second type de fonction attribuée à la protection de la substance du droit ; il s'agit du droit au mariage. Effectivement, rappelons-nous que la Cour de Strasbourg avait, dans les premiers arrêts relatifs à la protection de la substance du droit dans ce domaine, paru rattacher la notion à une précision du champ d'application compris par le droit au mariage⁵⁹³. Ainsi, la Cour avait lapidairement retenu le

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² Remarquons, par exemple, la réflexion suscitée chez Luigi CONDORELLI, avançant que « *le premier service que l'on est en droit de demander à la norme n°1, vue le rôle que lui attribue la jurisprudence, est de permettre l'identification des droits individuels protégés par l'article 1 du Protocole* » (L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel, article 1 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, p. 975).

⁵⁹³ Voir *supra*, [note n° 425](#).

sens ordinaire des termes de la disposition⁵⁹⁴ pour exclure toute atteinte au droit en cause, dans les questions de mariage de personnes transsexuelles⁵⁹⁵ ou de divorce⁵⁹⁶ par exemple.

Dans l'ensemble, ces exemples attestent d'un recours à ladite notion dans sa fonction de définition du contenu du droit, bien que minoritaire et principalement ancien.

331. LE PARALLELE AVEC LES LIMITATIONS IMPLICITES.

– AU SEIN DE LA JURISPRUDENCE CONVENTIONNELLE. Appréhendée sous cette fonction, la protection de la substance du droit tend à nous évoquer une autre notion, connue du système conventionnel : celle de « limitations implicites ». Alors que nous les avons jusqu'à présent entendues et traitées comme les simples pendants d'origine prétorienne des limitations explicitement prévues par la Convention, il convient ici de revenir à la compréhension originelle de la notion, telle qu'elle a été relayée dans les premiers temps par la Commission européenne notamment ⁵⁹⁷. Selon cette perspective initiale, les limitations implicites consistaient dans le fait que « *telle ou telle limitation est inhérente au droit considéré ou à la situation de celui qui le revendique et que, par conséquent, l'Etat n'a pas à se justifier en invoquant les limitations expressément prévues, notamment dans le cas des articles 8 à 11 de la Convention* »⁵⁹⁸. En réalité, il ne s'agissait pas de véritables limitations au droit, puisqu'elles étaient directement intégrées, « inhérentes », et dans une certaine mesure consubstantielles à celui-ci. Ainsi « *loin de constituer une ingérence dans l'exercice d'un droit, elles en limitaient au contraire la portée* »⁵⁹⁹. Cela dit, cette acception passée n'est pas – comme rarement – propre au droit de la Convention. Or, il est frappant de relever que si dans le cadre conventionnel, les organes judiciaires n'ont pas créé de rapport direct de celle-ci avec la protection de la substance du droit, il en a été autrement dans les systèmes constitutionnels nationaux, tout particulièrement d'Allemagne et d'Espagne.

– AU SEIN DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE. Ainsi, selon la vision de Peter HABERLE, les droits fondamentaux se situent dans un tout et doivent être donc vus par rapport à la « *totalité de la Loi fondamentale et des valeurs particulières protégées de rang constitutionnel* »⁶⁰⁰. Cette vision systémique, indépendante et inclusive conduit à considérer

⁵⁹⁴ Voir E. BREMS, *Human Rights : Universality and diversity*, *op. cit.*, p. 369.

⁵⁹⁵ Voir, notamment, Cour EDH, *Rees c/ Royaume-Uni* précité (note n° 47), §§ 49-50.

⁵⁹⁶ Voir, notamment, Cour EDH, *Johnston et autres c/ Irlande* précité (note n° 425), § 52.

⁵⁹⁷ Voir R. PELLOUX, « Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire... », *op. cit.*, pp. 54-56 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 191.

⁵⁹⁸ R. PELLOUX, « Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire... », *op. cit.*, p. 54.

⁵⁹⁹ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 191-192.

⁶⁰⁰ B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, p. 395.

que les limites immanentes sont intégrées depuis l'origine dans le droit⁶⁰¹, ou doivent l'être. Puisque « *el legislador que concretiza los límites inmanentes a los derechos fundamentales, no lesiona éstos, no los « relativiza », sino que los reafirma y asegura, los « determina », más bien* »⁶⁰². On observe donc qu'il s'agit incontestablement, là aussi, d'un instrument pour délimiter le droit, dans cette conception⁶⁰³. Il s'oppose nécessairement à la vision isolée des limites et intérêts ou valeurs d'ordre public, propre à la conception absolue⁶⁰⁴. Au contraire de l'idée selon laquelle elles participeraient à la mise à mal du contenu essentiel, « *les limites immanentes sont les limites qui correspondent au contenu substantiel et qui l'entourent* »⁶⁰⁵.

332. BILAN DE L'ANALYSE. Il découle de cette double analyse de l'utilisation de la notion de limitations implicites, comprises dans leur rôle de délimitation du contenu des droits de l'homme, qu'il existe à ne point douter un lien significatif – bien que restant abstrait dans la jurisprudence conventionnelle – entre la protection de la substance du droit, au sens réaliste, et les limitations implicites, intrinsèques au droit. Ainsi, la définition plus précise du contenu du droit concourt pleinement à la « protection de la substance » dudit droit. Certains auteurs allant même jusqu'à affirmer qu'une telle conception permet de rendre le droit réellement absolu (quant à sa protection), en évitant le recours à la clause de proportionnalité. Si le but de mieux définir les limites est de permettre une protection plus efficace des droits garantis, on peut en déduire que la seconde fonction de la protection de la substance du droit rejoint finalement la première à travers cette finalité commune, généralisée à tous les droits de la Convention.

333. Après avoir présenté les différentes fonctions qu'est susceptible de recouvrir la protection de la substance du droit même (dans lequel le terme de substance est indistinctement inscrit) selon la conception réaliste, achevons de « boucler la boucle » de notre démonstration. On peut, en effet, déduire de la pleine fonctionnalité du terme de

⁶⁰¹ P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn (traduction)*, Madrid, Dykinson, coll. « Dykinson constitucional », 2003, p. 57 ; voir aussi, B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., p. 396.

⁶⁰² P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn (traduction)*, op. cit., p. 58.

⁶⁰³ Voir L. MARTIN-RETORTILLO et I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, op. cit., notamment p. 137 (et généralement, quant à la notion dans la doctrine constitutionnelle espagnole, *ibid.*, pp. 110 et s.).

⁶⁰⁴ Voir, G.C.N. WEBBER, *The negotiable constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 141-145 ; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance ...*, op. cit., p. 139.

⁶⁰⁵ B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., p. 395. Dans la doctrine espagnole, Magdalena LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS (« El problema del contenido esencial... », op. cit., p. 47) précise que « *En cualquier caso, lo que sí se muestra con claridad meridiana, es que la limitación externa no afecta propiamente al contenido esencial, sino al ejercicio del derecho o libertad; en cambio lo que nosotros llamamos límite contencional sí afecta al contenido esencial, es parte de ese contenido.* »

substance du droit au sein de l'instrument de protection de la substance du droit que celui-ci n'apporte rien au procédé de contrôle conventionnel ; ce qui se répercute, en réalité, sur ledit instrument.

§ II. L'absence de valeur ajoutée de la référence à la substance du droit

334. A la lumière des analyses émises au sein de ce *Chapitre*, il paraît tout d'abord aisé de conclure au défaut d'implication directe de l'évocation d'une substance d'un droit donné dans les jugements strasbourgeois selon une perspective réaliste. Au-delà, la critique formulée à l'encontre de ce terme spécifique (A) conduit à mettre au jour le trouble touchant généralement la notion de protection de la substance du droit dans le cadre de ladite perspective (B).

A) Une critique du terme substance du droit, spécifiquement

335. LA SUBSTANCE DU DROIT, MIROIR DE L'ABOUTISSEMENT DU CONTROLE DANS LE CADRE DE LA FONCTION PRINCIPALE. La critique peut sembler tomber sous le sens eu égard aux jalons antérieurement posés quant au vocable de substance du droit suivant la conception réaliste, notamment lorsque la notion de protection de la substance du droit recouvre sa fonction principale. Considérée comme indéterminée en soi, la mention de la substance d'un droit au sein de la jurisprudence européenne est ainsi apparue l'indissociable fonction du constat d'atteinte (ou non) la concernant, clôturant communément le contrôle. Cela étant dit, il paraît important à ce stade d'affirmer nettement que, sous l'angle réaliste, la référence strasbourgeoise à la substance du droit intervient en tant que strict dénouement, ou résultat du contrôle par ailleurs mis en œuvre par le juge. Puisqu'elle ne recouvre rien par elle-même et n'est donc susceptible d'examen, cette mention ne peut, par principe, que se rapporter à tel un contrôle existant des restrictions aux droits garantis.

336. Or, tandis qu'il ne vise pas à assurer la garantie d'une substance propre, l'instrument de protection de la substance du droit ne semble pas renvoyer à une forme d'examen autonome. Aussi, fort logiquement, la critique énoncée à l'égard du vocable de substance du droit doit être étendue à la l'analyse de la notion même de protection de la substance du droit.

B) Une critique de la notion de protection de la substance du droit, généralement

337. L'étude du présent *Chapitre* s'étant concentrée sur la confusion, suivant la conception réaliste, de la substance du droit avec sa protection – la première étant pleinement incorporée dans la seconde, la critique relative à l'apport et utilité de celle-ci dans le système

conventionnel ne peut que raisonner à l'égard de celle-là. Plus précisément, si le terme de substance du droit constitue le parfait miroir de l'aboutissement du contrôle à l'espèce des restrictions à l'égard des droits garantis, il en est de même de la notion générale. Or, un tel contrôle s'effectue, de fait, au titre des instruments classiques de l'ordre conventionnel, et ne saurait comprendre, selon une perspective réaliste, un quelconque examen spécifique de la protection de la substance du droit⁶⁰⁶. A partir de là, deux voies d'interprétation sont possibles, correspondant à deux degrés de radicalité dans la critique de la notion : d'une part, on peut l'envisager comme moralement symbolique ; d'autre part, il est possible de la juger pratiquement inutile.

338. LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT, UNE NOTION SYMBOLIQUE. Devant le manque de réalité pratique et distincte de la protection de la substance du droit, au sens de la conception réaliste, l'argument du caractère entièrement déclaratif et donc symbolique de celle-ci a été avancé parmi les doctrines internes spécialement examinées⁶⁰⁷. Il s'agit, ainsi, de l'appréhender uniquement dans son utilité abstraite, idéale. A défaut de renvoyer à une véritable substance du droit⁶⁰⁸, ou même à un instrument qui se singulariserait des autres outils existants et serait porteur d'une démarche juridique propre, la notion de protection de la substance du droit aurait le mérite de révéler une certaine vision ou idéologie juridique et de synthétiser les différentes conditions établies à l'égard des limitations aux droits fondamentaux, droits de l'homme plus globalement. En effet, l'affirmation de l'idée de limites fermes – intangibles – au pouvoir étatique dans son intervention à l'égard des droits fondamentaux a été jugée indispensable, à la suite des événements de l'histoire allemande qui ont mené à la Seconde guerre mondiale⁶⁰⁹. Au-delà même de cette perception du droit, lequel ne doit être tout à fait rémissible devant l'Etat, il a été avancé qu'une telle notion, étant

⁶⁰⁶ Devançant le prochain *Chapitre*, la remarque de Gerhard VAN DER SCHYFF (*Limitation of Rights...*, *op. cit.*, p. 166) : « (...) the identification of what amounts to a core is actually an ex post facto classification of the result of balancing exercise ».

⁶⁰⁷ Voir notamment, – pour la doctrine constitutionnelle allemande, P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn (traduction)*, *op. cit.*, pp. 219-220 (signalons que le caractère déclaratif de la clause de l'article 19-2 de la loi fondamentale n'est, selon l'auteur, toutefois pas immuable) ; complémentairement, B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, pp. 394 ; 397 ; 401-402 ; – pour la doctrine constitutionnelle suisse, présentant le point de vue relativiste, C.-A. MORAND, « Le noyau intangible des droits constitutionnels », *op. cit.*, p. 56 ; J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 160.

⁶⁰⁸ Rappelons, en guise de perspective, la thèse d'une part de la doctrine constitutionnelle allemande selon laquelle « l'essai de détermination du contenu substantiel est dépourvue de sens car il dépasse le champ de l'analyse juridique et se situe sur le plan de l'essence ou de la « substantialité » », d'où la conclusion que l'article 19-2 de la Loi fondamentale n'est pas une norme applicable (B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, pp. 400-401).

⁶⁰⁹ Voir l'expression de cette idée dans une partie de la doctrine allemande, retranscrite par Bertrand PETER (*ibid.*, p. 401) en ces termes : « L'article 19 II n'est pas une norme applicable mais un avertissement au législateur affirmant que les DF ne sont pas soumis au bon vouloir de celui-ci ».

équivalente aux autres, permettait de résumer en une seule clause les différentes « limites aux limitations » la précédant⁶¹⁰. Cumulant ces deux aspects, on saisit l'utilité d'un instrument unique, pour évoquer toutes les conditions de restrictions, sans même qu'elle ne soit appliquée en elle-même. Notons que ce symbolisme n'apparaît pas en soi comme dangereux, ou absolument irrationnel. Toutefois, une telle appréhension de la protection de la substance du droit semble tout droit mener vers une autre interprétation : l'inutilité profonde de la notion en cause.

339. LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT, UNE NOTION INUTILE. Il se dégage également de ce symbolisme l'idée de redondance, qui rendrait dès lors superflue une telle référence⁶¹¹. En effet, le questionnement relatif à l'utilité de la protection de la substance provient du postulat de vacuité matérielle de celle-ci dans les ordres juridiques auxquels elle a été incorporée : en réalité, la protection de la substance du droit ne serait principalement qu'un suppôt ou « doublon »⁶¹² d'autres mécanismes, bien tangibles. Ainsi, le problème se pose en ces termes : alors qu'elle ne fait que renvoyer à d'autres conditions directement mises en œuvre, sans apporter d'ajout, quel intérêt y a-t-il à la maintenir ? Le système peut apparemment se passer d'une telle notion⁶¹³, même en considérant sa dimension symbolique. A l'inverse, il est permis de se demander s'il n'y a pas une certaine contre-productivité, voire une nocivité à préserver une telle ambiguïté dans les systèmes en cause⁶¹⁴, laissant croire à une authentique protection de la substance d'un droit, et tout ce qu'elle implique⁶¹⁵. Remarquons, incidemment, l'empreinte présumable de la logique réaliste ou pragmatique pré-

⁶¹⁰ Voir P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn (traduction)*, *op. cit.*, pp. 219-220.

⁶¹¹ Voir notamment, au sein de la doctrine constitutionnaliste, – concernant l'Allemagne, V. BARBE, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux...*, *op. cit.*, p. 74 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 371 ; – concernant la Suisse, C.-A. MORAND, « Le noyau intangible des droits constitutionnels », *op. cit.*, p. 55 ; P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 996-997 (l'analyse globale se voulant comparatiste ; voir aussi, à titre supplétif, *ibid.*, pp. 997-1001) ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 362 ; – concernant l'Espagne, E. BAURA, « El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio », *op. cit.*, p. 699 ; L. MARTIN-RETORTILLO et I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.*, pp. 125 et s.

⁶¹² Voir, par exemple, P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 997.

⁶¹³ Selon Petr MUZNY « le gain issu de l'application de cette notion s'avère nul » (*ibid.*, p. 995).

⁶¹⁴ Voir G. VAN DER SCHYFF, *Limitation of Rights...*, *op. cit.*, p. 167. – Plus généralement, quant à la dangerosité intrinsèque de la notion, voir P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 1001-1003.

⁶¹⁵ Or, comme le souligne Magdalena LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS dans le cadre la doctrine espagnole, sans détermination du contenu essentiel (si tant est qu'elle est possible), la clause de l'article 53-1 de la Constitution est rendue inutile car un tel contenu ne peut *a fortiori* être respecté (M. LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, « El problema del contenido esencial... », *op. cit.*, p. 44).

exposée sur les tenants de cette perception, ceux-là préférant s'attacher au droit tel qu'il est concrètement pratiqué.

340. BILAN GENERAL DES ANALYSES. Ainsi, de la vacuité de l'idée de substance du droit, non seulement théoriquement comme cela a été vu dans la *première Section*, mais surtout dans sa consistance pratique puisqu'elle ne révèle rien de nouveau, nous en sommes arrivés à questionner l'utilité même de la protection de la substance du droit ; les termes de protection et de substance du droit étant entièrement liés dans l'approche observée. Cela dit, à défaut (probable) d'être en mesure d'abandonner une notion fortement ancrée dans le système judiciaire examiné ici, Petr MUZNY propose la voie de la ré-attribution de sens à la protection de la substance du droit, afin qu'elle reflète alors la « *raison d'être* » du droit, qui passe par « *l'application d'une pesée des intérêts représentative du contrôle de proportionnalité* »⁶¹⁶.

⁶¹⁶ P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 1004-1005.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

341. Immersion dans la théorie réaliste de la protection de la substance du droit, le présent *Chapitre* visait à en présenter la spécificité théorique – par comparaison à la conception largement approfondie en *première Partie* – à travers un premier axe conducteur. Celui-ci consacre l'assimilation de deux éléments qui avaient pu être distingués, suivant l'approche absolue, au sein de la protection de la substance du droit, entraînant notamment une modification fondamentale de l'appréhension de la substance du droit, telle qu'elle consistait jusqu'alors. Antérieurement envisagée comme une notion en tant que telle, la substance du droit ne représente, dans la conception réaliste, autre chose qu'un terme indéterminé, entièrement fondu au sein de la protection de la substance du droit. Or, il a été observé que ce point de vue trouve un appui indubitable auprès des modèles judiciaires concrets et pratiques, influençant notablement le système conventionnel, mais aussi dans une conception réaliste du droit prenant ses origines dans le jusnaturalisme antique.

342. En admettant l'absence de signification en soi de la substance du droit, une seconde particularité de la conception réaliste peut être distinguée : purement fonctionnel, le vocable de substance du droit n'a de vocation que son incorporation dans l'instrument de protection de la substance du droit. Deux types de missions sont apparemment confiées à ce dernier ; celle de condition, ou limite des limites, étant la plus développée au sein de la jurisprudence de la Cour. Néanmoins, le caractère intrinsèquement fonctionnel de la référence à la substance du droit, vidant immédiatement d'apport une telle référence, rejaillit de façon subséquente sur l'utilité de la protection de la substance du droit même. Celui-ci ne renvoie, à travers la conception réaliste, à aucune forme autonome de mise en œuvre, mais sert, en réalité, d'image à la solution d'un contrôle réalisé à l'aune des conditions majeures du droit conventionnel. Aussi, il s'agit à présent d'étudier le contenu et la portée de l'équivalence de la protection de la substance du droit avec ces autres mécanismes.

CHAPITRE 2. LA RELATIVITE NUANCEE DE LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT

343. UN RAPPORT CENTRAL A LA PROPORTIONNALITE. L'axe réaliste d'entendement de l'objet d'étude, comme strict instrument de protection des droits garantis par la Convention, en implique un maniement relatif. Ainsi, les conclusions émises à son égard s'inscrivent nécessairement dans une affaire donnée et traduisent une limite d'espèce quant à l'atteinte excessive (ou, au contraire, son absence) à un droit prévu par le système conventionnel. Le caractère relatif de la protection de la substance du droit, ainsi comprise, se fonde précisément sur un lien étroit avec le principe de proportionnalité. Rappelons à cet égard l'interrogation initiatrice de Marc-André EISSEN⁶¹⁷ en matière de droit de la Convention européenne des droits de l'homme quant à « *the exact relationship between proportionality and the absence of an impairment of the "very essence" of a right* ».

344. UN DOUBLE DEGRE DE RELATIVITE : L'ALTERNATIVE DU JUGE STRASBOURGEOIS. Suivant la perspective réaliste, un tel lien est susceptible de renvoyer à deux conceptions sensiblement distinctes : à côté d'une version pleinement relative de la protection de la substance du droit, une autre que l'on peut qualifier d'« absolutiste pragmatique »⁶¹⁸ admet un rapprochement uniquement pratique avec la proportionnalité. Il paraît important de mettre, tour à tour, à l'examen ces différents points de vue théoriques, afin de pouvoir observer leur résonance dans la jurisprudence européenne.

Il reste que si la thèse absolue pragmatique peut prêter à confusion en raison de sa nature ambiguë (*Section 1*) – procédant, sur le plan théorique, de la conception absolue, tout en s'arrimant, sur le plan pratique, à la thèse relativiste, la thèse strictement relative a pour mérite un positionnement univoque ou radical (*Section 2*), revendiquant pleinement son lien avec le principe de proportionnalité.

⁶¹⁷ M.-A. EISSEN, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in R. St. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (éd.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff, 1993, p. 144. Remarquons que le flambeau de ce questionnement constituera l'axe d'analyse de la protection de la substance du droit par Sébastien VAN DROOGHENBROECK (*La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 350 et s).

⁶¹⁸ Terme employé par Sébastien VAN DROOGHENBROECK dans sa thèse (*ibid.*, p. 362). – Notons, par ailleurs, le développement ponctuel d'autres approches alternatives, telle celle issue de l'analyse de José CASALTA NABAIS quant au droit constitutionnel portugais, prônant un contenu essentiel bipartite n'étant pas « *seulement quelque chose d'absolument intangible mais aussi, et au-delà, quelque chose de relativement intangible en raison de la proportionnalité* » (J. CASALTA NABAIS, « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel », in P. BON et al., *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1989, p. 240 (note n° 73 de la contribution)).

Section 1. La thèse ambivalente de l'absolutisme pragmatique

345. UNE CONCEPTION MIXTE. A la différence d'une conception absolue, *stricto sensu*, reposant sur l'entière autonomie de la protection de la substance du droit, la branche de l'absolutisme pragmatique – émanant originellement de la doctrine constitutionnaliste – en révèle une vision contrastée. Admettant l'équivalence fonctionnelle de la protection de la substance du droit avec la proportionnalité, cette conception mixte offre une alternative attrayante (§I) au dualisme classique. Toutefois, il apparaît rapidement qu'une telle conception ne saurait pleinement convaincre, et consiste principalement en une alternative illusoire (§II).

§ I. Une équivalence fonctionnelle séduisante

346. Afin de préciser la spécificité de la thèse absolue pragmatique, il faut commencer par insister sur sa parenté avec la conception partageant la même racine ; il en découle l'affirmation identique d'une interdiction absolue d'atteinte à la substance du droit (A). En parallèle, ladite thèse consiste en un rapprochement pratique de la protection de la substance du droit avec la proportionnalité (B).

A) L'interdiction absolue d'atteinte à la substance du droit

347. UN ANCRAGE FONDAMENTAL DANS LA THESE ABSOLUTISTE. Tout étrange que le renvoi à la logique caractéristique de la conception absolue puisse sembler au sein du présent *Chapitre*, il est essentiel d'insister sur le socle théorique de l'absolutisme pragmatique. Celui-ci s'inscrit pleinement dans la ligne commandée par la conception absolue, et ce tout particulièrement s'agissant de la protection conférée à la substance. En ce sens, l'interdiction d'atteinte à la substance du droit se voit identiquement envisagée comme doublement absolue, puisque l'atteinte en cause est, certes, entièrement interdite, mais qu'elle doit également être considérée comme renvoyant à un véritable injustifiable en soi⁶¹⁹. Aussi, comme dans le cadre commun de la conception absolue, la thèse absolutiste pragmatique suppose la détermination et sanction d'une atteinte à un élément (ou à une étendue) du droit qui ne saurait en aucun cas être justifiée.

⁶¹⁹ Voir *supra*, Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

348. LA MANIFESTATION DE L'ABSOLUTISME PRAGMATIQUE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH ? Notamment évoquée par plusieurs membres de la doctrine suisse⁶²⁰, la conception absolue pragmatique s'est récemment vue explicitée et développée aux fins d'une lecture de la jurisprudence conventionnelle par Sébastien VAN DROOGHENBROECK⁶²¹. En raison de son caractère alternatif et hybride, celle-ci permettrait en effet d'expliquer les positions fréquemment hétérogènes de la Cour européenne des droits de l'homme, observées tout au long de ce travail. Ainsi, l'auteur a notamment présenté, en guise d'illustrations propres au système conventionnel⁶²², les arrêts *Fayed*⁶²³, relatif aux allégations d'atteinte au droit à un tribunal du fait de la procédure de contestation d'un rapport d'inspecteurs (publié) portant sur la société des requérants, *Chassagnou*⁶²⁴, portant sur la mise en cause par des petits propriétaires terriens de l'organisation de la chasse prévue par la loi Verdeille, notamment quant à leur droit à la liberté d'association, et *F.*⁶²⁵, concernant l'interdiction temporaire de remariage prévue par le droit suisse, sur le terrain de l'article 12 de la Convention. Dans ces affaires, le rapprochement à la logique absolutiste semble être dégagé du rappel de la notion, d'une part, sur le plan des principes applicables (pour le premier et le dernier arrêt), et d'autre part, sur le plan de l'application, en présumant la reconnaissance d'un injustifiable en soi équivalant au constat de disproportion. Cependant, notons dès à présent que lesdits exemples suscitent plusieurs questions ; à commencer par celle des domaines en cause, dont les relations avec la conception absolue sont de nature inégale⁶²⁶. Les autres limites – théoriques et pratiques – se verront développées dans le *Paragraphe II*.

⁶²⁰ Voir, notamment, J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse. Supplément 1967-1982*, op. cit., p. 209 ; J.-F. AUBERT, « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse : Essai de synthèse », in *Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie : Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner KÄGI*, Zurich, Schulthess, 1979, p. 26 ; J.-F. AUBERT, « Limitation des droits de l'homme : le rôle respectif du législateur et des tribunaux », in A. DE MESTRAL et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, op. cit., p. 198 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Vol. II, Les droits fondamentaux*, op. cit., p. 119 ; M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », op. cit., p. 71 ; C.-A. MORAND, « Le noyau intangible des droits constitutionnels », op. cit., p. 56 ; L. WILDHABER, « Limitations on human rights in times of peace, war and emergency... », op. cit., p. 55.

⁶²¹ Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 476 et s. ; complémentairement, L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 226 et s.

⁶²² Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 478 (notamment note n° 606 du document).

⁶²³ Cour EDH, 21 septembre 1994, *Fayed c/ Royaume-Uni*, req. n° 17101/90, A294-B, § 67 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 1995, n° 3, pp. 774-776.

⁶²⁴ Cour EDH, Gde ch., *Chassagnou et autres c/ France* précité (note n° 588), § 117 (comparé à Com. EDH, Plén., (rapport), 30 octobre 1997, § 116).

⁶²⁵ Cour EDH, Plén., 18 décembre 1987, *F. c/ Suisse*, req. n° 11329/85, A128, § 40.

⁶²⁶ Si, dans le cadre de cette étude, un rapprochement a manifestement été établi avec le droit à un tribunal (voir *supra*, notamment n° 224-226), il s'est vu rejeté quant au droit à la liberté de réunion et d'association (en tant que droit encadré par la clause d'ordre public ; voir aussi *supra* n° 330), et est paru ambigu s'agissant du droit au mariage (voir *supra*, n° 205).

349. Une fois le rattachement établi, il convient sans plus attendre d'exposer en quoi consiste le caractère alternatif et hybride de l'absolutisme pragmatique vis-à-vis de la conception absolue. Si, sur le plan strictement abstrait, la protection de la substance du droit est appréhendée, dans le cadre de cette thèse, en parfaite concordance avec la conception absolue, les conclusions pratiques tirées de la mise en œuvre de ladite protection l'en isolent.

B) Le rapprochement logique à un instrument éprouvé

350. UN RAISONNEMENT PRATIQUE SINGULIER. L'originalité de la thèse absolue pragmatique tient dans la mixité de la démarche déployée, au profit d'une praticité – d'où le nom donné par Sébastien VAN DROOGHENBROECK à cette conception – de l'appréhension de la protection de la substance du droit. Il s'agit là de coupler au raisonnement strictement théorique relevant de l'injustifiable en soi une logique d'ordre pratique. Ainsi, les tenants en doctrine d'un absolutisme pragmatique avancent pouvoir satisfaire les prescriptions de la conception absolue au moyen de l'instrument concurrent qu'est la proportionnalité. L'équivalence posée entre les deux instruments ne ferait, en réalité, que s'appuyer sur une convergence de résultats. Le cœur de la thèse absolutiste pragmatique réside effectivement dans l'idée que la mise en œuvre de la protection de la substance du droit, si elle aboutit à un constat d'atteinte injustifiable en soi, correspond nécessairement à un aveu de disproportion à l'égard de l'exercice dudit droit⁶²⁷. Cela s'explique par la gravité de l'atteinte à la substance du droit, dont le degré est tel que ladite atteinte inclut incontestablement, en la dépassant, celle de l'absence de proportion. Autrement dit, ce qui affecte la substance du droit, en tant qu'injustifiable en soi, sera toujours au moins considéré comme disproportionné, en tant qu'injustifié *in casu*. Les propos de Michel HOTTELIER⁶²⁸ témoignent explicitement de cette idée en affirmant que si « *proportionnalité et noyau ne coïncident pas, du moins pas complètement* », l'« *on peut certes concevoir qu'une restriction qui porte atteinte au noyau d'une liberté s'avère également disproportionnée* ». De la même façon, Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, et Michel HOTTELIER⁶²⁹ avançaient que l'« *on a de la peine à imaginer une restriction que le juge estimerait fondée sur une loi, justifiée par un but légitime et confirme à la règle de proportionnalité, mais dont il penserait qu'elle porte atteinte à l'essence de la liberté* ». Par conséquent, alors que la détermination de la part du droit

⁶²⁷ Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 362 ; 478.

⁶²⁸ M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », op. cit., p. 71.

⁶²⁹ A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Vol. II, Les droits fondamentaux*, op. cit., p. 119.

considérée comme inconditionnellement intouchable reste une œuvre complexe, il paraît plus facile de recourir à un outil amplement manié et aux ressorts mieux définis. On vise seulement la commodité ; ainsi, « *un tel constat justifie qu'il soit pragmatiquement fait l'économie d'une démarche, complexe et controversable, d'identification a priori du Kernbereich de chacun des droits fondamentaux : son intangibilité n'en serait de toute façon pas mieux assurée qu'elle ne l'est, par ailleurs et a posteriori, par le principe de proportionnalité.* »⁶³⁰

351. L'IDENTITE PARTIELLE DE RESULTATS. Cela étant dit, il faut insister sur le fait que l'équivalence n'a, dans ce cas, qu'une nature fonctionnelle, puisqu'elle ne modifie pas la conception fondamentale détenue s'agissant de la protection de la substance du droit. Le constat de disproportion n'appelle pas forcément celui d'atteinte à la substance du droit, « *dès lors qu'une atteinte « simplement » disproportionnée ne s'avère pas forcément grave au point de compromettre la substance du droit en cause* »⁶³¹. Il s'agit donc d'un « *recouvrement partiel* »⁶³² des instruments de protection de la substance du droit et de proportionnalité, dans la mesure où seule la proposition : « l'atteinte à la substance est équivalente à la disproportion dans une espèce donnée » est toujours vraie.

Relativement récemment, deux manifestations potentielles de ce recouvrement incomplet pouvaient être observées, l'une provenant de l'arrêt *Khamidov c/ Russie*⁶³³, du 15 novembre 2007, et l'autre de l'arrêt de chambre *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c/ Suisse*⁶³⁴, du 26 novembre 2013, signalé nonobstant sa caducité à la suite du prononcé de la Grande chambre. Dans la première affaire, relative à la procédure judiciaire d'expulsion et réparation engagée par le requérant quant à sa propriété occupée par des forces de police Tchétchènes (procédure critiquées à plusieurs égards par le requérant sur le terrain de l'article 6 notamment), la Cour, après avoir rappelé le modèle *Ashingdane*⁶³⁵ sur le plan des principes applicables, a conclu son examen d'espèce en « *relevant d'une part que l'intéressé a été privé pendant plus d'un an de toute possibilité d'obtenir la protection juridictionnelle de ses droits,*

⁶³⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 363. Voir, également, une expression implicite probable de cette idée dans la doctrine constitutionnelle allemande, Sabine MICHALOWSKI et Lorna WOODS (*German constitutional law : the protection of civil liberties*, Aldershot, Brookfield, Ashgate/Dartmouth, 1999, p. 82) constatant que « *usually the FCC sees no need to refer to Art. 19(2) BL, instead solving the problem by applying the principle of proportionality* ».

⁶³¹ M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », op. cit., p. 71.

⁶³² Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 362.

⁶³³ Cour EDH, 15 novembre 2007, *Khamidov c/ Russie*, req. n° 72118/01, §§ 155-156.

⁶³⁴ Cour EDH, ch., 26 novembre 2013, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c/ Suisse*, req. n° 5809/08, §§ 123 ; 133-134 (voir, parallèlement, l'arrêt de Grande chambre, 21 juin 2016, Recueil 2016, §§ 129 ; 151 (obs. F. SUDRE, *JCP G*, 2016, act. 828), certes moins révélateur).

⁶³⁵ Voir *supra*, n° 224-226.

notamment par l'exercice d'une action tendant à contraindre la police à évacuer sa propriété – qui était son seul foyer – et, d'autre part, que le Gouvernement ne s'en est aucunement expliqué », ce qui l'a conduit à estimer « *que la restriction apportée au droit d'accès du requérant à un tribunal a porté atteinte à la substance même de ce droit et qu'elle était manifestement disproportionnée* » (nous soulignons). Bien qu'inutile au regard de la conception absolue *stricto sensu*, une telle jonction serait susceptible d'attester de l'équivalence fonctionnelle propre à la thèse absolutiste pragmatique, l'atteinte à la substance du droit impliquant indubitablement une disproportion s'agissant des intérêts en cause. L'arrêt de chambre *Al-Dulimi et Montana Management Inc.*, concernant les différentes restrictions financières et économiques imposées aux requérants à la suite d'une inscription sur les listes du Conseil de sécurité des Nations-Unies, paraît offrir un exemple plus implicite, mais non moins notable, de la conception à l'étude. En effet, le juge européen, s'agissant de la contestation de l'inscription en question sur le terrain de l'article 6, et toujours suite à la ré-invocation du modèle *Ashingdane* en tant que droit applicable, a opéré dans ce jugement un contrôle ouvertement guidé par les instruments de la clause d'ordre public, dont la proportionnalité. Cependant, jugeant que les mesures prises par l'Etat suisse (principalement de recourir aux avoirs gelés en vue du règlement de frais de défense) « *sont certes susceptibles d'alléger dans une certaine mesure les restrictions apportées à la jouissance par les requérants de leur propriété, mais elles ne portent pas remède à l'impossibilité de faire examiner par un tribunal le bien-fondé des restrictions dont les intéressés se plaignent devant la Cour sur le terrain de l'article 6* » (nous soulignons), eu égard aux carences constatées du système judiciaire de contrôle des Nations-Unies, le juge a conclu à l'atteinte à la substance du droit à un tribunal. Ne s'agirait-il pas là d'une forme d'injustifiable en soi, valant injustifié *in casu* puisque mis au jour par l'entremise du contrôle de proportionnalité ?

Finalement, on peut citer en complément l'opinion dissidente du juge MYJER sous l'arrêt *O'halloran et Francis*⁶³⁶, concernant l'obligation du propriétaire d'un véhicule de fournir des informations sur le conducteur en cas d'infraction alléguée au code de la route. Le juge y a soutenu, à l'instar des requérants, « *que le grave problème causé par la mauvaise conduite automobile ne suffit pas à justifier un système de contrainte qui vide de toute substance les droits garantis par l'article 6* », en ce que l'atteinte à « *toute substance [du] droit de garder le silence ne peut en principe se justifier par l'intérêt public que cette mesure cherche à protéger* » (nous soulignons). Ces passages témoignent de la présence d'un injustifiable en soi

⁶³⁶ L'opinion dissidente du juge MYJER, sous Cour EDH, Gde ch., *O'halloran et Francis c/ Royaume-Uni* précité (note n° 327), §§ 3 et 6.

qui est également un injustifié *in casu*, la formulation choisie indiquant la reconnaissance d'une barrière infranchissable (lorsque les droits en cause sont vidés de toute substance), tout en inscrivant cette solution dans un contexte d'espèce et laissant ouverte la voie de l'exception.

352. BILAN DE L'ANALYSE. Il résulte des précédentes analyses et illustrations potentielles de la thèse absolutiste pragmatique, dans le cadre du système conventionnel, que celle-ci constitue au demeurant une interprétation séduisante s'agissant d'une jurisprudence généralement ambiguë. Alors qu'il repose sur une simple équivalence fonctionnelle entre l'interdiction d'atteinte à la substance du droit et la proportionnalité, maintenant le principe de la conception absolue, plusieurs obstacles accompagnent l'absolutisme pragmatique. Ils invitent à douter d'une telle thèse, nourrissant autant la confusion qu'elle ne l'explique.

§ II. Une équivalence fonctionnelle illusoire

353. UN ELOIGNEMENT FONDAMENTAL QUANT A LA CONCEPTION ABSOLUE. Une fois la thèse absolutiste pragmatique exposée, il convient de constater qu'elle renferme deux facteurs intrinsèques principaux de dérive à l'égard de sa conception mère. Ils résident dans l'excès de facilité (*A*), d'une part, et dans l'absence de permanence (*B*), d'autre part, accompagnant cette thèse. Ceux-ci questionnent, par répercussion, l'authenticité de l'équivalence fonctionnelle consubstantielle à une telle thèse.

A) La dérive de l'excès de facilité

354. LES AVANTAGES DE L'ABSOLUTISME PRAGMATIQUE. L'intérêt premier et général présenté par l'absolutisme pragmatique est de permettre la cohabitation de deux logiques étrangères – la protection de la substance du droit et la proportionnalité, facilitant l'usage de la première grâce à la seconde, pour en conserver la finalité primordiale⁶³⁷. Sur le plan spécifique, une telle thèse semble offrir une grille de lecture satisfaisante à une notion particulièrement floue, dont l'emploi paraît relever variablement de l'une ou l'autre des deux conceptions principales – absolue et relative – étudiées. Or, plutôt que de trancher une question manifestement laissée en suspens par le juge de Strasbourg lui-même, l'absolutisme pragmatique fournit une voie médiane et conciliatrice. Néanmoins, on ne saurait trop se satisfaire de cette solution apparente de décryptage jurisprudentiel. Si l'absolutisme

⁶³⁷ Voir L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 230.

pragmatique séduit aux premiers abords, il ne convainc pas pleinement s'agissant de sa prétendue appartenance au socle commun de la conception absolue.

355. L'ILLUSION DE GARANTIE INDIRECTE DE L'INJUSTIFIABLE EN SOI. La première difficulté liée à l'excès de facilité qu'engendre cette thèse mixte concerne l'exigence de l'injustifiable en soi. D'un point de vue théorique, alors que la logique absolutiste pragmatique est uniquement censée rendre plus commode la démarche effectuée en vue de préserver la limite de l'injustifiable en soi, ce dernier est bien matériellement remplacé par l'injustifié *in casu*, prétendu lui assurer *de facto* la même protection. Aussi, c'est tant le procédé, que le raisonnement propres à la conception absolue, qui se voient abandonnés⁶³⁸. Partant, même en admettant – selon un angle abstrait et orienté sur la protection de la substance du droit – l'équivalence de la solution obtenue avec celle procédant d'un contrôle de proportionnalité, plusieurs questions se posent : tout d'abord, comment se satisfaire d'une application à l'espèce entièrement étrangère à la conception absolue, dont le résultat effectif ne s'élève pas au-delà du seuil de l'injustifié *in casu*, soit de la simple disproportion ? Deuxièmement, ne devrait-on pas accorder de l'importance au fait que l'équivalence fonctionnelle évoquée ne s'exerce principalement qu'à l'égard du dispositif, et non des motifs de la solution ? Enfin, dès lors qu'une telle thèse évite la recherche de l'injustifiable en soi, comment peut-on s'assurer de l'équivalence de solutions entre les logiques « substantielle » et proportionnaliste ? Il semble en effet curieux, sans avoir recherché par ailleurs ledit injustifiable, de prétendre l'exprimer indirectement au travers la logique proportionnaliste, dans laquelle entrent en jeu des considérations diverses entraînant une modulation généralisée des éléments du contrôle.

D'un point de vue pratique, c'est d'ailleurs ce qui rend délicate l'inscription de tout raisonnement de la Cour européenne qui rapproche ou assimile les constats de disproportion et d'atteinte à la substance du droit dans la thèse de l'absolutisme pragmatique (ce, au détriment même d'une des règles principales de la conception absolue qu'est la priorité de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit). En effet, on risque ce faisant de prendre toutes les expressions conjuguées de proportionnalité et de protection de la substance du droit pour des manifestations de l'absolutisme pragmatique. Ainsi, dans l'arrêt préalablement

⁶³⁸ Pour une opinion divergente, voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 480. Selon l'auteur, « l'inclusion méthodologique du principe de l'intangibilité de la substance dans le principe de proportionnalité n'engendre, répétons-le, aucune conséquence d'ordre matériel quant à la protection des droits fondamentaux » puisque « la balance des intérêts est en réalité jouée d'avance » ; les « motifs réels de la décision », relevant de l'injustifiable en soi, se voient cachés derrière les « motifs exprimés », correspondant à l'injustifié *in casu*.

évoqué *Fayed*⁶³⁹, s'agissant spécifiquement de l'applicabilité de l'article 6 eu égard à l'exception d'immunité reconnues à des inspecteurs indépendants suite à l'enquête et publication d'un rapport financier ayant des conséquences sur la réputation des requérants (hommes d'affaires), la précision de la Cour selon laquelle en cas d'examen au fond sur le terrain du droit au respect de la vie privée de l'article 8, « *elle aurait à résoudre les mêmes questions essentielles du but légitime et de la proportionnalité que sur le terrain de l'article 6 par. 1 (...)* » (nous soulignons), semble largement faire écho à la conception (strictement) relative. Ici, le pragmatisme du raisonnement judiciaire pointe manifestement vers la pleine assimilation⁶⁴⁰ de la proportionnalité et de la protection de la substance du droit.

356. L'ILLUSION D'UNE IDENTITE PARTIELLE DES INSTRUMENTS. Une seconde illusion intéresse le postulat de la « simple » équivalence fonctionnelle, autrement dit, de l'indépendance de l'absolutisme pragmatique, nonobstant son (trop) avantageux rapprochement de la logique proportionnaliste. Découlant directement de nos précédents propos, il apparaît que si l'équivalence fonctionnelle conduit bien, par commodité, à faire usage de la proportionnalité afin d'assurer la condition de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, elle annihile toute différence pratique entre les deux outils. Ainsi, l'usage du premier, aux fins de la protection de la substance du droit ou bien à ses propres fins est confondu. De même, la pertinence de la double proposition : « l'atteinte à la substance est toujours équivalente à la disproportion dans une espèce donnée » et « la disproportion est parfois équivalente à l'atteinte à la substance » disparaît ; le recouvrement des deux instruments est total. Aussi, on peut conclure synthétiquement que l'équivalence fonctionnelle débouche de fait sur une identité entre la protection de la substance du droit et la proportionnalité ; en d'autres termes, à la mise en œuvre de la conception (strictement) relative.

357. Cette première source de dérive, inhérente à l'absolutisme pragmatique même, doit être complétée d'une autre, qui concerne le précepte de permanence classiquement véhiculé par la conception absolue.

⁶³⁹ Cour EDH, *Fayed c/ Royaume-Uni* précité (note n° 623), § 67.

⁶⁴⁰ Alors qu'il le tient en exemple de l'absolutisme pragmatique, Sébastien VAN DROOGHENBROECK affirme lui-même que ce passage illustre le « *souci d'une proportionnalité de la fonction de juger* », ajoutant plus loin qu'« *aussi paradoxal qu'il puisse paraître, l'intangibilité de la substance du droit d'accès ne relève pas de l'essentiel...* » (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 455).

B) La dérive de l'absence de permanence

358. UN CARACTERE ESSENTIEL DE LA CONCEPTION ABSOLUE. Il convient de souligner que découle naturellement de la conception absolue une règle de permanence. Ainsi, on a antérieurement pu noter que les idées mêmes de substance du droit et d'injustifiable en soi répondent à une compréhension temporelle spécifique du droit : l'intangibilité⁶⁴¹. Or, une telle logique se distingue radicalement de la proportionnalité, qui s'inscrit dans un temps court ou moyen, mais certainement relatif. Dès lors que l'absolutisme pragmatique se rattache à la conception absolue commune, la protection d'un injustifiable en soi – même assimilé, par commodité, à un injustifié *in casu* – devrait logiquement assurer la pérennité du caractère fondamental de permanence. Cependant, il ressort des analyses ci-dessus que l'absolutisme pragmatique ne permet à la protection de la substance du droit de se concrétiser qu'au travers la mise en œuvre de la proportionnalité. Par conséquent, l'intangibilité absolue requise ne peut être assurée. Alors que les manifestations appliquées de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit doivent être envisagées en tant qu'injustifiés *in casu*, l'appréciation de l'atteinte ou non à la substance se voit limitée aux intérêts et contexte d'espèce et par là, dans le temps⁶⁴².

359. DEDUCTIONS FINALES. Deux remarques émanent de ce constat général. En premier lieu, par-delà la question de pertinence, la règle de permanence se situe indéniablement au cœur de la logique absolue de la protection de la substance du droit. Aussi, sa défaillance semble rendre inutile le recours à la thèse absolue pragmatique. On aperçoit, en second lieu, d'autant mieux – à l'aune de cette caractéristique essentielle de la conception absolue – à quel point la thèse absolue pragmatique constitue une fausse promesse de compromis harmonieux. En vidant de ses principes et caractères principaux la conception absolue, l'absolutisme pragmatique ne peut accomplir l'exploit de synthèse ; il n'aboutit qu'à dissimuler sa nature relative profonde⁶⁴³.

⁶⁴¹ Voir notamment *supra*, n° 102.

⁶⁴² A tout le moins, est-ce le constat résultant de la jurisprudence européenne telle qu'elle est donnée à voir à ses lecteurs (voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 481).

⁶⁴³ Partant d'un postulat (la réalité dissimulée de l'injustifiable en soi) opposé au notre, Sébastien VAN DROOGHENBROECK dénonce également la perte, découlant de l'absolutisme pragmatique, du « *bénéfice d'effet précédentiel* », mais aussi de « *sécurité juridique et de simplification, qui serait attaché à la pratique d'un absolutisme radical* ». Or il en déduit, similairement, que « *l'absolutisme pragmatique du juge européen engendre son incapacité à engager, par de larges précédents, le temps de la Convention, et par la même, à extraire ouvertement celui-ci de la casuistique propre au principe de proportionnalité* » (*ibid.*). Voir également, L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 229-230, dont les conclusions suggèrent un constat identique à nos propos finaux.

360. BILAN GENERAL DES ANALYSES. Au cours de notre éclairage de la thèse absolutiste pragmatique, ainsi qu'elle trouverait écho auprès du juge européen, il a été révélé deux sources propres de contradictions avec la conception absolue tenue pour socle, pointant la nature illusoire d'une telle thèse. Soulevant (et nourrissant) l'ambivalence caractéristique du recours à la protection de la substance du droit, l'absolutisme pragmatique apparaît selon un point de vue théorique, mais surtout empirique – dans le contexte, en l'occurrence, de la jurisprudence strasbourgeoise – détenir des liens effectifs plus forts avec une perspective foncièrement réaliste ; ce qui justifie son introduction au sein de cette *Partie* de l'étude. Dès lors, les obstacles précédemment distingués, ainsi que les réalités auxquelles ils renvoient, nous invitent à privilégier une analyse entièrement relative de la jurisprudence européenne en matière de protection de la substance du droit, parfois maquillée d'approche absolue.

Section 2. La thèse relativiste radicale

361. UNE LECTURE GLOBALISANTE. A l'extrême opposé de la thèse absolutiste se trouve la conception strictement relative de la protection de la substance du droit, autre façon également d'en considérer les rapports – fréquents dans la jurisprudence européenne – avec la proportionnalité. Il devient, cela dit, possible de l'évoquer sous le terme générique de conception relative, l'absolutisme pragmatique – partiellement relatif – s'étant vu évincé. Ceci justifie, d'ailleurs, l'intégration à la présente analyse des cas jurisprudentiels susceptibles d'en illustrer, l'absolutisme formel étant considéré comme le masque d'un relativisme (idéal et pratique) réel. Si, pratiquement, la théorie relative implique similairement l'usage exclusif du contrôle de proportionnalité (§II), elle admet, conceptuellement, la complète assimilation du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit à celui de proportionnalité (§I).

§ I. La pleine assimilation au principe de proportionnalité

362. Suivant la thèse réaliste, la notion de protection de la substance du droit se voit totalement identifiée au mécanisme éprouvé de la proportionnalité (A), ce qui a des répercussions sur la conception de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit (B).

A) L'identité parfaite avec un mécanisme éprouvé

363. UNE EQUIVALENCE CONCEPTUELLE ET PRATIQUE. Les thèses relative et absolutiste pragmatique se différencient fondamentalement du point de vue théorique : si la seconde s'appuie sur une parenté avec la conception absolue, l'assimilation pratique et abstraite de la protection de la substance du droit à l'instrument proportionnaliste est complètement assumée, dans le cas de la première. Aussi, plus rien ne singularise, sur le plan des mécanismes juridiques, les principes d'interdiction d'atteinte à la substance du droit et de proportionnalité ; la confusion de l'un et l'autre est totale⁶⁴⁴. On peut notamment affirmer comme vraies les propositions suivantes : « l'atteinte à la substance est toujours équivalente à la disproportion dans une espèce donnée » ; de même que l'inverse : « la disproportion est toujours équivalente à l'atteinte à la substance dans une espèce donnée ».

364. UN RECOUVREMENT PAR LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE. Cela étant, si lesdits principes peuvent être compris de façon totalement équivalente, l'équivalence s'exerce à partir du modèle de la proportionnalité. Face à une notion de protection de la substance du

⁶⁴⁴ Voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., p. 362 ; J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, op. cit., p. 160.

droit au mieux symbolique, voire redondante, les deux termes renvoient bien à la seule et même logique proportionnaliste⁶⁴⁵. On perçoit là le bénéfice substantiel que le principe de proportionnalité est susceptible de tirer d'une telle théorie, renforçant encore son influence dans le système conventionnel⁶⁴⁶.

365. LA PERSPECTIVE COMPARATISTE. Avant de s'attacher précisément à l'expression de la conception relative dans un tel système, d'instructives observations peuvent être retirées des autres modèles juridiques d'Europe – nationaux, ou régionaux. Nombre d'auteurs ont ainsi fait état de cette conception⁶⁴⁷ ou lui ont manifesté leur soutien⁶⁴⁸ s'agissant des ordres constitutionnels choisis comme spécimens pour l'étude. Ils ont notamment pu relever la présence, dans le cadre des jurisprudences propres aux juridictions nationales en cause, de multiples manifestations⁶⁴⁹ de cette conception (tout particulièrement si l'on y inclut les expressions considérées comme implicites, coïncidant avec la forme absolutiste pragmatique). Plus encore, il semble possible de dégager desdites jurisprudences une commune tendance croissante, soulignée par les universitaires, à la confusion de la protection de la substance du droit, ainsi que spécifiquement comprise au sein des différents systèmes, avec la proportionnalité⁶⁵⁰.

⁶⁴⁵ Précisons, à toute fin utile, qu'une telle assimilation est également intervenue dans la jurisprudence constitutionnelle allemande avec l'exigence de nécessité, composante du triple test de proportionnalité, au sens global (voir B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, p. 394).

⁶⁴⁶ Voir P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 1005.

⁶⁴⁷ Voir, – concernant le système constitutionnel allemand, R. ARNOLD, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », in *Mélanges Jacques ROBERT. Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 469 ; B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, *op. cit.*, pp. 393-399 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 371 ; – concernant le système constitutionnel suisse, J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 159-160 (reconnaissant son adhésion initiale au relativisme) ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 362 ; – concernant le système constitutionnel espagnol, A. ABA COTOIRA, « El concepto jurisprudencial de limite de los derechos fundamentales », *op. cit.*, pp. 25-27 ; L. MARTIN-RETORTILLO et I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.*, pp. 129-131.

⁶⁴⁸ Concernant notamment le système constitutionnel allemand, voir R. ALEXY, *A theory of Constitutional Rights*, Oxford, New York, Auckland, Oxford university press, 2010, pp. 193-196 ; P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn (traduction)*, *op. cit.* ; G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, *op. cit.*, pp. 153-154 ; 156.

⁶⁴⁹ A titre d'exemples, – dans la jurisprudence allemande, BVerfGE 22, 180 (218), 18 juillet 1967 ; BVerfGE 30, 47 (53), 15 décembre 1970 ; BVerfGE 58, 300 (348), 15 juillet 1981 ; – dans la jurisprudence espagnole, STC 71/1994, 3 mars 1994 (BOE n° 71 du 24 mars 1994), fondement juridique 6 ; STC 50/1995, 23 février 1995 (BOE n° 77 du 31 mars 1995), fondement juridique 7 ; – dans la jurisprudence suisse, ATF 99 Ia 604 (618, 621), 4 avril 1973 ; ATF 100 Ia 392 (402), 27 novembre 1974.

⁶⁵⁰ – Quant au système constitutionnel allemand, voir D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 166-167 ; S. MICHALOWSKI, L. WOODS, *German constitutional law...*, *op. cit.*, p. 82 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 376 ; G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, *op. cit.*, p. 154 ; – quant au système

366. LE POINT DE VUE CONVENTIONNALISTE. Un tel constat fait indubitablement écho à la jurisprudence de la Cour européenne. Aussi, les commentateurs spécialisés ont, de façon similaire, fait plus ou moins explicitement référence à la théorie relative⁶⁵¹. Il convient d'en donner ici quelques exemples jurisprudentiels types, avant l'examen proprement empirique du prochain *Chapitre*. Citons notamment, sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1, l'arrêt de principe rendu par la Grande chambre le 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie*⁶⁵², relatif à l'interdiction faite à une étudiante de porter le foulard islamique à l'université. Le juge européen, en reformulation des principes applicables à la matière, a directement assimilé le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit (et d'effectivité) aux différents éléments de la clause d'ordre public, commençant par les deux premiers : « *afin de s'assurer que les limitations mises en œuvre ne réduisent pas le droit dont il s'agit au point de l'atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité, la Cour doit se convaincre que celles-ci sont prévisibles pour le justiciable et tendent à un but légitime. (...) En outre, pareille limitation ne se concilie avec ledit article que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » (nous soulignons). Une autre illustration caractéristique de la conception relative, concernant cette fois le droit à

constitutionnel suisse, P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 981-983 ; – quant au système constitutionnel espagnol, A. ABA COTOIRA, « El concepto jurisprudencial de limite de los derechos fundamentales », *op. cit.*, pp. 26-27.

– Il est également intéressant de noter que cette vague relativiste a aussi touché le système communautaire, puisque le juge de Luxembourg a rapidement affirmé l'équivalence de la protection de la substance du droit avec la proportionnalité (voir notamment, CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, point 23 ; CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321, point 18 ; aussi, dans la doctrine, J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. « droit administratif », 2^e éd. complétée, 2009, pp. 769-771 ; D. SIMON, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *Petites Affiches*, 2009, n° 46, p. 24 ; R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 357 ; 365-367, ces dernières pages faisant état de l'ambivalence, attribuable à une forme d'absolutisme pragmatique, de la jurisprudence de la Cour de justice). – Parallèlement, on constate au sein de la jurisprudence constitutionnelle française que la « non-dénaturation » – « limite aux limites » singulière dans le contrôle de la conciliation des droits fondamentaux entre eux ou avec les exigences d'ordre public – semble elle aussi avoir connu un rapprochement plus explicite avec l'instrument de proportionnalité – pour ne pas dire, une absorption par ce dernier (voir, – quant à la notion, voir *supra*, note n° 37 ; – quant au rapprochement évoqué, généralement, L. FAVOREU et al. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz. Série Droit public, science politique », 7^e éd., 2015, pp. 91 ; 135-136 ; D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. « Domat droit public », 11^e éd., 2016, pp. 306-307 ; et spécifiquement, R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *LPA*, 2009, n° 46, p. 80 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 30, 1997, pp. 264-265 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Présentation générale », *LPA*, 2009, n° 46, p. 62).

⁶⁵¹ Voir, par exemple, E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 445-446 ; 458-463 ; O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international...*, *op. cit.*, pp. 164-165 ; 171-172 ; B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international...*, *op. cit.*, pp. 110-111 ; P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 293 et s., notamment p. 303 (bien qu'il s'en défende) ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 406 et s.

⁶⁵² Cour EDH, Gde ch., *Leyla Sahin c/ Turquie* précité (note n° 455), § 154.

un tribunal de l'article 6, paragraphe 1, émane d'un arrêt antérieur, également jugé en Grande chambre, *T.P. et K.M. c/ Royaume-Uni*⁶⁵³ du 10 mai 2001, s'agissant du placement prolongé d'une enfant suite à des allégations d'abus sexuels sur elle par le compagnon de sa mère, sans accès aux preuves justifiant la procédure engagée. Rappelant les principes régissant l'espèce, la Cour de Strasbourg a précisé que « *lorsque l'accès de l'individu au juge est restreint par la loi ou dans les faits, [elle] examine si la restriction touche à la substance du droit et, en particulier, si elle poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » (nous soulignons). Comment formuler plus clairement l'équivalence de nature entre la protection de la substance du droit et la logique proportionnaliste, prise au sens large ? La mise en relation paraît, ici encore, trop fondamentale pour ne constituer qu'un moyen en vue de la protection de la substance du droit, satisfaisant à la conception absolue.

367. Il résulte, subséquemment, de la pleine assimilation de la protection de la substance du droit avec la proportionnalité la relativisation inévitable de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit.

B) L'interdiction relative de l'atteinte à la substance du droit

368. LES CONSEQUENCES DE L'ASSIMILATION SUR L'INTENSITE DE L'INTERDICTION. Il convient de se pencher sur les effets des prémisses ci-dessus quant au type de protection véhiculé par la notion à l'étude. Dans la mesure où il se voit pleinement assimilé au principe de proportionnalité, le caractère intrinsèquement relatif propre à ce dernier ne peut, logiquement, que commander le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit reconnu. Bertrand PETER notant, par exemple, que cette conception « *se déduit du principe de proportionnalité* » argue que « *le contenu substantiel d'un droit fondamental (...) est à préciser dans chaque cas eu égard aux buts poursuivis par la limitation législative du droit fondamental* »⁶⁵⁴, en d'autres termes suivant la « *pesée d'intérêts* »⁶⁵⁵ singulière à la proportionnalité. Aussi, l'appréhension de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit sous le prisme de la logique proportionnaliste donne lieu à deux conclusions notables : d'une part, conformément à une telle logique, le respect du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit n'est pas envisagé en lui-même ; son contrôle repose sur un ensemble de

⁶⁵³ Cour EDH, Gde ch., 10 mai 2001, *T.P. et K.M. c/ Royaume-Uni*, req. n° 28945/95, Recueil des arrêts et décisions 2001-V, § 98 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2001, I, 342, p. 1562.

⁶⁵⁴ B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., p. 393.

⁶⁵⁵ J.-P. MÜLLER (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, op. cit., p. 159 ; voir, également, B. PETER, *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne...*, op. cit., p. 394.

critères modulés. Plus précisément, « *la proportionnalité indexe la validité des actes ou omissions jugés à son aune, aux buts que ceux-ci poursuivent. L'indexation est d'ordre instrumental – lorsque sont à l'examen l'appropriation et la nécessité de l'acte ou omission litigieuse – et/ou axiologique – lorsque sont mis en balance les intérêts en présence –* »⁶⁵⁶. En d'autres termes, l'atteinte à la substance du droit résultant de la démarche proportionnaliste est appréciée de façon extrinsèque et variable, comme annoncé dans le précédent *Chapitre*, aboutissant à l'identification d'un injustifié *in casu*. Remarquons, d'autre part, que la limite précédemment ultime devient une limite parmi d'autres, qui plus est flexible. Sous cet angle, la jurisprudence de la Cour européenne en matière de protection de la substance du droit assure l'intangibilité relative des droits. Une telle vision semblerait consister en une contradiction, ou même un non-sens, depuis une perspective absolue selon laquelle le but premier de la notion est d'établir une protection permanente de la part essentielle du droit. On peut toutefois considérer que la théorie absolue constitue « *in fact a relative theory masquerading as absolute* »⁶⁵⁷. Dans la mesure où « *the extent of « absolute » protection depends on the balance of principles* »⁶⁵⁸, et plus largement d'un « *contexte* » ou « *environnement* »⁶⁵⁹, il ne peut y avoir que des intangibilités relatives ; toute appréciation judiciaire à l'égard de la protection de la substance étant vouée à répondre à la logique proportionnaliste. A la manière des réalistes défendant une vision intégrée et casuistique du droit, Gerhard VAN DER SCHYFF invite notamment à la reconnaissance de la dimension relative inhérente à toute clause de protection de la substance du droit⁶⁶⁰.

369. UNE RELATIVITE DIFFERENCIEE.

– UNE RELATIVITE DE L'ATTEINTE. Concrètement, la relativité de la protection de la substance du droit est susceptible de s'exprimer de différentes manières au sein de la jurisprudence européenne. Dans la majorité des arrêts, elle est observable au niveau de l'appréciation de l'atteinte, comme évoqué précédemment. Il s'agit là d'une relativité indirecte, dans la mesure où elle constitue la conséquence de l'assimilation totale à la proportionnalité. Si l'examen alors effectué s'inscrit pleinement dans le contrôle classique de la clause d'ordre public, ou plus spécifiquement proportionnaliste, la solution retenue par le juge préserve l'automaticité du lien entre constat d'atteinte à la substance du droit et/ou de disproportion de la mesure litigieuse et violation de l'article en cause. Se verront sanctionnées des mesures étatiques dont

⁶⁵⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 352.

⁶⁵⁷ G. VAN DER SCHYFF, *Limitation of Rights...*, *op. cit.*, p. 166

⁶⁵⁸ R. ALEXY, *A theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 195.

⁶⁵⁹ G. VAN DER SCHYFF, *Limitation of Rights...*, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁶⁰ *Ibid.*

les motifs invoqués apparaissent insuffisants face aux atteintes au(x) droit(s) en cause, ou encore, qui ne permettent pas à celui-ci de « *développer la moindre efficience dans la vie sociale* »⁶⁶¹. Cela conduit donc à affirmer que, s'agissant de la relativité, le juge de Strasbourg distingue généralement l'évaluation de l'atteinte à la substance du droit des effets du principe d'interdiction. Rien de surprenant, néanmoins, puisqu'il en est ainsi de toute condition encadrant les limitations étatiques, chacune étant en elle-même constitutive d'inconventionnalité. En guise d'illustration du type d'affaires mentionné, évoquons l'arrêt *Radeva c/ Bulgarie*⁶⁶², du 3 juillet 2012, dénonçant dans le domaine de l'article 6 para 1 l'absence d'examen au fond de la demande d'allocation sociale de la requérante, jugée irrecevable relativement au délai de recours légal. Or, le juge de Strasbourg y a considéré que

Par-delà sa fonction de définition du champ matériel d'un droit⁶⁶⁴, celle-ci offre parfois des exemples singuliers d'atteinte dissociée du constat de violation du droit en cause. Ainsi, l'immédiateté du lien entre la reconnaissance d'une atteinte à la substance d'un droit et la décision d'inconventionnalité disparaît. Cela s'explique par le fait que dans ce type d'affaires, le renvoi à l'interdiction d'atteinte à la substance apparaît dilué au sein d'un contrôle considérant l'ensemble des critères d'évaluation de la proportionnalité. Si tant est que l'on puisse considérer l'interdiction de l'atteinte à la substance du droit comme une composante de la proportionnalité dans le cadre de la conception relative, il convient à tout le moins d'observer que le juge de Strasbourg ne lui fait pas toujours recouvrir des effets radicaux⁶⁶⁵. Ainsi, dans l'arrêt *Peltier c/ France*⁶⁶⁶, du 21 mai 2002, portant sur l'irrecevabilité d'une contestation relative à la réalité d'une infraction routière, sur le terrain de l'article 6, paragraphe 1, le juge a pu déduire de l'erreur de droit commise par l'officier du ministère public quant au motif de rejet établi « *que le droit d'accès du requérant à un tribunal a été atteint dans sa substance même, sans but légitime et de façon disproportionnée* ». Cela ne l'a, toutefois, pas empêché de poursuivre son raisonnement au titre la proportionnalité⁶⁶⁷, reconnaissant généralement « *une entrave excessive [au] droit d'accès à un tribunal* » du requérant. Or, outre le maladroït cumul du constat d'atteinte à la substance du droit et des autres conditions rappelées, il semble que les formules citées de l'arrêt *Peltier* témoignent vraisemblablement de deux paramètres distincts entrant dans l'examen de proportionnalité. Un autre exemple pourrait ressortir de l'arrêt de Grande chambre *McKay c/ Royaume-Uni*⁶⁶⁸, du 3 octobre 2006 relatif à l'article 5, paragraphe 3 de la Convention, et précisément au défaut d'habilitation des magistrats britanniques à accorder la mise en liberté provisoire dans le cadre de lois spéciales liées au terrorisme. Il y est certes rappelé, au titre des principes applicables, la formule *Brogan* préalablement appréhendée sous le prisme de la conception

⁶⁶⁴ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §I, B).

⁶⁶⁵ Voir, en guise de perspective, l'observation de Romain TINIERE concernant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union (R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 367).

⁶⁶⁶ Cour EDH, 21 mai 2002, *Peltier c/ France*, req. n° 32872/96, §§ 37-41 ; il en va de même dans l'arrêt de Grande chambre *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c/ Suisse* précité (note n° 634), §§ 151-155, puisque la Cour, reconnaissant l'atteinte à la substance du droit d'accès à un tribunal en l'espèce, a constaté par ailleurs que « *les requérants ont subi et subissent toujours des restrictions importantes* » par la confiscation de leurs avoirs (§ 152).

⁶⁶⁷ Par un *distinguishing* avec Cour EDH, 23 septembre 1998, *Malige c/ France*, req. n° 27812/95, Recueil 1998-VII, notamment § 51.

⁶⁶⁸ Cour EDH, Gde ch., 3 octobre 2006, *McKay c/ Royaume-Uni*, req. n° 543/03, Recueil des arrêts et décisions 2006- X, §§ 32 et s. (notamment 33 ; 48) ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 19, pp. 218-231. – Voir, aussi, une manifestation semblable sur le terrain du paragraphe 1, de l'article 5, dans l'opinion partiellement dissidente commune des juges ROZAKIS, TULKENS, CASADEVALL, GYULUMYAN, HAJIYEV, SPIELMANN, BERRO-LEFEVRE et BIANKU sous Cour EDH, Gde ch., *Mooren c/ Allemagne* précité (note n° 347), §§ 5 et s.).

absolue⁶⁶⁹, mais celle-ci se voit limitée à « l'exigence » de promptitude, parmi l'ensemble des « exigences » complémentaires dégagées par la jurisprudence européenne en matière du droit en cause. Il semble permis de déduire d'un tel constat de cloisonnement le caractère subsidiaire du concept quant à l'article 5, paragraphe 3 (sans qu'il ne soit d'ailleurs suivi d'effets visibles en en l'espèce⁶⁷⁰). Là encore, la relativisation de la reconnaissance liée à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit est patente.

370. Tandis qu'a été exposée la spécificité de la conception relative, eu égard à l'assimilation totale de la protection de la substance du droit avec le principe de proportionnalité, achevons de préciser les caractéristiques du contrôle réalisé suivant cette perspective.

§ II. La mise en œuvre exclusive du contrôle de proportionnalité

371. LA RELATIVITE DANS L'EXERCICE DU CONTROLE. L'expression de la pleine confusion entre les principes de proportionnalité et d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, au profit du premier, revêt deux modalités principales dans le cadre de l'application des principes conventionnels à l'espèce : l'une indirecte, l'autre directe. Il apparaît, tout d'abord, que nonobstant l'invocation à un quelconque stade de la notion de protection de la substance du droit, l'examen répond uniquement à la logique propre à la clause d'ordre public (A). De surcroît, le juge rend régulièrement explicite – ainsi que nous avons déjà pu l'entrevoir – son adhésion à la conception relative en affirmant *in fine* la coïncidence entre les deux instruments en question (B).

A) Une structure d'examen propre à la clause d'ordre public

372. UNE ENTIERE EVICTION DE LA REFERENCE A LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT DANS LA MISE EN ŒUVRE DU CONTROLE. A l'observation de la jurisprudence européenne susceptible de témoigner pratiquement d'une conception relative, il se dégage un premier constat : le recours unique à la structure de contrôle inhérente à la clause d'ordre public ; au sein de laquelle, cela est entendu, le principe de proportionnalité intervient spécifiquement comme le média de la protection de la substance du droit.

Nonobstant l'essor de la référence combinée aux instruments de la clause d'ordre public et à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit, notamment au stade des principes applicables

⁶⁶⁹ Voir *supra*, n° 237.

⁶⁷⁰ Cour EDH, Gde ch., *McKay c/ Royaume-Uni* précité, § 48. Voir, en guise de parallèle, un exemple implicite de relativisation de l'atteinte à la substance du droit garanti par l'article 5, § 3 dans Cour EDH, 7 février 2017, *Irfan Güzel c/ Turquie*, req. n° 35285/08, §§ 49 et s.

propres aux droits susceptibles de limitations implicites, l'examen judiciaire d'espèce répondant à la conception relative s'inscrit globalement dans la construction tripartite. Le juge de Strasbourg ne semble plus – dans le cadre de la mise en œuvre des principes qu'il a d'abord rappelés – s'embarrasser de l'interdiction d'atteinte à la substance, ni en priorité, ni par la suite. Celle-là est donc évacuée de fait du contrôle. Il en résulte que dans les affaires correspondant à ce schéma, rien ne permet de savoir qu'a été ponctuellement invoquée la protection de la substance du droit. Il s'agit, ni plus ni moins, d'un examen classique au titre des conditions de la clause d'ordre public, ou *a minima*, de la majorité d'entre elles.

Cette impression est renforcée, en outre, par l'absence totale de référence à la notion à l'étude lors de l'évaluation de la proportionnalité de la mesure litigieuse, eu égard aux effets en résultant pour les intérêts adverses. En effet, tout se passe alors comme pour un contrôle ordinaire de proportionnalité. Il convient d'en donner quelques illustrations ; à commencer par l'arrêt de Grande chambre, *Cudak c/ Lituanie*⁶⁷¹, du 23 mars 2010, s'agissant du fructueux domaine de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention. Bien qu'il y soit remémoré le modèle *Ashingdane*⁶⁷² spécifique à la conception absolue, l'examen à l'espèce est consacré à la conformité de la restriction litigieuse aux conditions de la clause d'ordre public classique ; et ce, immédiatement. En réalité, cela s'explique par le poids conféré, en fin du rappel des principes généraux, à la marge d'appréciation étatique dans le contexte des immunités établies par le Droit international⁶⁷³. Aussi, la Cour a pu, sans ambages, placer son contrôle sous le sceau de la « justification » de l'ingérence au droit d'accès à la justice. Il en résulte l'objectif premier de « *rechercher si la limitation poursuivait un but légitime* ». En l'espèce, puisqu'il était question de l'immunité de juridiction opposée à une ex-employée de l'ambassade polonaise contestant son licenciement, le juge de Strasbourg a commencé par ré-invoquer sa jurisprudence classique admettant la légitimité du but poursuivi par les immunités reconnues aux Etats dans le cadre des procédures civiles ; la conduisant dès lors à « *examiner si la restriction litigieuse au droit d'accès de la requérante était proportionnée au but poursuivi* ». Eu égard notamment à l'érosion progressive de la règle d'immunité absolue en droit international et comparé, notamment quant aux questions de recrutement du personnel

⁶⁷¹ Cour EDH, Gde ch., 23 mars 2010, *Cudak c/ Lituanie*, req. n° 15869/02, Recueil des arrêts et décisions 2010, §§ 60 et s. Voir, de même sur ce terrain, Cour EDH, Gde ch., *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne* précité (note n° 320), §§ 53 et s. ; Cour EDH, (déc. irrecev.), 18 septembre 2003, *Mimikos c/ Grèce*, req. n° 27629/02 ; et, de façon plus implicite, Cour EDH, (déc. irrecev.), 23 octobre 2007, *Beauseigneur c/ France*, req. n° 17779/04 ; Cour EDH, 16 juin 2015, *Mazzoni c/ Italie*, req. n° 20485/06, notamment § 47.

⁶⁷² Voir *supra*, n° 224-226.

⁶⁷³ Cour EDH, Gde ch., *Cudak c/ Lituanie* précité, §§ 56-59. Notons, d'ailleurs, que le juge européen a ici recours au champ lexical propre aux limitations inhérentes spécifiquement, pour justifier qu'« *on ne saurait, de façon générale, considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal* » (§ 57).

d'ambassades, d'une part, ainsi qu'aux attributions contractuelles génériques de la requérante, d'autre part, tout en mentionnant l'origine du licenciement – la dénonciation d'un harcèlement sexuel, la Cour européenne a jugé la décision des tribunaux lituaniens disproportionnée et ainsi portant atteinte à la substance du droit à accéder à un tribunal, soit contraire à l'article 6, paragraphe 1. Un même procédé résulte de l'arrêt *Eusko Abertzale Ekintza - Accion Nacionalista Vasca (Eae-anv)*⁶⁷⁴, sur le terrain de l'article 3 du Protocole n° 1, traitant de la dissolution judiciaire du parti requérant et de l'impossibilité en résultant de présenter certaines de ses listes électorales aux élections législatives. A l'instar du précédent exemple, après avoir rappelé les principes susceptibles de jouer dans l'affaire, dont le modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁶⁷⁵ présenté au titre de la conception absolue, le juge de Strasbourg a ainsi débuté son examen concret en notant « *d'emblée que la mesure litigieuse était prévue par l'ordre juridique espagnol (article 12 §§ 1 b) et 3 de la LOPP* »⁶⁷⁶. La suite de l'arrêt répond expressément aux étapes tenant à l'appréciation de la légitimité, puis de la proportionnalité de la mesure litigieuse. Poursuivant « *des buts compatibles avec le principe de la prééminence du droit et les objectifs généraux de la Convention, à savoir, notamment, la protection de l'ordre démocratique* », la mesure était également proportionnée et non-attentatoire à la libre expression de l'opinion du peuple d'après la Cour. Cette dernière a effectivement considéré que les autorités nationales avaient valablement démontré la continuité, au travers les listes de candidats litigieuses, des activités de partis jugés illégaux et que les décisions judiciaires d'annulation desdites listes avaient été individualisées et résultaient d'un examen contradictoire, la mesure répondant au respect de l'expression de point de vue séparatistes⁶⁷⁷.

373. BILAN DE L'ANALYSE. Dans ces affaires, on remarquera, incidemment tout d'abord, que la Cour évince la première condition de la clause d'ordre public qu'est la légalité de la mesure, abordant le contrôle avec la légitimité des buts. Ceci marque assurément l'attention centrale qu'est donnée à la proportionnalité dans la jurisprudence européenne. Il convient par ailleurs, et plus essentiellement, de relever que malgré l'absence de toute mention à l'interdiction d'atteinte à la substance du droit dans le cœur du contrôle, le juge fonde

⁶⁷⁴ Cour EDH, *Eusko Abertzale Ekintza - Accion Nacionalista Vasca (Eae-anv) c/ Espagne* précité (note n° 338), §§ 52 et s. Voir, similairement, Cour EDH, 5 avril 2007, *Silay c/ Turquie*, req. n° 8691/02, §§ 29 et s. Complémentairement, dans la doctrine, voir le manifeste décryptage du contrôle sur ce terrain par V. NATALE, « Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen », *RTDH*, 2006, n° 68, p. 952.

⁶⁷⁵ Voir *supra*, n° 233.

⁶⁷⁶ Cour EDH, *Eusko Abertzale Ekintza - Accion Nacionalista Vasca (Eae-anv) c/ Espagne* précité, § 52.

⁶⁷⁷ Cour EDH, *Eusko Abertzale Ekintza - Accion Nacionalista Vasca (Eae-anv) c/ Espagne* précité, §§ 53-58.

généralement sa solution sur le respect ou non de celle-ci. L'assimilation de cet outil avec celui de proportionnalité, informulée, résulte alors d'une évidence logique : l'examen des conditions de limitations traditionnelles à la jurisprudence européenne vaut bilan d'atteinte ou non à la substance d'un droit. Régulièrement, la Cour explicite même l'équivalence au stade final de son examen.

B) Une solution révélatrice de l'identité entre les deux principes

374. L'étude des modalités pratiques du contrôle conventionnel suivant la conception relative commande de s'intéresser, enfin, à la solution judiciaire. On a observé, à l'occasion de la présentation de la thèse absolue pragmatique, qu'il arrive au juge de Strasbourg de reconnaître explicitement, à l'issue de son examen, le rapport d'analogie entre les outils de protection de la substance du droit et de proportionnalité. Au-delà des signes procédant de la teneur du contrôle, telle l'évocation préalable ou non de la notion de protection de la substance du droit, ou l'explicitation de la teneur réelle de l'examen d'espèce, le constat final auquel aboutit alors le juge européen est à lui seul révélateur de l'analogie conceptuelle. Cette dernière prend diverses formes.

375. LA VARIÉTÉ DES FORMES DE L'ASSIMILATION. Le plus fréquemment, la Cour européenne fait équivaloir son constat sur le plan de la proportionnalité avec celui qui intéresse la protection de la substance du droit. On peut certainement imaginer que le premier bilan fait suite à un contrôle, implicite ou explicite, pleinement guidé par les conditions propres à la clause d'ordre public, dont il découle une appréciation classique au titre de la proportionnalité de la mesure étatique. Or, le résultat de la balance des intérêts engendre directement celui propre à la protection de la substance du droit. Il semble que le lien de causalité établi ne soit que formel, témoignant d'une simple reformulation ou présentation sous un autre angle de la solution issue de l'examen proportionnaliste.

Dans l'arrêt *Frasik*⁶⁷⁸, relatif au refus opposé à un détenu de se marier avec son ex-compagne ayant déposé plainte contre lui pour viol et violence et susceptible de témoigner à son procès, la Cour de Strasbourg a jugé que la manière dont le pouvoir discrétionnaire des autorités a été appliqué en pratique, consistant à un manque de retenue de la part du juge du fond eu égard à la situation pénale et personnelle intriquée des conjoints, n'a pas respecté un « *juste rapport de proportionnalité entre les différents intérêts publics et privés en jeu de manière compatible avec la Convention* », et qu'« *en conséquence, la mesure appliquée a porté atteinte à la*

⁶⁷⁸ Cour EDH, *Frasik c/ Pologne* précité (note n° 480), § 100. Voir aussi, plus implicitement, Cour EDH, *F. c/ Suisse* précité (note n° 625), § 40.

substance même du droit au mariage de l'intéressé » (nous soulignons). Similairement, le juge a estimé en matière de droit à un tribunal dans l'arrêt *Sik c/ Grèce*⁶⁷⁹, du 29 janvier 2015, concernant l'irrecevabilité du pourvoi en cassation des requérants au motif de l'absence de signature du document de pourvoi par le greffier en charge de sa réception, qu'un « *formalisme aussi rigide* » que celui entourant la procédure suivie devant la Cour de cassation en l'espèce constitue pour les requérants « *une entrave disproportionnée à leur droit d'accès à un tribunal et que, dès lors, il y a eu atteinte à la substance même de leur droit à un tribunal* » (nous soulignons).

De façon plus anecdotique, l'équivalence des constats relatifs à la protection de la substance du droit et à la proportionnalité peut donner lieu à une solution construite sur la forme de propositions soit cumulatives, soit alternatives. Cela dit, là encore, la distinction formelle entre l'atteinte à la substance du droit (ou l'opposé) et l'absence de proportion (ou l'opposé) ne paraît qu'artificielle. Tout au plus, la Cour souhaite-t-elle ainsi montrer qu'elle respecte la singularité de principe entre les deux instruments ; au pire, elle prouve ici – volontairement ou non – la pleine confusion matérielle au travers laquelle elle les appréhende. Aussi, le juge de Strasbourg a par exemple constaté dans l'affaire *Khamidov*⁶⁸⁰, qui visait le blocage juridictionnel en Tchétchénie des suites d'opérations militaires, et notamment l'impossibilité pour le requérant d'obtenir la protection juridictionnelle de ses droits de propriété, sur le terrain de l'article 6, paragraphe 1, que « *la restriction apportée au droit d'accès du requérant à un tribunal a porté atteinte à la substance même de ce droit et qu'elle était manifestement disproportionnée* » (nous soulignons). Parallèlement, dans l'arrêt *Tolstoy Miloslavsky*⁶⁸¹ ayant également trait au droit d'accès à un tribunal s'agissant du conditionnement de la recevabilité d'un recours en appel au versement d'une caution *judicatum solvi*, il a lui préféré la formule alternative suivante : « *on ne saurait considérer que ces conditions atteignaient dans sa substance même le droit d'accès à un tribunal du requérant ou qu'elles étaient disproportionnées aux fins de l'article 6 par. 1* » (nous soulignons). Il est marquant que le juge ait fait précéder une telle conclusion d'un examen d'espèce guidé par les conditions de légitimité du but de la mesure litigieuse⁶⁸², puis de

⁶⁷⁹ Cour EDH, 29 janvier 2015, *Sik c/ Grèce*, req. n° 28157/09, § 19. Voir, accessoirement, Cour EDH, (déc. irrecev.), 22 juin 2000, *Asikis et 106 autres c/ Grèce*, req. n° 48229/99.

⁶⁸⁰ Cour EDH, *Khamidov c/ Russie* précité (note n° 633), § 156. Voir, également, Cour EDH, (déc. irrecev.), 7 septembre 2004, *Durreche c/ France*, req. n° 59521/00.

⁶⁸¹ Cour EDH, 13 juillet 1995, *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni*, req. n° 18139/91, A316-B, § 67 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 1996, n° 1, pp. 227-228.

⁶⁸² Cour EDH, *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni* précité, § 61.

protection de la substance du droit et de proportionnalité⁶⁸³. Toutefois, une lecture attentive et globale de cette seconde phase de l'examen semble devoir porter à admettre l'unicité de la démarche, entièrement commandée par la balance des intérêts en jeu. La Cour européenne paraît elle-même le reconnaître en en déduisant que les autorités nationales n'ont pas « *excédé leur marge d'appréciation en subordonnant aux conditions décrites ci-dessus la possibilité pour le requérant de saisir la cour d'appel de son recours* »⁶⁸⁴.

376. BILAN DE L'ANALYSE. Il convient de clore cet exposé de manifestations finales de la conception relative par une observation : quelle que soit la forme recouverte par la mise en relation directe des instruments de protection de la substance du droit et de proportionnalité, au stade de la solution des arrêts, elle traduit leur authentique identité. Un tel constat vient parachever notre précédente démonstration selon laquelle abstraitement comme pratiquement, la notion de protection de la substance du droit ne représente dans la jurisprudence européenne bien souvent qu'un leurre, un symbole qui ne renvoie en réalité à rien d'autre que la mise en œuvre de la logique de proportionnalité.

⁶⁸³ Cour EDH, *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni* précité, §§ 62 et s. La Cour admettant qu'elle « *ne peut partager l'avis du requérant selon lequel la caution judicatum solvi atteignait dans sa substance même son droit d'accès à un tribunal et était disproportionnée aux fins de l'article 6 (art. 6)* ».

⁶⁸⁴ Cour EDH, *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni* précité, § 67.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

377. Pendant que nous abordions le caractère relatif attribué à la protection de la substance du droit à travers l'approche réaliste, faire état d'une alternative théorique est apparu nécessaire. Tandis que l'observation – à bien des égards – limitée du juge de Strasbourg envers la conception absolue avait précédemment été relevée, la *seconde Partie* de l'étude souligne l'appréhension majoritairement réaliste de la notion. Envisager alors la jurisprudence conventionnelle à la lumière de la thèse absolue pragmatique pouvait séduire. Elle permettait de résoudre le paradoxe du dualisme conceptuel en la matière. Toutefois, nous avons vu qu'une telle théorie mixte ne cachait pas moins l'empreinte profonde de la conception proprement relative. En raison des dérives intrinsèques à l'absolutisme pragmatique conduisant à le discréditer, il lui a été préféré une perspective unique qui, si elle ne permet pas la conciliation globale de la jurisprudence visée, associe directement les expressions de type réaliste à la conception (strictement) relative. Il semble que là se situe sa conviction profonde, au-delà du discours formel et idéalisé de la Cour.

378. Une telle conception se distingue, précisément, par l'assimilation pleine, de principe, de la protection de la substance du droit à la proportionnalité, déjà acquise sur le plan pratique dans le cadre de l'absolutisme pragmatique. La protection qui en découle alors ne peut être que relative, et l'intangibilité offerte, partielle. On a ainsi pu remarquer, dans le cadre de la mise en œuvre du contrôle à l'espèce, d'une part la correspondance du raisonnement au modèle de la clause d'ordre public, et fréquemment, d'autre part, le recouvrement total par la proportionnalité explicité en solution. Régissant matériellement le contrôle des mesures étatiques dans les arrêts concernés, celle-ci ne se voit que formellement (et de surcroît, ponctuellement) relayée par la notion de protection de la substance du droit.

CONCLUSION DU TITRE 1

379. Au terme de ce premier angle d'examen, principalement théorique, de la protection de la substance du droit appréhendée d'un point de vue réaliste, un enseignement spécifique se dégage : nous avons assisté au renversement intégral de l'ordre des priorités associées à la notion. Avec la perspective réaliste, c'est l'idée de protection⁶⁸⁵ qui est ainsi devenue prédominante, face à une « substance » du droit vide de sens propre. Plus encore, la protection de la substance du droit consiste alors en un pur instrument de sauvegarde des droits de la Convention généralement, impliquant une perception pratique et contextualisée de celui-ci. Nonobstant ses fonctions apparentes, il se voit, dans cette perspective, ne renvoyer à aucun examen distinct, mais être directement associé à l'outil majeur du contrôle conventionnel : le principe de proportionnalité.

380. La relativité qui caractérise, dès lors, la protection de la substance du droit dans la perspective réaliste fait l'objet de deux thèses : la première, strictement relative, consacre l'entière assimilation de la notion à l'étude avec celle de proportionnalité, et se sépare ainsi de l'approche absolue pragmatique. Face au maintien artificiel, selon nous, de la paternité idéologique de cette deuxième thèse avec la conception absolue, il a été choisi d'envisager la jurisprudence européenne à travers la conception (strictement) relative. La présentation sous l'aspect théorique du plein recouvrement par la proportionnalité, ainsi que pratique – eu égard à son expression dans le raisonnement judiciaire appliqué, a permis de discerner l'implacable prééminence de la conception relative dans la jurisprudence européenne. Il reste désormais à en approfondir l'analyse des manifestations concrètes, à travers l'observation tant de son développement exponentiel que de ses formes distinctes de manifestation selon les droits de la Convention en cause.

⁶⁸⁵ Voir le parallèle intéressant avec l'analyse de Thomas MEINDL concernant le droit allemand, déjà présentée dans ce travail, selon lequel la référence dans la Loi fondamentale au droit naturel n'a qu'un caractère fonctionnel et non matériel (Th. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, op. cit., pp. 436-437).

TITRE 2. UN EMPLOI ULTIMEMENT REALISTE

381. UNE REALITE SUPREME. Si l'existence, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'une approche réaliste de la protection de la substance du droit ne fait maintenant plus de doute, il convient de se pencher au sein de ce dernier *Titre* sur sa portée. En effet, c'est bien sous cette perspective que la notion semble, d'une manière suprême, devoir être comprise parmi le système conventionnel. Une telle affirmation se réfère à un double niveau de perception : contemporain d'une part, et prospectif d'autre part. Il ressort, tout d'abord, de l'observation de la matière jurisprudentielle que la conception relative constitue en pratique la première réalité de la protection de la substance du droit, au-delà de l'image absolue çà et là essaimée. Cela s'explique notamment par la progressive expansion de cette conception à l'égard des droits de la Convention familiaux de cet outil (*Chapitre 1*).

382. UNE MUTATION SALUTAIRE. Par ailleurs, devant les difficultés posées par les paradigmes existants d'appréhension de la protection de la substance du droit, il s'impose d'envisager une conception durable de celle-ci. Or, elle ne semble pouvoir passer que par la rénovation de l'approche réaliste, dont les traits sont déjà perceptibles dans la jurisprudence européenne (*Chapitre 2*). Paradoxalement, repenser le réalisme nous conduit à évincer la référence à la protection de la substance du droit, mais non sa destination.

CHAPITRE 1. LA PROGRESSIVE DIFFUSION DE LA CONCEPTION RELATIVE DE LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT

383. UN DEPLOIEMENT ATTENDU. Alors qu'il est soutenu que la conception relative jouit, dans son expression explicite et implicite ⁶⁸⁶, d'une influence prédominante dans la jurisprudence de la Cour européenne, il convient d'en analyser les exemples, nombreux, suivant un axe tenant à la catégorie de droits visée – distinguant, pour rappel, les droits susceptibles de limitations implicites, de ceux passibles de limitations explicites. En toute logique, la majeure partie des manifestations de la conception relative devrait impliquer des droits de la seconde catégorie, dans la mesure où ils possèdent un lien originel avec la logique proportionnaliste. A cet égard, l'essor du relativisme sur ces terrains ne peut qu'aller de soi (*Section 1*).

384. UN DEPLOIEMENT REMARQUABLE. Pour autant, ils semblent ne pas représenter le panel le plus important – d'un point de vue quantitatif – d'expression de la conception relative. A l'opposé du constat prévisible, l'extension de ladite conception aux droits passibles de limitations implicites est marquante ; non seulement en tant que telle, puisque ces droits en sont classiquement préservés, mais surtout en raison du glissement généralisé du recours à la conception absolue vers la conception relative, dans ces domaines (*Section 2*).

⁶⁸⁶ Voir *supra*, n° 361.

Section 1. Un développement naturellement privilégié en matière de droits susceptibles de limitations explicites

385. UN CHAMP D'EXPRESSION DISPARATE. Commençons l'analyse empirique des manifestations de la conception relative par son champ « naturel » d'intervention. Seront ainsi visées les dispositions encadrées par la clause d'ordre public ainsi que l'article 1 du Protocole n° 1. Or, s'il avait été précédemment établi l'absence globale de modèles propres à la catégorie des droits passibles de limitations explicites⁶⁸⁷, les manifestations relatives de la protection de la substance du droit sur ces terrains peuvent être réparties en deux sortes distinctes : les formes que l'on qualifiera de générales, diversement observables dans la jurisprudence propre à la catégorie de droits en cause (§I) et qui s'associent à la fonction principale de condition d'encadrement des limitations étatiques, à la différence de la forme spécifique au droit de propriété (§II).

§ I. Les formes générales de la catégorie des droits susceptibles de limitations explicites

386. UN ENSEMBLE POLYMORPHE. Les manifestations de type général, notamment caractéristique des droits encadrés par la clause d'ordre public des articles 8 à 10⁶⁸⁸ de la Convention, sont peu nombreuses et largement hétérogènes. Il est néanmoins possible d'identifier deux formes dans le cadre de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité : l'une, principale, relative à la valorisation d'un domaine (A), et l'autre, subsidiaire, s'attachant au degré d'intensité de l'atteinte (B), quant au droit en cause. La présentation de certaines des plus significatives manifestations sera sous-tendue par une telle trame de fond.

A) La valorisation du domaine du droit en cause

387. PRECISIONS QUANT A LA FORME IDENTIFIEE. Malgré la quantité congrue et la nature variée des manifestations de formes générales, il semble se dégager majoritairement de l'observation de la jurisprudence européenne un ensemble d'illustrations de la conception relative ayant pour point commun l'importance conférée à un domaine particulier d'un droit. Il convient tout particulièrement de différencier cette forme commune de la fonction

⁶⁸⁷ Nous avons, alors, déjà pu observer l'exception du modèle *Young, James et Webster* (voir *supra*, note n° 452).

⁶⁸⁸ Voir, – globalement, les analyses de S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 418-433, quant à l'article 8 ; pp. 433-436, quant à l'article 9 ; pp. 411-418, quant à l'article 10), sous le prisme d'une double lecture « injustifié d'espèce » (principalement)/« injustifiable en soi » (exceptionnellement) ; – aussi, les exemples jurisprudentiels généraux relatifs aux articles 9 et 10 présentés par E. BREMS, *Human Rights : Universality and diversity*, *op. cit.*, pp. 370-371.

accessoire de détermination du champ du droit que revêt la protection de la substance du droit à travers l'approche réaliste⁶⁸⁹, s'exerçant au stade de la recherche de l'existence d'une ingérence dans le droit invoqué. Les manifestations présentement visées concernent une étape ultérieure du contrôle du juge européen : la justification de l'ingérence établie. Aussi, si elles entretiennent assurément des liens, eu égard à leur logique profonde ayant pour but général de discerner un domaine juridique particulier, leur finalité respective apparente – de même que leurs modalités de mise en œuvre – divergent. Ici, l'usage de la notion de domaine d'un droit correspond à un facteur entrant dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Présentons donc des illustrations de cette forme relevées dans la jurisprudence de la Cour européenne, s'agissant successivement et selon un ordre de pertinence du droit à la vie privée et familiale, du droit à la liberté de pensée, de conscience, et de religion, et du droit à la liberté d'expression.

388. DES MANIFESTATIONS PROPRES AU DROIT A LA VIE PRIVEE ET FAMILIALE (ARTICLE 8 CEDH). Dans leur opinion dissidente commune sous l'arrêt *Odièvre*⁶⁹⁰ de 2003, les juges WILDHABER, BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, CABRAL BARRETO, TULKENS et PELLONPÄÄ ont offert une expression éclatante de la conception relative, qui reste jusqu'alors parmi les plus exemplaires. L'affaire concernait la demande par la requérante, née sous X, d'éléments identifiants s'agissant de sa mère et famille biologique. Tandis que la Grande chambre a conclu à l'absence de violation de l'article 8 en raison d'un maintien de l'équilibre et de la proportionnalité suffisante entre les intérêts de la requérante d'une part, et de la mère et famille d'origine d'autre part, eu égard notamment à la marge d'appréciation de l'Etat français en la matière, les juges dissidents mettaient en avant l'importance de l'aspect du droit en cause. Ainsi, ils ont fait valoir qu'« *en ce qui concerne, tout d'abord, la marge d'appréciation elle-même, l'ampleur de celle-ci peut dépendre non seulement du ou des droits concernés mais également, au sein de chaque droit, de la nature même de ce qui est en cause.* Ainsi, certains aspects du droit à la vie privée se rattachent à la périphérie de ce droit tandis

⁶⁸⁹ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §I, B).

⁶⁹⁰ L'opinion dissidente commune des juges WILDHABER, BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, CABRAL BARRETO, TULKENS et PELLONPÄÄ sous Cour EDH, Gde ch., *Odièvre c/ France* précité (note n° 384). Rappelons, accessoirement, l'opinion dissidente commune sous l'arrêt de chambre *Evans c/ Royaume-Uni* précité (note n° 403), concernant l'utilisation d'embryons en vue d'une fécondation *in vitro* sans le consentement d'un des intéressés, suggérait également l'idée de valorisation du domaine du « *droit à avoir un enfant* ». Les juges TRAJA et MIJOVIC contestaient ainsi le constat de juste équilibre établi par la Cour, l'Etat ne pouvant selon eux, au regard de la jurisprudence européenne, porter atteinte « *que ce soit par une ingérence ou par un manquement aux obligations positives qui lui incombent, à la substance même d'un droit aussi important* », laquelle ne peut se justifier (§2). – Voir, également, l'expression de cette forme dans la note de Catherine GAUTHIER à la chronique de O. DUBOS, *JCP A*, 2006, 1300, pp. 1626-1627, relative à l'arrêt Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c/ Suisse*, req. n° 58757/00, Recueil des arrêts et décisions 2006- X.

que d'autres font partie du noyau dur de celui-ci. » (Nous soulignons). En tant que « *condition essentielle* » du droit à l'autonomie et à l'épanouissement, le droit à l'identité fait, à leur sens, incontestablement partie d'un tel noyau, ce qui a pour conséquence de commander un « *examen d'autant plus soutenu* » de balance des intérêts. Au cœur du contrôle de proportionnalité, à travers son impact sur l'étendue de la marge d'appréciation elle-même⁶⁹¹ et plus largement, sa prise en considération particulière dans l'évaluation de la proportionnalité au sens strict, l'appel à la protection de la substance du droit apparaît directement témoigner d'une attention au domaine objet à litige.

Une autre manifestation de cette forme sur le terrain de l'article 8 peut être observée dans l'arrêt *Losonci Rose et Rose c/ Suisse*⁶⁹², du 9 novembre 2010, s'agissant de la distinction, selon les sexes, de procédure quant au choix du nom de famille pour les époux binationaux en droit suisse. Ainsi, la Cour, réfutant en fin de son contrôle de proportionnalité l'argument du Gouvernement d'absence de préjudice grave causé par les dispositions internes litigieuses, a rappelé que « *le nom, en tant qu'élément d'individualisation principal d'une personne au sein de la société, appartient au noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale* » (nous soulignons). De ce fait, « *elle n'estime pas que la demande concernant le nom du requérant soit dépourvue d'importance* ». Aussi, le juge européen a conclu globalement à l'absence de justifications raisonnables au traitement discriminatoire, dès lors contraire à l'article 14, combiné avec l'article 8 de la Convention. Bien que plus implicite, l'attention portée au champ en cause du droit à la vie privée et familiale est sensible, et on peut légitimement supposer son influence dans le contrôle de proportionnalité effectué.

Enfin, une dernière illustration sur le terrain de l'article 8 provient de l'arrêt *Schüth c/ Allemagne*⁶⁹³, du 23 septembre 2010, relatif au licenciement d'un employé ecclésiastique au motif d'adultère puisqu'il entretenait une relation durable de concubinage suite à sa séparation d'avec son épouse. Eu égard à la proportionnalité de la mesure litigieuse, suivant notamment l'appréciation des juridictions du travail, le juge européen a affirmé dans la dernière phase de son contrôle que, s'agissant de l'engagement contractuel du requérant et devoirs induits,

⁶⁹¹ Voir, généralement, sur l'influence du critère du domaine dans la mise en œuvre du principe de subsidiarité, la thèse de L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Thèse dactylographiée, Université de Montpellier, 2015, pp. 347 ; 377 et s.

⁶⁹² Cour EDH, 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c/ Suisse*, req. n° 664/06, §§ 51-52 ; note J.-P. MARGUENAUD, *RTDH*, 2011, n° 88, pp. 991-1001.

⁶⁹³ Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne*, req. n° 1620/03, Recueil des arrêts et décisions 2010, §§ 71-72 ; voir l'analyse, quant à cette affaire notamment, de J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, « Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire », *D*, 2011, n° 24, pp. 1637-1642, présentant une vision plutôt absolutiste de la notion employée par la Cour en l'espèce (contrairement à celle de Romuald PIERRE dans son étude sur l'arrêt de chambre *Sindicatul « Păstorul Cel Bun » c/ Roumanie* : *JCP S*, 2012, 1327).

« *l'on ne saurait interpréter la signature apposée par le requérant sur ce contrat comme un engagement personnel sans équivoque de vivre dans l'abstinence en cas de séparation ou de divorce* », rajoutant qu'une « *telle interprétation affecterait le cœur même du droit au respect de la vie privée de l'intéressé* » (nous soulignons). Ainsi, en ayant principalement failli à respecter dans la pratique les positions de l'Eglise sans ambition de les combattre par choix de conscience, « *le comportement litigieux en l'espèce relève du cœur de la vie privée du requérant* » selon le juge (nous soulignons). Les lacunes d'ensemble de l'examen de mise en balance effectué par les juridictions nationales, au détriment des circonstances propres au requérant, ont finalement conduit le juge européen au constat de violation de l'article 8 dans cette affaire. Or, sans que la mise en évidence du cœur du droit n'ait constitué l'unique élément du contrôle de proportionnalité – et peut-être n'a-t-il pas même constitué le facteur principal de la décision, il apparaît ici dans sa forme pleine, en jouant un rôle important dans le contrôle du juge européen⁶⁹⁴.

389. DES MANIFESTATIONS PROPRES AU DROIT A LA LIBERTE DE PENSEE, DE CONSCIENCE, ET DE RELIGION (ARTICLE 9 CEDH). Concernant la matière propre à l'article 9, une seule manifestation de la forme générale peut être évoquée. Elle provient de la ligne jurisprudentielle *Hassan et Tchaouch*⁶⁹⁵, affaire concernant une intervention étatique dans l'organisation de la direction de la communauté musulmane provoquant le remplacement des requérants au sein de cette dernière. Si la Cour avait alors jugé que « *l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection offerte par l'article 9* » (nous soulignons), lu à la lumière de l'article 11, cette reconnaissance s'inscrivait dans le cadre de l'examen de l'applicabilité de l'article 9 aux mesures litigieuses. Or, le juge a par la suite ré-invoqué⁶⁹⁶ ce principe d'autonomie des communautés religieuses sur le terrain de la proportionnalité, notamment dans l'arrêt *Fernández Martínez*⁶⁹⁷, ainsi que dans le trio d'affaires impliquant l'Allemagne : *Obst*⁶⁹⁸ et *Schüth*⁶⁹⁹, du 23 septembre 2010, et *Siebenhaar*⁷⁰⁰, du 3 février 2011.

⁶⁹⁴ Comme le notent Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY, « *l'arrêt relatif à l'organiste de la paroisse de Saint-Lambert, qui est le seul des trois arrêts allemands à s'être référé au cœur même du droit du salarié, est aussi le seul des trois à en avoir constaté une violation* » (J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, « Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire », *op. cit.*, p. 1640).

⁶⁹⁵ Cour EDH, Gde ch., *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie* précité (note n° 55), § 62.

⁶⁹⁶ Dès Cour EDH, 13 décembre 2001, *Église Métropolitaine de Bessarabie et autres c/ Moldova*, Recueil des arrêts et décisions 2001-XII, req. n° 45701/99, § 118.

⁶⁹⁷ Cour EDH, Gde ch., *Fernández Martínez c/ Espagne* précité (note n° 391), § 127.

⁶⁹⁸ Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst c/ Allemagne*, req. n° 425/03, § 44 ; zoom M. LEVINET, *JCP G*, 2010, act. 1006.

⁶⁹⁹ Cour EDH, *Schüth c/ Allemagne* précité (note n° 693), § 58.

⁷⁰⁰ Cour EDH, 3 février 2011, *Siebenhaar c/ Allemagne*, req. n° 18136/02, § 41.

Titre 2 – Chapitre 1. La progressive diffusion de la conception relative de la protection de la substance du droit

Il y est mis en balance avec les autres facteurs et intérêts pris en compte dans l'examen, et notamment avec le droit individuel revendiqué par le requérant, au titre soit de la vie privée et familiale (comme au sein des trois premières affaires), soit de la liberté de religion (comme en témoigne la dernière affaire). Cela dit, remarquons que la formulation du principe abritait dès l'arrêt *Hassan et Tchaouch* un tel potentiel, la référence aux marqueurs de la proportionnalité propre au système conventionnel (au travers, particulièrement, la notion de « société démocratique ») suggérant une portée supérieure à l'expression d'espèce, susceptible de s'étendre au contrôle au fond. Cette dernière réflexion témoignant, une fois de plus, de la perméabilité des usages du concept de protection de la substance du droit, relativement à la notion de domaine d'un droit, en l'occurrence.

390. DES MANIFESTATIONS PROPRES AU DROIT A LA LIBERTE D'EXPRESSION (ARTICLE 10 CEDH). Il faut alerter quant au caractère limité – dans leur nature – des exemples rapportés, émanant l'un comme l'autre de l'argumentation des parties au litige. Aussi révélatrices que de telles illustrations puissent être, elles doivent être observées avec circonspection eu égard à leur faible impact. Tout d'abord, le Gouvernement, à l'occasion de l'affaire *Walter-Georg Hempfing c/ RFA*⁷⁰¹, du 7 mars 1991, concernant le blâme infligé au requérant par l'Ordre des avocats de Stuttgart en raison du démarchage de clients potentiels, a pu arguer devant la Commission européenne que « *la publicité n'étant pas au cœur de l'article 10 par. 1, le blâme n'avait rien de disproportionné* ». Deux interprétations sont alors possibles : soit le Gouvernement de la République fédérale allemande a fait usage du concept à l'étude pour exclure la publicité du champ d'application de l'article 10 ; ou bien celui-ci a, conformément à la présente démonstration, souhaité insister sur l'absence de valeur particulière de la publicité, au sein du droit à la liberté d'expression, dans le cadre de la mise en balance des intérêts. Ensuite, dans l'arrêt *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c/ Norvège*⁷⁰², du 11 décembre 2008, le parti des retraités – second requérant – et la TV Vest – première requérante, sanctionnée pour la diffusion d'un spot publicitaire relatif audit parti en méconnaissance de l'interdiction légale de publicité politique à la TV – ont fait valoir que « *le discours en question relèverait du cœur même de la liberté protégée par l'article 10 de la Convention* ». Aussi, le poids majeur octroyé au discours politique, au sein de la liberté d'expression, semble

⁷⁰¹ Com. EDH, (déc. irrecev.), 7 mars 1991, *Walter-Georg Hempfing c/ RFA*, req. n° 14622/89.

⁷⁰² Cour EDH, 11 décembre 2008, *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c/ Norvège*, req. n° 21132/05, Recueil des arrêts et décisions 2008, § 36 ; note A. VANDEBURIE, *RTDH*, 2010, n° 80, pp. 163-178. Voir également, une autre expression potentielle dans une affaire impliquant un requérant journaliste, condamné au civil à verser des dommages et intérêts pour diffamation, Cour EDH, 17 janvier 2008, *Vasilakis c/ Grèce*, req. n° 25145/05, § 43, estimant au titre de l'appréciation de la proportionnalité que « *droit de chaque citoyen de s'adresser aux autorités compétentes se trouve au cœur de la liberté d'expression* ».

sous-tendre le raisonnement des requérants, entouré des circonstances d'espèce accentuant le besoin de garantir ce type de discours (notamment, la petite envergure du parti, engendrant un « *besoin particulièrement impérieux* »⁷⁰³ de disposer d'une vitrine publique). Subséquemment, un tel aspect de la liberté d'expression génère, à l'instar du discours « d'intérêt général », un impact sur la marge nationale d'appréciation, alors réduite, et conditionne dès lors la balance des intérêts en présence.

391. BILAN DE L'ANALYSE. Deux remarques, l'une de forme, l'autre de fond, méritent d'être énoncées à l'issue de cette analyse. Tout d'abord, il est frappant que les juges à la Cour européenne utilisent volontiers des termes synonymes de substance, comme le « noyau dur » ou le « cœur », pour renvoyer à un domaine particulier d'un droit. Distinctif de la jurisprudence propre aux droits susceptibles de limitations explicites, un tel choix de vocabulaire pourrait bien rendre compte d'une vision « dé-substantialisée » du concept, consistant à identifier et insister sur des éléments principaux ou majeurs contenus dans un droit, dans le cadre du contrôle classique de la clause d'ordre public. En second lieu et dans la continuité de cette remarque, il ressort manifestement de la jurisprudence étudiée un emploi de la protection de la substance du droit, au sens relatif, comme élément décisif du contrôle de proportionnalité. Si la plupart des illustrations de type général s'agissant des droits passibles de limitations explicites rendent compte de l'attention à un domaine particulier d'un droit, le concept de protection de la substance du droit recouvre, sous l'acception relative, une autre forme ; elle tient alors au degré d'intensité de l'atteinte.

B) Le degré d'intensité de l'atteinte

392. PRECISIONS QUANT A LA FORME IDENTIFIEE. Dans plusieurs cas communs aux droits susceptibles de limitations explicites, le concept de protection de la substance du droit est principalement lié à l'accent mis sur la force de l'atteinte à un droit. Or, tout comme pour le domaine particulier d'un droit, il convient de distinguer l'analyse qui va suivre – selon le point de vue de la conception relative – des précédents traitements de l'idée de gravité ou radicalité de l'atteinte, au titre des critères de l'atteinte même⁷⁰⁴, ou de la non-identification de la substance combinée à la référence à un contenu minimal⁷⁰⁵ – dans le cadre de la *Première Partie*. La perspective en était non seulement contraire, eu égard à la posture absolue adoptée, mais pour ce qui est du deuxième axe d'examen, également inversée, vis-à-vis de la radicalité.

⁷⁰³ Cour EDH, *TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c/ Norvège* précité, §§ 33-34.

⁷⁰⁴ Voir *supra*, n° 130.

⁷⁰⁵ Voir *supra*, n° 188.

Notons, par ailleurs, que les manifestations ici présentées intéressent toutes l'article 8 de la Convention⁷⁰⁶.

393. DES MANIFESTATIONS PROPRES AU DROIT A LA VIE PRIVEE ET FAMILIALE (ARTICLE 8 CEDH). Deux illustrations peuvent principalement être évoquées. La première émane de l'arrêt *Phinikaridou c/ Chypre*⁷⁰⁷, du 20 décembre 2007, traitant du délai de prescription de l'action en recherche de paternité en droit chypriote. Au terme de son contrôle de la proportionnalité de la mesure litigieuse, la Cour européenne a alors jugé que « *même en prenant en compte la marge d'appréciation dont dispose l'Etat, (...) l'application d'un délai rigide de prescription à l'exercice d'une action en recherche de paternité quelles que soient les circonstances particulières d'une affaire donnée et notamment la connaissance des faits relatifs à la filiation paternelle, porte atteinte à la substance même du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention* » (nous soulignons). Cette rigueur absolue quant à la prescription de l'action judiciaire en cause a conduit la Cour à constater l'absence de juste équilibre entre les intérêts de « *l'individu et de la société dans son ensemble* »⁷⁰⁸, dont ceux du père biologique prétendu, en l'espèce.

Une autre illustration peut encore être empruntée à l'arrêt *Schüth*⁷⁰⁹. Outre la mise en relief d'un domaine particulier du droit à la vie privée et familiale, affecté par la mesure de licenciement litigieuse, il ressort simultanément de cet arrêt l'idée d'une atteinte d'une spéciale intensité envers le droit en cause. Le juge européen a ainsi admis « *que le requérant, en signant son contrat de travail, a accepté un devoir de loyauté envers l'Eglise catholique qui limitait jusqu'à un certain degré son droit au respect de sa vie privée* » (nous soulignons), lesquelles limitations sont autorisées par la Convention sous réserve du libre consentement⁷¹⁰. Or, dépasse le degré admissible d'atteinte l'interprétation de la simple signature du requérant à son contrat de travail comme un « *engagement personnel sans équivoque de vivre dans l'abstinence en cas de séparation ou de divorce* », affectant « *le cœur même du droit au*

⁷⁰⁶ On peut, complémentaiement, signaler l'arrêt de la CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*, aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, § 80, relativement aux articles 10 et 11 de la CEDH.

⁷⁰⁷ Cour EDH, 20 décembre 2007, *Phinikaridou c/ Chypre*, req. n° 23890/02, §§ 65-66 ; à l'inverse, dans l'arrêt *Konstantinidis c/ Grèce* précité (note n° 663), §§ 61-62, ayant également trait à la question de la reconnaissance de paternité, la Cour a rejeté la violation de l'article 8 eu égard aux circonstances d'espèce (notamment la non-diligence du requérant et le caractère non absolu du délai de prescription), nonobstant « *l'intérêt vital pour le requérant de découvrir la vérité sur son ascendance, et donc sur un aspect important de son identité personnelle* ».

⁷⁰⁸ Cour EDH, *Phinikaridou c/ Chypre* précité, § 47.

⁷⁰⁹ Cour EDH, *Schüth c/ Allemagne* précité (note n° 693), § 71.

⁷¹⁰ Voir Com. EDH, (déc. irrecev.), 6 septembre 1989, *Rommelfanger c/ Allemagne*, req. n° 12242/86, DR, n° 62, p. 151.

respect de la vie privée de l'intéressé ». En d'autres termes, le juge européen a souligné ici l'inconventionnalité de limitations trop radicales à l'égard du droit en cause, l'acceptation contractuelle d'un devoir de loyauté ne valant « *pas pour autant renonciation pure et simple à l'égard de l'employeur du droit conventionnel dont l'exercice est susceptible de contrevenir à la doctrine ou aux préceptes que diffuse l'entreprise de tendance* »⁷¹¹.

394. BILAN GENERAL DES ANALYSES. On a pu, à l'occasion de l'étude des manifestations relevant des deux formes dites générales, observer tant l'expression prédominante de la protection de la substance du droit en matière de filiation et procréation, que l'usage privilégié de termes synonymes. Plus généralement, le constat de départ – de limite quantitative – s'est vu incontestablement étayé, invitant à relativiser l'évidente correspondance de la conception relative et des terrains *a priori* idoines de droits susceptibles de limitations explicites⁷¹². Cela dit, il est un terrain, lui-même susceptible de limitations explicites, où le juge a été particulièrement zélé : il s'agit de l'article 1 du Protocole n° 1.

§ II. La forme particulière propre au droit de propriété (article 1 Protocole n° 1 CEDH)

395. UN TERRAIN SINGULIER. Liberté traditionnellement controversée⁷¹³, le droit de propriété connaît une place centrale dans le développement de la protection de la substance du droit⁷¹⁴. Celui-ci constitue originellement le terrain privilégié au sein des divers ordres juridiques connaissant la notion⁷¹⁵. Il y est, de même, très rapidement associé dans le cadre du

⁷¹¹ J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire », *op. cit.*, p. 1639 ; notons, par ailleurs, l'originalité, pour les auteurs, de l'appréciation *a posteriori* de cette atteinte spéciale par la Cour. Ainsi, « *c'est de la dureté des effets de la clause de loyauté qu'a dépendu, après coup, l'existence de l'atteinte à la substance du droit au respect de la vie privée* » (*ibid.*, p. 1640).

⁷¹² Elodie BALLOT relève même une absence de déploiement de la protection de la substance du droit, sur les terrains ici examinés des articles 8 à 10 de la CEDH (E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 468-472), entièrement régis par le contrôle de proportionnalité.

⁷¹³ Comme en témoignent notamment la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (articles 2 et 17) ainsi que la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 17).

⁷¹⁴ Nous avons déjà signalé le lien particulier avec la notion d'institution, corrélée à l'objet de cette étude (voir *supra*, note n° 91).

⁷¹⁵ – Tant parmi ceux principalement objets de comparaison, comme l'ordre constitutionnel suisse (voir, entre autres, J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse. Supplément 1967-1982*, *op. cit.*, p. 209 ; A. FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, Fribourg, Éditions universitaires, 1966, p. 288 ; M. HOTTELIER, « La garantie constitutionnelle de la propriété en droit fédéral suisse... », *op. cit.*, pp. 149-151 ; M. ROSSINELLI, *Les libertés non-écrites*, *op. cit.*, p. 106), l'ordre constitutionnel allemand (voir, notamment, M. BOTHE, « Limitation des droits de l'homme – Le rôle respectif du législateur et des tribunaux en République Fédérale d'Allemagne », in A. DE MESTRAL et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 142) ; – que les systèmes juridiques issus du reste de l'Europe, tels l'Italie et l'Autriche (voir l'ouvrage commun L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, respectivement p. 305 et p. 366, mais aussi, à titre d'exemple, les affaires Cour EDH, Plén., 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c/ Autriche*, req. n° 10522/83 ; 11011/84 ; 11070/84, A169, § 36 ; note J.-F. FLAUSS, *RTDH*, 1990, n° 4, p. 381-401 ; Com. EDH, (déc. recev. partielle), 20 octobre 1992, *Katte Klitsche de la Grange c/ Italie*, req. n° 12539/86), la Grèce (voir, pour illustration, Com. EDH, (déc. recev. partielle), 31 août 1994, *Katikaridis et*

système conventionnel⁷¹⁶. Si la protection de la substance du droit revêt, depuis l'année 1982, une forme doublement spécifique sur le terrain de l'article 1 du Protocole n° 1 (A), elle semble récemment gagnée par un usage de type général (B).

A) Une forme doublement spécifique

396. L'affaire *Sporrong et Lönnroth*⁷¹⁷ incarne pour le droit garanti par l'article 1 du Protocole n° 1 un arrêt de principe, et ce, tout particulièrement en ce qui concerne la protection de la substance du droit. La Cour européenne, précisant les composantes et mécanismes de garantie du droit au respect des biens – en substance, du droit de propriété⁷¹⁸ – prévu par la Convention, y consacre une mise en œuvre singulière de la protection de la substance du droit, constamment perpétrée dans le domaine. Cette spécificité concerne tant le terrain d'intervention de la notion au sein du contrôle judiciaire (1), que le rôle du principe – propre au droit conventionnel de propriété – découvert (2).

1) La spécificité tenant au terrain d'intervention de la protection de la substance du droit

397. LE CONTEXTE DE L'AFFAIRE. L'arrêt fondateur met évidence deux types de référence à la protection de la substance du droit, à différents stades du contrôle. Caractéristique du domaine de l'article 1 du Protocole n° 1, cette double évocation mérite d'être présentée. Mais avant cela, il convient de préciser le contexte de l'affaire *Sporrong et Lönnroth*. Elle

autres c/ Grèce, req. n° 19385/91), la Pologne (voir, pour illustration, Cour EDH, Gde ch., 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, req. n° 31443/96, Recueil des arrêts et décisions 2004-V, §§ 82 (point 5) et 85 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 74, pp. 855-874), ou encore la France, tout particulièrement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (voir, entre autres, L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 922 ; A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, op. cit., pp. 458-459 ; et plus globalement, sur le recours du juge constitutionnel à la notion, C. CHAMARD-HEIM, *Jurisclasseur Libertés*, Fasc. 710, n° 121 et s. ; A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, op. cit., pp. 458 et s.).

– Par ailleurs, tel est aussi le cas dans la jurisprudence de la Cour de justice (voir, notamment, L. BURGORGUE-LARSEN, « Article 2-112 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 668-669 ; R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 353.)

⁷¹⁶ Voir, généralement dans la doctrine conventionnaliste, L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel, article 1 », op. cit., pp. 974 ; 979-982 ; J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 7^e éd., 2016, pp. 161-162 ; 167 ; L. SERMET, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, coll. « Dossiers sur les droits de l'homme », 1998, pp. 28-31 ; F. SUDRE, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D*, 1988, pp. 72-75 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 882 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 438 et s. ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 835-836 ; 839-840.

⁷¹⁷ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité (note n° 46).

⁷¹⁸ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74, A31, § 63 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 51, pp. 570-586.

impliquait des propriétaires de la ville de Stockholm, dont les immeubles se voyaient affectés par des permis d'exproprier exécutables à tout moment, assortis d'interdictions de construire, et datant de plusieurs dizaines d'années. Suspendues telle une épée de Damoclès⁷¹⁹ au-dessus de leur tête, ces mesures les empêchaient notamment de vendre leurs biens. Les requérants dénonçaient donc, non « *pas la légalité intrinsèque des permis d'exproprier ni des interdictions de construire les concernant* »⁷²⁰, mais la longueur du maintien en vigueur de ces mesures et des délais accordés à la ville de Stockholm pour entamer la procédure judiciaire visant à fixer l'indemnité d'expropriation.

398. LE RECOURS A LA NOTION SUR LE TERRAIN DE LA RECHERCHE D'UNE INGERENCE. Or, ce sont bien les requérants qui, au service de la démonstration d'une ingérence dans leur droit de propriété, ont été les premiers à invoquer la protection de la substance du droit. Ainsi, « *sans prétendre avoir été formellement et définitivement privés de leurs biens, la succession Sporrong et Mme Lönnroth allèguent que les permis et interdictions litigieux imposaient à la libre jouissance et disposition de leurs immeubles des limitations excessives et ne donnant pas lieu à indemnité* ». Ils en déduisaient que « *leur droit de propriété se serait ainsi trouvé vidé de sa substance pendant la durée de validité des mesures en question* » (nous soulignons)⁷²¹. Alors que le Gouvernement suédois excluait, de son côté, toute atteinte au droit au respect des biens, présentant les actes litigieux comme « *inhérents à l'aménagement urbain* »⁷²², la Cour a fait sienne l'argumentation des requérants, reconnaissant que « *s'ils laissaient juridiquement intact le droit des intéressés à disposer et user de leurs biens, les permis d'exproprier n'en réduisaient pas moins dans une large mesure la possibilité pratique de l'exercer. Ils touchaient aussi à la substance même de la propriété en ce qu'ils reconnaissaient par avance la légalité d'une expropriation et autorisaient la ville de Stockholm à y procéder à tout moment qu'elle trouverait opportun. Le droit de propriété des requérants devenait ainsi précaire et révocable* »⁷²³ (nous soulignons). De ce constat, le juge a dès lors déduit l'existence d'une ingérence dans le droit de propriété des requérants, autorisant à examiner par la suite sa justification au titre des prescriptions de la Convention, et tout particulièrement de la première phrase de l'alinéa 1. Tel que nous l'avons déjà indiqué⁷²⁴, l'emploi de la notion sur le terrain de la recherche d'une ingérence concourt à préciser le contenu du droit de

⁷¹⁹ L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel, article 1 », *op. cit.*, p. 980.

⁷²⁰ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité (note n° 46), § 58.

⁷²¹ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité.

⁷²² Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité, § 59.

⁷²³ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité (note n° 46), § 60.

⁷²⁴ Voir *supra*, n° 330.

propriété garanti. Soulignons juste qu'une telle référence préalable n'est pas dénuée d'intérêt⁷²⁵ : non seulement permet-elle – à un premier degré – d'admettre un type original d'ingérences au droit de propriété, mais elle fournit également – à un second degré – les bases de l'appréhension de la protection de la substance du droit sur le terrain de la conventionnalité de l'ingérence ; en d'autres termes, elle contient en son sein la reconnaissance, bientôt directe, de la norme générale attribuée à l'article 1 du Protocole n° 1.

399. LE RECOURS A LA NOTION SUR LE TERRAIN DE LA JUSTIFICATION DE L'INGERENCE. Distinctement de la jurisprudence classique de l'article 11 de la Convention, l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* témoigne aussi d'un recours à la protection de la substance du droit lors du contrôle de l'ingérence à l'égard des normes dont dispose l'article 1 du Protocole n° 1. Cet usage est, toutefois, nettement plus diffus, ne recouvrant un caractère généralisé qu'à admettre que la protection de la substance du droit s'apparente ici à une troisième norme s'ajoutant aux deux directement prévues par le texte conventionnel. Car cette découverte prétorienne⁷²⁶ n'apparaît explicitement qu'à une occasion : au sein de l'examen de l'engagement de la seconde phrase du premier alinéa⁷²⁷, relative à la privation de propriété. Le reste du temps, il faut la lire « entre les lignes », dès le paragraphe 61 de l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*, établissant les principes relatifs aux normes contenues dans ledit article 1, puis à nouveau au cours de l'observation par le juge européen du respect de la première norme du premier alinéa⁷²⁸. Remarquablement, le juge évoque à cet égard le « *principe du respect de la propriété* », dénomination qu'il continuera d'invoquer dans la jurisprudence postérieure, quoi qu'il ait toujours paru l'utiliser avec parcimonie et prudence⁷²⁹. Une telle posture s'explique naturellement par l'importance et l'enjeu de la réécriture⁷³⁰ de la disposition conventionnelle conduite par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* ; celle-ci ne peut néanmoins pas occulter le parallèle du principe révélé avec la notion de protection de la

⁷²⁵ Pour des illustrations ultérieures de cet usage, voir notamment les arrêts Cour EDH, 16 septembre 1996, *Matos et Silva, Lda, et autres c/ Portugal*, req. n° 15777/89, Recueil 1996-IV, § 79 ; Cour EDH, *Dogan et autres c/ Turquie*, 29 juin 2004, req. n° 8803/02 ; 8804/02 ; 8805/02 ; 8806/02 ; 8807/02 ; 8808/02 ; 8809/02 ; 8810/02 ; 8811/02 ; 8813/02 ; 8815/02 ; 8816/02 ; 8817/02 ; 8818/02 ; 8819/02, Recueil des arrêts et décisions 2004-VI, § 143 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2004, I, 161, pp. 1581-1582.

⁷²⁶ Selon les termes de F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 882.

⁷²⁷ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité, § 63 ; formule régulièrement reprise par la suite (voir, à titre d'exemples, Cour EDH, *Matos et Silva, Lda, et autres c/ Portugal* précité, § 85 ; Cour EDH, 17 octobre 2002, *Terazzi SRL c/ Italie*, req. n° 27265/95, § 61).

⁷²⁸ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité, §§ 66 et s.

⁷²⁹ Le juge de Strasbourg préférant, semble-t-il, renvoyer à « la norme énoncée à la première phrase du premier alinéa » (Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité, § 69), ou ne simplement pas la désigner du tout.

⁷³⁰ Quant à cette désignation, voir notamment J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 161-162 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 882.

substance du droit, telle qu'entendue ici. C'est de ce principe qu'il convient maintenant d'éclairer la tâche, également singulière.

2) La spécificité tenant au rôle du principe de respect de la propriété découvert

400. UNE NORME CONSTITUTIVE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ. Le principe dégagé de la première phrase du premier alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1 par la Cour européenne possède un rôle fort différent de celui mis principalement en avant au cours de notre analyse. Effectivement, il ne renvoie pas à une condition des limitations étatiques – autrement dit, à un outil de garantie des droits – mais forme une véritable norme constitutive du droit de propriété et ainsi susceptible d'ingérences⁷³¹ ; il s'agit, autrement dit, d'une règle primaire, au sens de la définition donnée par Herbert HART⁷³². En cela, il détient une fonction pleinement normative. Celle-ci s'accompagne d'une fonction interprétative⁷³³ – indirectement normative – en ce que ledit principe infuse tout l'article 1 du Protocole et donc la lecture des autres normes. Avant de l'étudier en tant que norme particulière, il convient d'en présenter tout d'abord la fonction interprétative générale, suivant la logique adoptée par la Cour dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*.

401. UNE FONCTION INTERPRÉTATIVE. Le juge européen a, ainsi que nous l'avons annoncé, opéré une interprétation largement constructive de l'article 1 du Protocole n° 1 au sein de l'arrêt fondateur cité. Plus précisément, il a d'une part fixé le contenu de la disposition en cause et d'autre part les rapports propres animant ce contenu. Aussi, il a commencé par reconnaître que l'article 1 en question « *contient trois normes distinctes. La première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin; elle*

⁷³¹ Norme considérée, cela dit, comme « floue » par la doctrine (voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 883), elle a été critiquée tant par les juges dissidents dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth* (n'étant pas, d'ailleurs, la voie développée par la Commission ; voir L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel, article 1 », op. cit., p. 981), que dans la doctrine (voir, notamment, L. SERMET, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, op. cit., p. 30 ; F. SUDRE, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme », op. cit., p. 72 ; complémentarément, A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002, p. 707, pour rappel de ces critiques).

⁷³² Référence autour de H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis ; 107 », 2^e éd. augmentée, 2005, pp. 101 ; 113-114.

⁷³³ Voir, à cet égard, L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel, article 1 », op. cit., p. 979 ; J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 162.

ressort du deuxième alinéa. »⁷³⁴.

Il en émane l'importance centrale dont dispose, dès l'arrêt de 1982, le principe du respect de la propriété. Lui associant – ainsi que nous le développerons par la suite – une condition de proportionnalité⁷³⁵, le juge européen a admis qu'« *inhérent à l'ensemble de la Convention, le souci d'assurer un tel équilibre se reflète aussi dans la structure de l'article 1 (P1-1)* »⁷³⁶. Or, il ne faudra pas attendre longtemps pour que le juge explicite dans une formule consacrée la place pivot du principe, ajoutant à l'énoncé provenant de l'affaire *Sporrong et Lönnroth* qu'« *il ne s'agit pas pour autant de règles dépourvues de rapport entre elles. La deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première* » (nous soulignons)⁷³⁷. Cela dit, au-delà de sa fonction de principe interprétatif, il s'agit bien là d'une norme garantie par la Convention et dont la Cour vérifie l'observation par l'Etat.

402. UNE FONCTION APPRECIATIVE. Dans sa fonction appréciative, la norme générale de l'article 1 du Protocole n° 1 détient un caractère résiduel. Ainsi dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*, la Cour avait immédiatement rajouté, suite à l'explicitation du contenu de l'article 1, devoir « *s'assurer de l'applicabilité des deux dernières de ces normes avant de se prononcer sur l'observation de la première* » (nous soulignons)⁷³⁸. Prise en tant que telle, la norme générale vise globalement à protéger contre les atteintes qui ne ressortent d'aucun des deux types formellement prévus par le texte conventionnel⁷³⁹. Nous avons pu constater que la Cour européenne avait, dès le stade d'examen de l'existence d'une ingérence au sein de l'arrêt suédois, fourni des éléments de précision de cette troisième norme prétorienne. Elle renvoie spécifiquement à l'hypothèse d'un droit de propriété rendu précaire et révocable avec le temps, nonobstant son maintien juridique formel. Aussi, il s'agit de dépasser l'illusion ou les apparences⁷⁴⁰ propres à une telle situation d'incertitude (juridique, en l'occurrence)⁷⁴¹, faisant

⁷³⁴ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité (note n° 46), § 61.

⁷³⁵ Qui devient à partir de 1982 « *la clé de voûte de l'article 1* » (L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel, article 1 », *op. cit.*, p. 980).

⁷³⁶ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité, § 69.

⁷³⁷ Aussi, dans l'arrêt Cour EDH, Plén., 21 février 1986, *James et autres c/ Royaume-Uni*, A98, § 37 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 68, pp. 784-794.

⁷³⁸ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité, § 61.

⁷³⁹ Voir L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel, article 1 », *op. cit.*, p. 981 ; J.-P. MARGUENAUD, in *GACEDH*, 7^e éd., p. 782 ; F. SUDRE, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 73 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 883.

⁷⁴⁰ § 63 de l'arrêt ; à cet égard, voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 883. – On retrouve aussi le terme « *illusoire* » dans la doctrine suisse (voir, par exemple, A. FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, p. 288).

⁷⁴¹ Voir L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel, article 1 », *op. cit.*, p. 980 ; J.-P. MARGUENAUD, in *GACEDH*, 7^e éd., p. 749 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 883.

Titre 2 – Chapitre 1. La progressive diffusion de la conception relative de la protection de la substance du droit

apparaître l'amointrissement de la capacité pratique d'exercice du droit de propriété, qui affecte la substance même de la propriété⁷⁴². Cela étant dit, « *bien qu'il ait perdu de sa substance le droit en cause n'a pas disparu* »⁷⁴³. Sur le fondement de ce constat d'espèce, le juge européen a énoncé la différenciation entre « *l'atteinte à la substance du droit* » et la privation de propriété, révélant par là-même un nivellement entre les normes⁷⁴⁴. Observant une simple diminution de disponibilité des biens, non assimilable à une expropriation de fait, il en a déduit que « *les effets des mesures en question ne sont pas tels qu'on puisse les assimiler à une privation de propriété* »⁷⁴⁵ ; de même, les permis d'expropriation litigieux ne pouvaient être examinés comme une réglementation de l'usage des biens (ce qui aurait par contre été le cas des interdictions de construire, qui étaient ici complémentaires)⁷⁴⁶. Or, il convient de préciser que si, dans l'affaire suédoise, le jeu de la norme générale pouvait paraître justifié par la singularité de l'hypothèse dégagée, ce n'a pas été le cas de bien des arrêts ensuite, remettant en cause la classification établie par la Cour et l'affirmation du caractère résiduel de la norme⁷⁴⁷. D'une manière globale, les hypothèses d'atteintes tombant sous l'empire de la norme générale ont été nombreuses et variées au sein de la jurisprudence européenne⁷⁴⁸. Cela s'explique probablement par la sévérité attribuée au contrôle du principe

⁷⁴² Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité (note n° 46), § 60.

⁷⁴³ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité, § 63.

⁷⁴⁴ Voir, par exemple, A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, op. cit., p. 707 ; L. SERMET, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, op. cit., p. 30.

⁷⁴⁵ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité, § 63.

⁷⁴⁶ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité, § 64.

⁷⁴⁷ Comme en témoigne la critique fréquente dans la doctrine, telle que formulée par Jean-Pierre MARGUÉNAUD (in *GACEDH*, 7^e éd., pp. 779-780 ; 782-783 ; *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 7^e éd., 2016, p. 167), évoquant « *un fondement attrape-tout* », ainsi qu'« *une doublure dans sa fonction protectrice* » face à sa fonction interprétative primordiale ; voir aussi, A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, op. cit., pp. 708-709 ; J.-F. FLAUSS, « Les mutations de propriété dans les pays d'Europe centrale orientale (PECO) à l'épreuve de l'article 1 du Protocole additionnel (1^{ère} partie) », *LPA*, 1994, n° 77, p. 37 ; L. SERMET, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, op. cit., pp. 30-31.

⁷⁴⁸ Elles visent en premier lieu des obstacles juridiques de nature diverse, tels – des permis d'expropriation (comme dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth*), – des procédures de remembrement (entre autres, voir Cour EDH, 23 avril 1987, *Erkner et Hofauer c/ Autriche*, req. n° 9616/81, A117), – des expropriations de fait (entre autres, voir Cour EDH, 24 juin 1993, *Papamichalopoulos c/ Grèce*, req. n° 14556/89, A260-B ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 1994, I, 3742, p. 113 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 1994, n° 3, pp. 792-796), – des confiscations de fait (entre autres, voir Cour EDH, 22 mai 1998, *Vasilescu c/ Roumanie*, req. n° 27053/95, Recueil 1998-III), – des inscriptions sur le registre foncier (entre autres, voir Cour EDH, 22 juillet 2008, *Koktepe c/ Turquie*, req. n° 35785/03 ; Cour EDH, 4 novembre 2014, *Sociedad Anónima Del Ucieza c/ Espagne*, req. n° 38963/08), – le défaut d'exécution de jugements (entre autres, voir Cour EDH, 29 mai 1997, *Georgiadis c/ Grèce*, req. n° 21522/93, Recueil 1997-III ; Cour EDH, 20 juillet 2000, *Antonetto c/ Italie*, req. n° 15918/89 ; Cour EDH, 2 décembre 2010, *Sud Est Réalisations c/ France*, req. n° 6722/05 ; note J.-G. SORBARA, *JCP A*, 2010, act. 948), ou du droit à indemniser (entre autres, voir Cour EDH, Gde ch., *Broniowski c/ Pologne* précité (note n° 715)), ainsi que, indistinctement, – la demande de restitution à l'Etat d'un terrain touché par un droit d'usufruit (Cour EDH, 12 décembre 2002, *Witteck c/ Allemagne*, req. n° 37290/97, Recueil des arrêts et décisions 2002-X ; note V. LECHEVALLIER, *Europe*, 2003, n° 5, pp. 27-28), – la prescription automatique de comptes bancaires (Cour EDH,

Titre 2 – Chapitre 1. La progressive diffusion de la conception relative de la protection de la substance du droit

de proportionnalité dès 1982⁷⁴⁹, la Cour y assortissant irrégulièrement les exigences de légalité⁷⁵⁰ et de légitimité du but poursuivi⁷⁵¹. Ainsi, la rigueur du contrôle donne lieu à la majorité des violations constatées au titre de l'article 1 du Protocole n° 1 aux motifs de la « *charge spéciale et exorbitante* » ou bien « *disproportionnée* » pour les requérants⁷⁵², la Cour n'hésitant pas sur ce terrain à substituer sa propre appréciation à celle du juge national et à contrôler l'opportunité des mesures litigieuses⁷⁵³. Notons, toutefois, que l'intensité du contrôle s'est avérée – sans raison apparente – aléatoire⁷⁵⁴.

403. BILAN DE L'ANALYSE. Quoi qu'il en soit, si l'on distingue manifestement des points de similitude entre la norme générale et la notion de protection de la substance du droit, au sens relatif qui nous préoccupe – telle la protection de l'exercice minimal du droit, ainsi que l'intensité de l'atteinte qui l'affecte, attestant du caractère primordial de la norme générale, ce type particulier de manifestation ne peut qu'être considéré comme extraordinaire quant aux

29 janvier 2013, *Zolotas c/ Grèce* (n° 2), req. n° 66610/09, Recueil des arrêts et décisions 2013 ; veille G. GONZALEZ, *JCP G*, 2013, act. 181 ; J.-P. MARGUENAUD, *RTD Civ.*, 2013, n° 2, pp. 336-338), – l'échange légal de titres obligataires d'Etat (Cour EDH, 21 juillet 2016, *Mamatas et autres c/ Grèce*, req. n° 63066/14 ; 64297/14 ; 66106/14), – ou encore les litiges directement relatifs à l'indemnisation du préjudice (entre autres, voir Cour EDH, Gde ch., 30 novembre 2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, req. n° 48939/99, Recueil des arrêts et décisions 2004-XII ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 66, pp. 763-775 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2005, n° 2, pp. 506-509 ; note N. DEFFAINS, *Europe*, 2005, n° 3, p. 28 ; comm. T. REVET, *RTD Civ.*, 2005, n° 2, p. 422-428 ; et Cour EDH, 25 juin 2015, *Couturon c/ France*, req. n° 24756/10 ; chron. M. HUYGHE, *JCP G*, 2015, doct. 1114, p. 1894).

Elles peuvent aussi intéresser des obstacles factuels, tels – l'impossibilité d'accéder à ses biens au sens de l'article 1 (entre autres, voir Cour EDH, Gde ch., 18 décembre 1996, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15318/89, Recueil 1996-VI ; obs. G. COHEN-JONATHAN, *RGDIP*, 1998, n° 1, pp. 123-144 ; comm. J.-P. COT, *RTDH*, 1998, n° 33, pp. 77-116 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 1997, n° 1, pp. 273-275 ; Cour EDH, *Dogan et autres c/ Turquie* précité (note n° 725) ; Cour EDH, Gde ch., 16 juin 2015, *Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, req. n° 40167/06, Recueil des arrêts et décisions 2015 ; note P.-F. LAVAL, *RGDIP*, 2016, n° 1, pp. 153-156), – un risque naturel (entre autres, voir Cour EDH, 20 mars 2008, *Budayeva et autres c/ Russie*, req. n° 15339/02 ; 11673/02 ; 15343/02 ; 20058/02 ; 21116/02, Recueil des arrêts et décisions 2008 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2008, I, n° 30, 167, pp. 25-30).

– Voir sur la question, dans la doctrine, J.-P. MARGUENAUD, in *GACEDH*, 7^e éd., pp. 782 et s. ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 883-884 ; A.-F. ZATTARA-GROS, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », *LPA*, 2009, n° 46, p. 36.

⁷⁴⁹ Cour EDH, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité (note n° 46), § 69.

⁷⁵⁰ C'est sur le fondement de celle-ci que le juge examine généralement les affaires ayant trait à l'absence d'exécution des décisions de justice (voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 885).

⁷⁵¹ Notamment à travers le but de l'utilité publique (voir L. CONDORELLI, « Premier Protocole additionnel, article 1 », op. cit., pp. 981-982). – S'agissant par ailleurs des trois conditions cumulées, voir notamment, dans la jurisprudence conventionnelle, Cour EDH, *Mamatas et autres c/ Grèce* précité, § 96, et dans la doctrine, A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, op. cit., pp. 710-713. – Indiquons, en guise de parallèle, la formulation des conditions de limitation au droit de propriété par le juge constitutionnel français dans la décision CC, 16 janvier 1991, 90-287 DC, *Rec.*, p. 24, considérant 22.

⁷⁵² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 885-886.

⁷⁵³ *Ibid.* Voir aussi, A.-F. ZATTARA-GROS, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », op. cit., p. 36 ; D. FIORINA, *D*, 1996, n° 24, p. 333.

⁷⁵⁴ Voir notamment, J.-P. MARGUENAUD, in *GACEDH*, 7^e éd., pp. 781-782 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 886. – Signalons, par ailleurs, qu'une telle variation semble en partie dépendre du type d'ingérence concerné (voir A.-F. ZATTARA-GROS, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », op. cit., p. 37).

formes classiques pré-étudiées. Or, il faut depuis peu remarquer une mutation essentielle de la protection de la substance du droit sur ce terrain.

B) Une métamorphose vers un type général

404. LE RECOURS PRIORITAIRE A LA NORME GENERALE. Si la jurisprudence *Sporrong et Lönnroth* inaugurerait une forme notablement distincte de la protection de la substance du droit⁷⁵⁵, elle semble progressivement concurrencée par un type de manifestations intéressant, tout comme les formes générales pré-étudiées, l'encadrement des limitations étatiques dans le système conventionnel. Un premier indice tient dans la place concrètement attribuée à la norme générale, eu égard à l'ordonnancement établi par l'arrêt de 1982. Ainsi, nous avons précédemment pu constater que la norme générale, qui était appréhendée dans la jurisprudence *Sporrong et Lönnroth* comme résiduelle à l'égard des autres normes de l'article 1 dans son aspect pleinement normatif de protection, a progressivement été employée « à titre principal »⁷⁵⁶, pour elle-même. Ce renversement rappelle certainement la priorité qui doit être en principe conférée à la protection de la substance du droit comme « limite aux limitations » indispensable et préventive de toute autre. Au-delà de la valorisation significative (à tout le moins quantitative) de l'usage de la norme générale, c'est dans le déplacement du niveau – et donc du cadre – d'intervention de la protection de la substance du droit au sein du contrôle que l'on reconnaît sa véritable mutation sur ce terrain.

405. LA REFERENCE DIRECTE A LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT CONCOURANT AU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE. Apparaissent, depuis les années 2000, des références à la protection de la substance du droit apparemment indépendantes de la forme traditionnelle au droit de propriété. Invoquées au sein de contrôle de proportionnalité, et plus particulièrement en fin d'analyse, ces manifestations semblent se rapporter à la fonction de condition principalement exhibée par la protection de la substance du droit au sein de la jurisprudence européenne. La notion joue ici comme une limite conventionnelle globale aux limitations étatiques, et ne renvoie plus à la norme générale – dégagée de l'article 1 du premier Protocole – applicable au litige, la Cour se plaçant dans les affaires en cause sur le

⁷⁵⁵ Ne se revendiquant, d'ailleurs, d'aucun précédent ou modèle fondateur propre. Cette représentation singulière explique certainement l'absence, dans la doctrine en général, de mise en parallèle d'une telle forme avec les autres manifestations de la protection de la substance du droit (l'étude de Sébastien VAN DROOGHENBROECK, maintes fois citée, comptant parmi les exceptions ; voir aussi, pour une comparaison négative, S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 614).

⁷⁵⁶ Selon les propos de F. SUDRE (« Convention européenne des droits de l'homme. – Droits garantis. – Droit de propriété et droit à la non-discrimination », *Jurisclasseur Europe Traité*, Fasc. 6523, n° 38 à 44).

Titre 2 – Chapitre 1. La progressive diffusion de la conception relative de la protection de la substance du droit

terrain d'une autre prescription de l'article, notamment la réglementation de l'usage des biens (alinéa second). Les illustrations de cette mutation naissante sont, cela dit, peu nombreuses.

La solution de l'arrêt de chambre *Hutten-Czapska c/ Pologne*⁷⁵⁷, du 22 février 2005, reprise par la Grande chambre le 19 juin 2006, et relatif à la législation polonaise de contrôle des loyers par les propriétaires, provenant du régime communiste, était à cet égard significative. La requérante⁷⁵⁸ se plaignait dans cette affaire d'une violation continue de son droit de propriété, et avait ainsi invoqué l'argument de l'atteinte à la substance du droit de propriété, quant à des restrictions lui imposant un loyer insuffisant pour générer un revenu de son bien et l'empêchant également de mettre fin au bail, et par conséquent, de recouvrer possession et usage de son bien. Or, il faut souligner que le système constitutionnel polonais intègre la notion de protection de la substance du droit comme condition de limitations aux droits fondamentaux garantis par la Constitution⁷⁵⁹. Dans cette perspective, son emploi par la requérante paraît plus qu'envisageable⁷⁶⁰. Cela suffit-il, toutefois, à expliquer l'innovation prétorienne annoncée ? Toujours est-il que le juge européen, examinant l'impact du système de plafonnement des loyers dénoncé par la requérante, s'agissant spécifiquement de la loi de 1994, a recouru à la formule conclusive suivante : « *Dans ces conditions, et eu égard aux conséquences que les diverses dispositions restrictives ont eu sur la requérante, la Cour juge que le jeu combiné des restrictions prévues par la loi de 1994 a porté atteinte à la substance même du droit de propriété de l'intéressée* » (nous soulignons)⁷⁶¹. Or – le juge européen s'était est lui-même félicité – la Cour constitutionnelle polonaise était « *parvenue à la même conclusion* » usant d'une analyse faisant largement écho à la notion à l'étude, renvoyant à la dissolution des prérogatives du droit de propriété, dont le droit de disposer de ses biens qui avait été vidé de sa substance. Ainsi, alors même que la Cour de Strasbourg observait les restrictions en cause sur le terrain de la réglementation de l'usage des biens, naturelle au vu de l'espèce, son recours à la protection de la substance du droit apparaît avoir relevé d'un instrument de garantie, et non du droit en tant que tel.

⁷⁵⁷ Cour EDH, ch., 22 février 2005, *Hutten-Czapska c/ Pologne*, req. n° 35014/97, § 176 ; et l'arrêt de Grande chambre, 19 juin 2006, Recueil des arrêts et décisions 2006-VIII, §§ 202-203 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2007, n° 2, pp. 730-733 ; chron. J.-P. MARGUENAUD et P. REMY-CORLAY, *RTD Civ.*, 2006, n° 4, pp. 719-721.

⁷⁵⁸ Cour EDH, ch., *Hutten-Czapska c/ Pologne* précité, §139.

⁷⁵⁹ Voir *supra*, note n° 23.

⁷⁶⁰ Va dans ce sens la réponse du Gouvernement, évoquant en dernier instant de son argumentation relative à la proportionnalité des mesures l'absence selon lui d'atteinte à la substance du droit, en raison du fait qu'« *elles n'ont pas privé les propriétaires des attributs essentiels de ce droit* » (§ 169).

⁷⁶¹ Cour EDH, ch., *Hutten-Czapska c/ Pologne* précité, § 176.

Titre 2 – Chapitre 1. La progressive diffusion de la conception relative de la protection de la substance du droit

Il en est de même des arrêts grecs *Theodoraki et autres*⁷⁶², du 11 décembre 2008, et (sur la satisfaction équitable) *Z.A.N.T.E. - Marathonisi A.E*⁷⁶³, du 28 mai 2009, qui concernaient les restrictions progressivement apportées à des propriétés vouées à l'exploitation touristique. S'ils semblent l'un et l'autre révéler la référence à la protection de substance du droit comme relai, composante ou complément de l'appréciation de la proportionnalité des mesures en cause⁷⁶⁴, arrêtons-nous sur l'illustration se dégageant du second arrêt. Elle est, en effet, particulièrement significative en ce que le juge européen, se prononçant sur les dommages et intérêts alloués au titre de la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 reconnue dans l'arrêt au fond – et, plus précisément, quant à la norme prévue au second alinéa de l'article – emploie la protection de la substance du droit pour marquer la gravité particulière de l'ingérence et donc justifier l'importance du dédommagement pécuniaire. En effet, malgré l'impossibilité logique de soumettre l'Etat grec à la *restitutio in integrum* (du fait de la norme d'examen choisie), le juge a admis que « *la société requérante a subi en l'espèce une restriction radicale à la possibilité de jouir pleinement de sa propriété* », ajoutant que « *le blocage total de la propriété de la société requérante en raison de la limitation progressive de son droit de construire a, de fait, vidé son droit de propriété de sa substance* » (nous soulignons).

Enfin une dernière affaire doit être versée à notre démonstration, sur le terrain cette fois-ci de la privation de la propriété. Il s'agissait, dans l'arrêt *Sud parisienne de construction c/ France*⁷⁶⁵, du 11 février 2010, d'un arrêté à effet rétroactif prévoyant l'ajustement du taux d'intérêts moratoires pour les marchés publics. Or, la Cour européenne a, là aussi, fait un usage apparemment générique de la protection de la substance du droit en constatant – en fin de contrôle de la proportionnalité de la restriction en question – que ladite restriction n'avait pas eu pour conséquence de régler au principal la cause du litige et ainsi de le rendre vain, en ce que « *l'application de l'article 50 de la loi précitée du 30 décembre 1996 (...) a eu pour seul effet pour la requérante de fixer à son profit des intérêts moratoires – ... – à un taux adapté aux coûts réels supportés par elle du fait de ce retard* »⁷⁶⁶. Aussi, elle en a conclu que la mesure législative rétroactive n'avait pas « *atteint la substance même du droit de propriété* » de la requérante, ni fait peser sur elle une charge anormale et exorbitante, mais au contraire, maintenu le juste équilibre entre les intérêts en jeu.

⁷⁶² Cour EDH, 11 décembre 2008, *Theodoraki et autres c/ Grèce*, req. n° 9368/06, § 66.

⁷⁶³ Cour EDH, 28 mai 2009, *Z.A.N.T.E. - Marathonisi A.E c/ Grèce*, req. n° 14216/03, § 27.

⁷⁶⁴ Notons, cela dit, que la Cour européenne dans le premier arrêt grec évoque l'atteinte à « *la substance même de la propriété* » (§ 66) (nous soulignons).

⁷⁶⁵ Cour EDH, 11 février 2010, *Sud parisienne de construction c/ France*, req. n° 33704/04, § 44 ; veille G. GONZALEZ, *JCP G*, 2010, act. 262.

⁷⁶⁶ Cour EDH, *Sud parisienne de construction c/ France* précité, § 43.

406. LE PARALLELE ELOQUENT AVEC LA JURISPRUDENCE PROPRE A L'ARTICLE 11. Il convient d'observer une évolution récente analogue de la forme de la protection de la substance du droit spécifique à la liberté de réunion et d'association⁷⁶⁷. Cette mutation, qui semble avoir débuté dans les années 2010⁷⁶⁸, s'illustre explicitement dans les arrêts de 2014 *National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers c/ Royaume-Uni*⁷⁶⁹, relatif à l'interdiction légale pour un syndicat de former une action collective secondaire sur le site d'un employeur n'étant pas impliqué dans le conflit du travail, et *Matelly et ADEFDROMIL*, tous deux rendus contre la France⁷⁷⁰ s'agissant de l'interdiction des membres de la gendarmerie et de l'armée d'entreprendre toute activité associative professionnelle. Au sein du premier, il faut tout d'abord relever l'emphase mise par le syndicat requérant⁷⁷¹ sur l'appartenance du droit de grève – qu'il soit considéré comme primaire ou secondaire – à l'essence du droit à prévu par l'article 11, et notamment la liberté d'association syndicale ; ce faisant, il a placé le jeu de la protection de la substance du droit sur le terrain de l'appréciation

⁷⁶⁷ – Quant à la forme traditionnelle, voir *supra*, n° 330. – Quant à la forme « récente », signalons qu'elle s'inscrit dans le prolongement d'anciennes décisions et rapports de la Commission (voir, en guise d'exemples, Com. EDH, (déc. recev. partielle), 17 octobre 1985, *Plattform Ärzte Für Das Leben c/ Autriche*, req. n° 10126/82, DR 44, § 11/p. 84 ; Com. EDH, (rapport), *Chassagnou c/ France* précité (note n° 624), § 116). Voir, complémentairement, l'analyse de Sébastien VAN DROOGHENBROECK concernant le passage d'une fonction « interprétative » à une fonction « appréciative » de la protection de la substance du droit sur le terrain de l'article 11 (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, *op. cit.*, pp. 428-432).

– On peut, par ailleurs, observer qu'une telle forme est susceptible de se manifester dans la « jurisprudence » du Comité européen des droits sociaux (voir, pour illustrations s'agissant de l'article 5 de la Charte, Conclusions X-2, 30 juin 1988, Irlande ; Conclusions XII-1, 30 septembre 1991, Danemark ; Conclusions XIII-1, 31 décembre 1993, Irlande ; CEDS, *Confédération des entreprises suédoises c/ Suède* précité (note n° 36), § 30 ; CEDS, *Fédération des entreprises finlandaises c/ Finlande* précité (note n° 36), §§ 29-30 ; CEDS, 27 janvier 2016, *Conseil Européen des Syndicats de Police (CESP) c/ France*, récl. n° 101/2013, § 83).

⁷⁶⁸ – On pense, en particulier, aux arrêts Cour EDH, 11 octobre 2011, *Association Rhino et autres c/ Suisse*, req. n° 48848/07, § 66 ; Cour EDH, Gde ch., 9 juillet 2013, *Sindicatul « Păstorul Cel Bun » c/ Roumanie*, req. n° 2330/09, Recueil des arrêts et décisions 2013, § 139 ; veille G. GONZALEZ, *JCP G*, 2013, act. 919 (et l'arrêt de chambre, du 31 janvier 2012, § 81 ; comm. R. PIERRE, *JCP S*, 2012, 1327, notamment pp. 14 et 16). Il convient de noter, quant à cette deuxième affaire, que la chambre et la Grande chambre semblent concevoir différemment la protection de la substance du droit : la première bâtissant un pont entre sa forme classique depuis 1981 et sa nouvelle manifestation de type général, la seconde n'hésitant pas à l'ancrer pleinement dans un tel renouveau.

– Signalons, par ailleurs, l'intuition de la doctrine à l'égard de l'usage récent de la notion, implicite dans l'arrêt Cour EDH, ch., *Demir et Baykara c/ Turquie* précité (note n° 386) (voir comm. J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY, *JCP G*, 2007, II, n°10, 10038, p. 38), visiblement confirmé par l'arrêt Cour EDH, 8 avril 2014, *National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers c/ Royaume-Uni*, req. n° 31045/10, Recueil des arrêts et décisions 2014, § 86 ; zoom G. GONZALEZ, *JCP G*, 2014, act. 515 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2014, doct. 832, p. 1414.

⁷⁶⁹ Cour EDH, *National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers c/ Royaume-Uni* précité, §§ 86-88.

⁷⁷⁰ Cour EDH, 2 octobre 2014, *Matelly c/ France*, req. n° 10609/10, §§ 57-58, confirmé sur le plan de l'application (§ 75) ; Cour EDH, 2 octobre 2014, *ADEFDROMIL c/ France*, req. n° 32191/09, §§ 43-44, confirmé sur le plan de l'application (§ 60) ; chron. E. DECAUX, P. TAVERNIER et M. BOUMGHAR, *JDI*, 2015, n° 4, pp. 1276-1279 ; obs. M. GUIMEZANES, *RTDH*, 2015, n° 103, pp 719-739 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2015, doct. 70, p. 123.

⁷⁷¹ Cour EDH, *National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers c/ Royaume-Uni* précité, §§ 55-56. Remarquons, similairement, la référence qui y est faite par l'un des tiers intervenants, l'organisation Liberty (§ 73), suivant une conception qui pourrait même relever de l'absolutisme.

de la conventionnalité de l'ingérence. Eu égard à la condition de nécessité dans une société démocratique, la Cour européenne a dès lors choisi de commencer⁷⁷² par répondre à cet argument. Souhaitant manifestement éviter de consacrer le droit de grève dans sa globalité⁷⁷³ – soit incluant les actions syndicales secondaires – comme partie essentielle de la liberté d'association, la Cour – distinguant la présente affaire de l'affaire *Demir et Baykara* – a jugé que la marge d'appréciation allouée à l'Etat défendeur pouvait varier selon l'affectation « *du cœur même* » de la liberté syndicale, ou d'un élément secondaire ou accessoire à celle-ci⁷⁷⁴. Or, le juge de Strasbourg a reconnu de façon lapidaire que tel est le cas (second) du droit d'action collective secondaire, dont il résulte que l'interdiction n'a pas « *porté atteinte à la substance même de la liberté d'association du syndicat requérant* »⁷⁷⁵, laissant le juge continuer son contrôle au titre du but légitime et de la proportionnalité de la mesure restrictive litigieuse.

Dans les arrêts français mentionnés, suivant une logique similaire, la protection de la substance du droit paraît constituer, au titre des principes applicables, une sorte de concept pivot entre les aspects liés au champ d'application du droit et les exigences inhérentes à la clause d'ordre public précisées par l'article 11, hissé au rang de première condition de conventionnalité de l'ingérence au droit en cause⁷⁷⁶. La Cour européenne a ainsi affirmé que « *les restrictions pouvant être imposées aux trois groupes de personnes cités par l'article 11 appellent une interprétation stricte et doivent dès lors se limiter à l'« exercice » des droits en question. Elles ne doivent pas porter atteinte à l'essence même du droit de s'organiser* », dont fait partie le droit à la formation et l'affiliation syndicale⁷⁷⁷. Pour autant, on ne saurait dire que cette condition est prioritaire, en ce que la Cour a démontré, au sein de ces affaires, mettre en œuvre son contrôle traditionnel la conduisant, *in fine*, à conclure que « *si la liberté d'association des militaires peut faire l'objet de restrictions légitimes, l'interdiction pure et simple de constituer un syndicat ou d'y adhérer* », ou encore celle pour une « *association professionnelle d'exercer toute action en lien avec son objet social* », « *porte à l'essence*

⁷⁷² Cour EDH, *National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers c/ Royaume-Uni* précité, § 84.

⁷⁷³ Cour EDH, *National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers c/ Royaume-Uni* précité, § 84.

⁷⁷⁴ Cour EDH, *National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers c/ Royaume-Uni* précité, § 87.

⁷⁷⁵ Cour EDH, *National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers c/ Royaume-Uni* précité, § 88 ; voir la confirmation, § 98.

⁷⁷⁶ Il est frappant de relever que la Cour se réfère alors tant à des passages de l'arrêt de Grande chambre *Demir et Baykara c/ Turquie* précité (note n° 386) qui concernent l'existence de l'ingérence (§§ 97 et 144-145), qu'à la conformité même de ladite ingérence avec la CEDH (§ 119).

⁷⁷⁷ Cour EDH, *Matelly c/ France* précité (note n° 770), §§ 57-58 ; Cour EDH, *ADEFDROMIL c/ France* précité (note n° 770), §§ 43-44.

même de cette liberté, une atteinte prohibée par la Convention ». D'où l'absence de proportionnalité des mesures visées et la violation subséquente de l'article 11.

Aussi, il ressort de ces deux arrêts une combinaison des formes classique à la protection de la substance du droit dans le cadre de la liberté de réunion et d'association et de type général, qui, il faut le reconnaître, surprend. Tel que nous le remarquons au début de ce *Chapitre*, l'essence, cœur, ou noyau dur du droit permet, manifestement, tant de préciser le champ matériel du droit que de conditionner sa protection. Elle rappellerait presque la conception absolue, si elle n'était susceptible de compensation par des motifs « *impérieux* ».

407. BILAN DE L'ANALYSE. Les deux formes observées – de nature partiellement distincte, initialement : la garantie d'une norme, ou droit en tant que tel, de respect de la propriété contre ses atteintes, pour l'article 1 du Protocole n° 1, et l'inscription d'un élément dans le champ ou contenu du droit inscrit à l'article 11 – témoignent bien d'une généralisation du rôle de la protection de la substance du droit en tant que condition du contrôle conventionnel. Si elle reste aujourd'hui encore tenue⁷⁷⁸, cette évolution mérite très largement d'être relevée en ce qu'elle semble rendre compte d'un phénomène général dans la jurisprudence de la Cour européenne⁷⁷⁹, laissant envisager l'uniformisation de la notion de protection de la substance du droit.

⁷⁷⁸ Cela dit, des exemples récents continuent de converger dans ce sens (voir, – concernant l'article 1 du Protocole n° 1, Cour EDH, Gde ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c/ Hongrie*, req. n° 53080/13, Recueil des arrêts et décisions 2016, § 118 ; obs. H. SURREL, *JCP G*, 2016, act. 1424 ; – concernant l'article 11, Cour EDH, 28 mars 2017, *Solari c/ République de Moldova*, req. n° 42878/05, § 28 ; Cour EDH, 27 octobre 2016, *Les Authentiks et Supras Auteuil 91 c/ France*, req. n° 4696/11 ; 4703/11, § 83 ; note J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Gaz. Pal.*, 2016, n° 41, p. 39).

⁷⁷⁹ Notons, par ailleurs, que si cette mutation se pérennisait, elle subirait probablement la même critique que celle émise à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de justice par Romain TINIERE (*L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 360-362), considérant l'usage de la protection de la substance du droit comme relevant de façon regrettable de la forme « générale », comparativement à celui, spécifique, de la Cour européenne mis au jour dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*.

Section 2. Un basculement progressif en matière de droits susceptibles de limitations implicites

408. UNE AFFIRMATION DE LA CONCEPTION RELATIVE. Alors qu'elle aurait dû se caractériser par le plein ascendant de la conception absolue, la jurisprudence intéressant les droits susceptibles de limitations implicites s'avère contribuer dans une large mesure à la prépondérance de l'appréhension relative de la protection de la substance du droit. Cela étant, un tel bilan semble être le fruit d'une propagation graduelle. Ainsi, commençant par laisser transparaître une équivalence pratique de la protection de la substance du droit et de la proportionnalité au sein de la mise en œuvre du contrôle, la Cour européenne des droits de l'homme n'a ensuite plus hésité à assumer véritablement cette équivalence sur le plan des principes mêmes (§I). Parmi les terrains en cause, illustre notablement cette progressive mutation et affirmation de la conception relative celui du droit à un tribunal (§II).

§ I. De la confusion pratique à l'assimilation théorique à l'égard de la proportionnalité

409. UNE DIFFUSION CROISEE. Le développement patent d'une telle conception dans la jurisprudence propre aux terrains susceptibles de limitations implicites s'opère tant par étapes successives, que par approfondissement continue. Aussi, la confusion pratique première des instruments de protection de la substance du droit et de proportionnalité a continué inexorablement de s'étendre (A) nonobstant la consécration de leur assimilation théorique, dont le rappel ne reste que ponctuel (B).

A) Une confusion pratique diffuse

410. PRECISIONS METHODOLOGIQUES PREALABLES. Le rapprochement d'ordre strictement matériel de la protection de la substance du droit et de la proportionnalité constitue le phénomène le plus répandu parmi la jurisprudence propre à la catégorie des droits susceptibles de limitations implicites. Perçu sous les angles de l'implicite et du probable (dans le cas d'un contrôle pratiquement animé par les seules conditions classiques de la clause d'ordre public), ou bien de l'explicite (dans le cas de l'assimilation des deux concepts au cours, ou en fin, de la mise en œuvre du contrôle), sa constante expansion est incontestable. Ayant préalablement évoqué les deux aspects ou configurations principales de cette équivalence pratique⁷⁸⁰, gardons-nous de la redite. Il paraît pertinent ici de fournir des

⁷⁸⁰ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §II ; (équivalence pratique généralement abordée, du reste, tout au long dudit Chapitre).

éléments indicatifs globaux et quantitatifs (quoi qu'ils ne puissent être qu'approximatifs) concernant la « vague » relativiste.

411. UN PHENOMENE CONCENTRE SUR LES TERRAINS DES ARTICLES 6 ET 3 DU PROTOCOLE N° 1 CEDH. Trois terrains, compris dans cette catégorie spécifiquement étudiée lors de la *Première partie*, sont particulièrement exemplaires de la diffusion d'une telle conception ; il est question des articles 6, 2 du Protocole n° 1, et 3 du même Protocole. Concernant le deuxième terrain toutefois, celui-ci s'étant finalement vu rattacher à la conception relative dès sa première affaire fondatrice⁷⁸¹, c'est fort logiquement sous l'angle de la *seconde sous-partie* qu'il en sera traité, la jurisprudence – d'ailleurs réduite – en cette matière se caractérisant rapidement par l'énonciation principielle de l'assimilation. Profitons-en, cela dit, pour remarquer que la confusion pratique n'est pas un passage obligatoire vers la reconnaissance de l'identité théorique de la protection de la substance du droit et de la proportionnalité, celle-ci étant susceptible de survenir de façon spontanée et directe.

Revenant à nos propos initiaux, deux domaines conventionnels peuvent donc principalement être tenus pour illustrer la confusion pratique, sur le plan de l'exercice même du contrôle, touchant la protection de la substance du droit. De leur étude ressortent plusieurs constats communs. Généralement, il convient d'observer que l'apparition d'une telle confusion est relativement ancienne, suivant de très près les arrêts fondateurs propres à ces terrains. En outre, le phénomène de propagation représente – dans ses aspects explicite et implicite – au moins la moitié des jurisprudences relatives aux droits au procès équitable, et de vote et d'éligibilité, voire les deux tiers pour le deuxième terrain. Enfin, il faut souligner que si la confusion pratique paraît globalement surplomber l'expression relative de la protection de la substance du droit sur les terrains des droits susceptibles de limitations implicites, c'est qu'elle a régulièrement été rappelée, même après l'énonciation de l'équivalence, sur le plan des principes applicables.

412. Aussi, la formulation par la Cour du principe de l'identité de la protection de la substance du droit et de la proportionnalité constitue une étape significative supplémentaire dans le passage d'une conception à une autre (ou du moins, de sa reconnaissance assumée).

B) Une assimilation théorique épisodique

413. UNE MUTATION DECISIVE BIEN QUE CIRCONSCRITE. Outre son emploi pratique dans la mise en œuvre du contrôle judiciaire, le juge de Strasbourg a explicité l'assimilation de la

⁷⁸¹ Voir *supra*, n° 222.

protection de la substance du droit et de la proportionnalité au titre des principes applicables au litige. Ce faisant, il a officiellement affirmé son adhésion à la conception relative, au détriment des formules modèles originelles. Une telle déclaration jurisprudentielle est manifestement commune aux trois terrains précités – émergeant similairement dans les années 2000, bien qu'elle diffère dans sa portée selon le droit en cause. Si elle paraît s'être enracinée au sein des principes encadrant le respect du droit à l'instruction, son maintien se révèle plus fragile s'agissant des droits prévus aux articles 6 et 3 du Protocole n° 1. En effet, tel que nous l'observerons quant au droit à un tribunal particulièrement, la jurisprudence postérieure à la formulation principielle de l'assimilation est largement variable, alternant entre le rappel de modèles fondateurs conformes à la conception absolue et celui des arrêts marquant l'adhésion relativiste. Du reste, ces précédents font globalement l'objet d'un usage minoritaire, la Cour leur préférant souvent une version absolutiste du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit.

414. LES ARRETS MARQUANTS SUR LES TERRAINS DES ARTICLES 2 ET 3 DU PROTOCOLE N° 1. Suite à ces éléments généraux d'analyse, il convient de présenter les jugements porteurs d'une telle consécration principielle, en réservant le terrain du droit à un tribunal à un examen spécifique. Dans un arrêt de Grande chambre contre la Turquie, la requérante, Leyla Sahin, étudiante contestant l'interdiction du port du foulard à l'université l'ayant empêché d'y accéder, avait alors brandi l'argument de l'atteinte à la substance du droit à l'instruction, rendu inutilisable par la mesure litigieuse⁷⁸², détenant *a priori* un poids important dans son allégation de violation de l'article en cause⁷⁸³. De son côté, la Cour européenne – s'appuyant sur les premiers jalons posés quant aux articles 2 du Protocole n° 1, ou encore 6 – a sans crier gare (re)formulé les principes applicables au droit à l'instruction (si l'on considère que, depuis *l'Affaire linguistique belge*, ils n'avaient jamais reçu d'énonciation similaire à celle des autres terrains principaux de la protection de la substance du droit). Ainsi, s'agissant notamment des conditions limitant les restrictions au droit à l'instruction, la Cour a établi qu'« afin de s'assurer que les limitations mises en œuvre ne réduisent pas le droit dont il s'agit au point de l'atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité, la Cour doit se convaincre que celles-ci sont prévisibles pour le justiciable et tendent à un but légitime. Toutefois, à la différence des articles 8 à 11 de la Convention, elle n'est pas liée par une

⁷⁸² Cour EDH, Gde ch., *Leyla Sahin c/ Turquie* précité (note n° 455), § 147. Notons que la notion n'avait visiblement pas été invoquée dans la procédure judiciaire antérieure, devant la Cour européenne ou de façon principale devant les juridictions nationales.

⁷⁸³ On ne sait, d'ailleurs, si cette référence à la notion n'est pas, en réalité, significative d'un injustifiable en soi maladroît (Cour EDH, Gde ch., *Leyla Sahin c/ Turquie* précité, § 148 notamment).

Titre 2 – Chapitre 1. La progressive diffusion de la conception relative de la protection de la substance du droit

énumération exhaustive des « buts légitimes » sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1 (...). En outre, pareille limitation ne se concilie avec ledit article que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. » (Nous soulignons). Il ressort clairement de cette formule l'emprunt tout particulier au modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁷⁸⁴; cela dit, au lieu de préserver la priorité – trait de la conception absolue – à l'égard de la protection de la substance du droit⁷⁸⁵, la Cour a ici directement affirmé l'équivalence entre cette condition de conventionnalité et celles qui résultent de la clause d'ordre public (malgré la conservation de la classique conjonction de coordination « en outre », précédant ici l'évocation de la proportionnalité)⁷⁸⁶. Permettant finalement d'expliciter l'inscription de ce terrain dans le champ d'influence de la conception relative, la formule *Leyla Sahin* semble depuis lors constituer un précédent – et nouveau modèle – pour le droit visé⁷⁸⁷.

S'agissant de l'article 3 du Protocole n° 1, c'est l'affaire *Zdanoka c/ Lettonie*⁷⁸⁸, jugée en Grande chambre le 16 mars 2006, qui contient le renversement de principe quant à la conception de la protection de la substance du droit. L'espèce concernait l'interdiction faite à une ancienne dirigeante communiste durant l'ère soviétique de se présenter aux élections législatives, à la suite de la participation de son parti à une tentative de coup d'Etat et à sa dissolution postérieurement à l'indépendance du pays. Là aussi, la requérante avait souligné, après s'être prononcée sur les autres conditions de restrictions étatiques, l'atteinte à la substance de ses droits électoraux (et à la libre expression de l'opinion du peuple) en raison du caractère durable de l'inéligibilité litigieuse, récusé par le Gouvernement letton. Or, déjà dans son arrêt de chambre, la Cour européenne avait semblé opérer un rapprochement net de la protection de la substance du droit avec la proportionnalité, ajoutant au rappel des

⁷⁸⁴ Voir *supra*, n° 233. Notons, cela dit, qu'au titre de la jurisprudence relative à l'article 3 du Protocole n° 1, la Grande chambre ne se réfère expressément ici qu'à l'arrêt *Podkolzina c/ Lettonie* précité (note n° 342), § 36 afin d'appuyer la souplesse des buts légitimes des limitations sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 1, par similitude.

⁷⁸⁵ A l'inverse, voir la formulation du principe par la juge TULKENS, au sein de son opinion dissidente sous Cour EDH, Gde ch., *Leyla Sahin c/ Turquie* précité, § 16, quand bien même son raisonnement pratique semble attester de la confusion étudiée (§ 17).

⁷⁸⁶ Voir, *a contrario*, E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 461-462.

⁷⁸⁷ Voir, à titre d'exemples, les arrêts Cour EDH, 3 mars 2009, *Irfan Temel et autres c/ Turquie*, req. n° 36458/02, § 41 ; Cour EDH, 2 avril 2013, *Tarantino et autres c/ Italie*, req. n° 25851/09 ; 29284/09 ; 64090/09, Recueil des arrêts et décisions 2013, § 45 ; obs. K. BLAY-GRABARCZYK, *JCP G*, 2013, act. 450 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2013, doct. 855, p. 1482 ; Cour EDH, *Velyo Velez c/ Bulgarie* précité (note n° 202), § 32 ; ou encore, Cour EDH, 6 octobre 2015, *Memlika c/ Grèce*, req. n° 37991/12, § 50.

⁷⁸⁸ Cour EDH, ch., *Zdanoka c/ Lettonie*, 17 juin 2004, § 82 ; chron. F. SUDRE, *RDP*, 2005, n° 3, pp. 811-814 ; l'arrêt de Grande chambre précité (note n° 338), §§ 104 ; 115.

conditions distinguées dans le modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁷⁸⁹ estimer devoir « *suivre les mêmes critères qu'au regard des ingérences autorisées par les articles 8 à 11 de la Convention* : la seule forme de nécessité capable de justifier une ingérence dans les droits au titre de l'article 3 du Protocole n° 1 est donc celle qui peut se réclamer de la « société démocratique » (nous soulignons)⁷⁹⁰. On aurait pourtant pu penser que cet encart ne précisait en fait que les deux dernières conditions de légitimité du but et de proportionnalité d'une mesure restrictive, toutefois l'arrêt de Grande chambre n'a pas infirmé notre premier sentiment. La Cour y a en effet, après citation des jurisprudences pertinentes classiques, dont le modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁷⁹¹, décidé de repréciser, dans un souci double de pédagogie et de particularisation de ses principes sur ce terrain, les règles applicables sans ne jamais mentionner distinctement la protection de la substance du droit⁷⁹² parmi les conditions encadrant les restrictions étatiques au droit de vote et d'éligibilité⁷⁹³. Il convient cependant de signaler que malgré cet effort de rationalisation, les arrêts ultérieurs⁷⁹⁴ ont généralement réinvesti la formule *Mathieu-Mohin et Clerfayt* traditionnelle ; signe d'un penchant à préserver des symboles immuables, telle la protection de la substance du droit, dont la réalisation passe pourtant par des mécanismes concrets et pratiques.

⁷⁸⁹ Selon les termes de l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* précité, § 52, « Les droits en question ne sont pas absolus. Comme l'article 3 (...) les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des limitations implicites (...). Dans leurs ordres juridiques internes respectifs, les États contractants entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions auxquelles l'article 3 (...) ne met en principe pas obstacle (...). Ils jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole no 1 (...); il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés (...) ».

⁷⁹⁰ Cour EDH, ch., *Zdanoka c/ Lettonie* précité (note n° 788), § 82 ; voir, dans la doctrine, M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 377.

⁷⁹¹ Voir l'arrêt de Grande chambre, § 104.

⁷⁹² Quoi qu'il soit possible, spécifiquement au droit prévu par l'article 3 du Protocole n° 1, d'en considérer l'identification à la libre expression de l'opinion du peuple (§ 115, c)). Cela dit, l'ordre et le contexte immédiat de cette référence n'est pas respectueux d'une approche absolutiste claire.

⁷⁹³ Voir l'arrêt de Grande chambre, § 115. Un autre exemple significatif de l'affirmation théorique de l'équivalence provenait de l'arrêt de chambre *Tănase et Chirtoacă c/ Moldova*, du 18 novembre 2008 (comm. J.-F. FLAUSS, *RTDH*, 2009, n° 79, pp. 851-866), § 104, la Cour y reformulant le modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt* au travers des seules triples conditions justificatoires classiques des ingérences aux droits de la Convention. Cela étant, une telle explicitation de la conception relative a été passée sous silence par la Grande chambre (arrêt précité, note n° 459) dans le rappel des principes applicables (§ 161), mais imprègne manifestement son raisonnement pratique (§ 162).

⁷⁹⁴ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., *Paksas c/ Lituanie* précité (note n° 459), § 96 ; Cour EDH, Gde ch., *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c/ Grèce* précité (note n° 341), § 64 ; Cour EDH, *Oran c/ Turquie* précité (note n° 344), § 49 ; Cour EDH, 13 octobre 2015, *Riza et autres c/ Bulgarie*, req. n° 48555/10 ; 48377/10, §§ 142 ; 153 ; chron. E. DECAUX, P. TAVERNIER et M. BOUMGHAR, *JDI*, 2016, n° 4, pp. 1376-1379 ; Cour EDH, 12 janvier 2016, *Parti Pour Une Société Démocratique (DTP) et autres c/ Turquie*, req. n° 3840/10 ; 3870/10 ; 3878/10 ; 15616/10 ; 21919/10 ; 37272/10 ; 39118/10, § 120.

415. BILAN DE L'ANALYSE. Cette présentation générale concernant la jurisprudence propre à la catégorie de droits susceptibles de limitations implicites aura certainement permis d'attester d'une diffusion de la conception relative parmi ces domaines ; si cette progressive conquête s'appuie principalement, encore aujourd'hui, sur la mise en œuvre d'une équivalence pratique, elle a aussi donné lieu à une reconnaissance directe sur le plan des principes applicables, dont la pérennité reste toutefois variable. Entre tous, c'est le domaine principal d'expression de la protection de la substance du droit qui offre l'exemple le plus intéressant d'un tel processus.

§ II. L'exemple particulier du droit à un tribunal (article 6, § 1 CEDH)

416. UN DEPLOIEMENT EN TROIS PHASES. Non seulement la jurisprudence propre au droit à un tribunal illustre généralement de la propagation de la conception relative, mais surtout, elle donne spécifiquement à voir l'évolution graduelle du raisonnement de la Cour⁷⁹⁵. Celle-ci consiste essentiellement en trois étapes chronologiques : l'apparition première d'une confusion de la protection de la substance du droit et de la proportionnalité durant la mise en œuvre de l'examen (A), objet d'un glissement perceptible sur le plan des principes applicables (B), pour y être, enfin, explicitement consacrée (C).

A) L'essor de la confusion pratique

417. DEUX EXEMPLES REVELATEURS. En matière de droit à un tribunal, la dérive de la conception – tenue pour absolue depuis l'arrêt de principe *Ashingdane* – de la protection de la substance du droit a communément débuté par son rapprochement « à l'usage » de la proportionnalité. Le sens et les modalités de leur équivalence matérielle ayant largement été abordés lors du précédent *Chapitre*, il s'agira de s'arrêter seulement sur les arrêts révélateurs de l'extension relativiste qui n'ont déjà été étudiés. Si l'admission de l'équivalence avait d'abord été entourée d'une certaine prudence⁷⁹⁶, elle a connu une nette affirmation⁷⁹⁷ avec les arrêts *Levages Prestations Services c/ France*⁷⁹⁸, du 23 octobre 1996, et *Brualla Gomez de la*

⁷⁹⁵ Sur la question, voir généralement, E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, op. cit., pp. 460-461 ; et S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 453-456.

⁷⁹⁶ Voir Cour EDH, *Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni* précité (note n° 681), §§ 61-67.

⁷⁹⁷ Rappelons, s'agissant des arrêts illustrant une confusion pratique, Cour EDH, Gde ch., *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne* précité (note n° 320), § 69.

⁷⁹⁸ Cour EDH, 23 octobre 1996, *Levages Prestations Services c/ France*, req. n° 21920/93, § 42 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 1997, n° 1, pp. 251-253 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 1997, I, 4000, p. 74 ; suivant cette ligne, Cour EDH, 3 décembre 2002, *Berger c/ France*, req. n° 48221/99, § 32 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2003, I, 109, p. 232 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 2003, n° 2, pp. 527-528.

Titre 2 – Chapitre 1. La progressive diffusion de la conception relative de la protection de la substance du droit

*Torre c/ Espagne*⁷⁹⁹, du 19 décembre 1997. Dans la première affaire, relative à un motif formel d'irrecevabilité automatique d'un pourvoi en cassation au civil, le juge européen a concrétisé les conditions de conventionnalité, propres au modèle *Ashingdane*⁸⁰⁰, en explicitant les liens et critères de réalisation. Il a ainsi précisé que pour « s'assurer que la déclaration d'irrecevabilité n'a pas porté atteinte à la substance même du "droit" de la requérante "à un tribunal", la Cour recherchera d'abord si les modalités d'exercice du pourvoi en cassation, spécialement quant à la production des pièces, pouvaient passer pour prévisibles aux yeux d'un justiciable, et partant, si la sanction de leur non-respect n'a pas méconnu le principe de proportionnalité » (nous soulignons)⁸⁰¹.

Dans la seconde affaire citée, traitant également de l'irrecevabilité d'un pourvoi en cassation en matière civile, fondée sur une loi de procédure rétroactive, c'est à travers la mise en œuvre de son contrôle que l'on saisit l'équivalence pratique de la protection de la substance du droit et de la proportionnalité. Inversement à l'ordre commandé par le modèle *Ashingdane* – là encore préalablement invoqué⁸⁰², l'examen du juge européen s'est porté en dernier lieu sur la condition de protection de la substance du droit⁸⁰³, pour conclure généralement que « la requérante n'a pas subi une entrave disproportionnée à son droit d'accès à un tribunal et que, dès lors, il n'y a pas eu atteinte à la substance » (nous soulignons)⁸⁰⁴.

418. BILAN DE L'ANALYSE. Aussi, qu'il s'agisse des critères concrets de contrôle, du contrôle lui-même, ou bien de sa solution, ces arrêts manifestent expressément l'emprise de la conception relative sur le terrain du droit à un tribunal particulièrement. Remarquons, d'ailleurs, que si la Cour a depuis longtemps dépassé le seuil d'une confusion strictement pratique, beaucoup d'arrêts récents en font toujours montre⁸⁰⁵.

⁷⁹⁹ Cour EDH, 19 décembre 1997, *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne*, req. n° 26737/95, §§ 34-39.

⁸⁰⁰ Cour EDH, *Levages Prestations Services c/ France* précité, § 40 (rappelons-en les termes : « le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès constitue un aspect (...), n'est pas absolu; il se prête à des limitations implicitement admises, notamment pour les conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat qui jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation (...). Toutefois, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable d'une manière ou à un point tels que son droit d'accès à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même; enfin, elles ne se concilient avec l'article 6 par. 1 (art. 6-1) que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »).

⁸⁰¹ Cour EDH, *Levages Prestations Services c/ France* précité, § 42.

⁸⁰² Cour EDH, *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne* précité, § 33.

⁸⁰³ Cour EDH, *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne* précité, § 36.

⁸⁰⁴ Cour EDH, *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne* précité, § 39.

⁸⁰⁵ Parmi d'autres, voir Cour EDH, *Sik c/ Grèce* précité (note n° 679), §§ 17 et s. (notamment § 19) ; Cour EDH, *Mazzoni c/ Italie* précité (note n° 671), §§ 42 et s. (notamment § 48) ; Cour EDH, 21 juin 2016, *Nait-Liman c/ Suisse*, req. n° 51357/07, §§ 106 et s. (notamment § 108) ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2016, doct. 834, p. 1429 ; Cour EDH, 15 septembre 2016, *Trevisanato c/ Italie*, req. n° 32610/07, §§ 35 et s. (notamment § 47).

B) Les prémices de l'assimilation théorique

419. UN GLISSEMENT JURISPRUDENTIEL. Une faille dans le maintien du modèle fondateur avait déjà percé à l'occasion de l'arrêt *Fayed*⁸⁰⁶, s'agissant de la publication du rapport d'inspecteurs traitant des affaires d'une société anonyme appartenant aux requérants. Le juge y avait reconnu que les principes composants le traditionnel modèle *Ashingdane*⁸⁰⁷ « traduisent le processus, inhérent à la mission que la Convention assigne à la Cour, consistant à maintenir un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » (nous soulignons). Faisant ainsi équivaloir les conditions, jusqu'alors minutieusement distinguées sur le plan des principes applicables, avec l'expression conventionnelle du principe de proportionnalité (telle qu'elle s'illustre dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*), le message paraissait sans équivoque.

Plus généralement, un tel glissement de conception s'est notablement manifesté à travers le rappel du modèle *Ashingdane* même. Ainsi, dès les années 2000, le juge de Strasbourg a subrepticement fait évoluer sa formulation de principe s'agissant de sa syntaxe. L'arrêt de Grande chambre *Omar c/ France*⁸⁰⁸, du 29 juillet 1998, marque le premier exemple de ce virage. Ayant pour objet l'irrecevabilité du pourvoi en cassation de condamnés ne s'étant pas constitués prisonniers, il fait état d'un modèle *Ashingdane* resserré : la protection de la substance du droit, d'une part, et les conditions suivantes, d'autre part, ne sont plus séparées que par des points, sans locution adverbiale. Le choix de cette forme d'énoncé a pour effet l'impression d'un rapprochement. Or, elle se voit amplifiée, quelques mois plus tard, par l'usage d'une ponctuation encore plus souple consistant dans de simples virgules séparant les différentes conditions. Aussi, dans l'arrêt *Aït-Mouhoub c/ France*⁸⁰⁹, du 28 octobre 1998, concernant l'irrecevabilité de plaintes avec constitution de partie civile pour défaut de consignation, le juge a réaffirmé que si des limitations implicites sont bien admises au titre du droit à un tribunal, celles-ci « *ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable d'une manière ou à un point tels que son droit d'accès à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même, et ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but*

⁸⁰⁶ Cour EDH, *Fayed c/ Royaume-Uni* précité (note n° 623), § 65.

⁸⁰⁷ Voir *supra*, n° 224-226.

⁸⁰⁸ Cour EDH, Gde ch., *Omar c/ France* précité (note n° 477), § 34.

⁸⁰⁹ Cour EDH, 28 octobre 1998, *Aït-Mouhoub c/ France*, req. n° 22924/93, Recueil 1998-VIII, § 52 ; chron. F. SUDRE, *RDP*, 1999, n° 3, pp. 886-888.

visé ». Bien que conservatrice d'une distinction formelle, par le biais de la conjonction de coordination « *et* », cette formulation témoigne implicitement de l'équivalence entre la première condition de protection de la substance du droit – qui semble recevoir le statut de critère général de conformité à la Convention – et les deux autres conditions citées – qui le concrétisent.

420. BILAN DE L'ANALYSE. Tandis que la modification structurelle sensible de la formule *Ashingdane* témoignait dès lors d'un assouplissement théorique, notamment entre la protection de la substance du droit et la proportionnalité, une dernière étape a été franchie avec la consécration principielle explicite de leur assimilation par le juge européen.

C) L'explicitation de l'assimilation théorique

421. UNE AFFIRMATION PRINCIPIELLE DU RELATIVISME. Prolongeant le relâchement de l'énoncé *Ashingdane*, l'arrêt *Annoni Di Gussola et autres c/ France*⁸¹⁰, du 14 novembre 2000, et relatif à la radiation d'affaires du rôle de la Cour de cassation en raison de la non-exécution des jugements antérieurs, a fait expressément apparaître l'égalité entre la formule fondatrice et le test de proportionnalité des mesures litigieuses. Cela dit, c'est dans le jugement de Grande chambre *T.P. et K.M.* de 2001, concernant également la radiation du rôle – pour défaut de motif d'agir en justice – d'une affaire de négligence publique, que le juge a été le plus explicite. Visant l'arrêt *Ashingdane*, il a précisé que « *lorsque l'accès de l'individu au juge est restreint par la loi ou dans les faits, la Cour examine si la restriction touche à la substance du droit et, en particulier, si elle poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »⁸¹¹ (nous soulignons).

Une approche similaire ressort de l'arrêt *Kreuz c/ Pologne*⁸¹², du 19 juin 2001, dans laquelle il est loisible de noter l'orientation ouvertement relativiste du requérant alléguant le caractère excessif des frais légaux de procédure portant atteinte à la substance même de son droit à un

⁸¹⁰ Cour EDH, 14 novembre 2000, *Annoni Di Gussola et autres c/ France*, req. n° 31819/96 ; 33293/96, Recueil des arrêts et décisions 2000-XI, § 53 ; comm. J.-P. MARGUENAUD, *RTD Civ.*, n° 2, 2001, pp. 445-447 ; chron. F. SUDRE, *RDP*, 2001, n° 3, pp. 675-678. Voir, dans la même idée, Cour EDH, Gde ch., *Kart c/ Turquie* précité (note n° 381), § 79, dont l'expression est encore plus frappante sur le terrain de l'application des principes (§ 93).

⁸¹¹ Cour EDH, Gde ch., *T.P. et K.M. c/ Royaume-Uni* précité (note n° 653), § 98.

⁸¹² Cour EDH, 19 juin 2001, *Kreuz c/ Pologne*, req. n° 28249/95, Recueil des arrêts et décisions 2001-VI, §§ 54-55 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2001, I, 342, pp. 1560-1561. Voir récemment, Cour EDH, 15 septembre 2015, *Mogielnicki c/ Pologne*, req. n° 42689/09, §§ 49-50 ; note N. FRICERO, *Procédures*, n° 11, pp. 22-23.

tribunal⁸¹³. A l'occasion du rappel des principes applicables, la Cour a quant à elle noté que dans l'ensemble des affaires citées en tant que précédents relatifs au conditionnement procédural – particulièrement financier – du droit à un tribunal, elle « *a vérifié si les limitations appliquées n'avaient pas restreint l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en était trouvé atteint dans sa substance même* » ; et la Cour de souligner « *à cet égard (...) qu'une limitation de l'accès à une cour ou à un tribunal ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » (nous soulignons)⁸¹⁴. Remarquons, au surplus, qu'au terme de son examen le juge européen a déduit des éléments portés à sa connaissance le caractère excessif des frais demandés par les juridictions polonaises, contraignant le requérant à se désister de l'instance sans avoir pu faire entendre sa cause, en atteinte à l'essence même de son droit d'accès à un tribunal et conclu, dès lors, à l'existence d'une restriction disproportionnée audit droit⁸¹⁵.

422. BILAN GENERAL DES ANALYSES. Le domaine du droit à un tribunal de l'article 6, paragraphe 1, illustre typiquement la mutation de l'appréhension de la protection de la substance du droit dans la jurisprudence européenne, notamment concernant la catégorie des droits susceptibles de limitations implicites. Une lecture chronologique a ainsi permis d'en révéler la progressive déviation relative, lors de la mise en œuvre concrète d'abord, puis au stade de l'énoncé abstrait des principes du raisonnement judiciaire. Malgré une tendance générale croissante sur chacun de ces plans, il semble que la Cour de Strasbourg assume plus volontiers le recours pratique à l'assimilation de la protection de la substance du droit à la proportionnalité, que son affirmation principielle, préférant souvent continuer d'invoquer des modèles fondateurs, d'approche absolue, propres aux droits cités dans cette *seconde Section*. Nourrissant ainsi l'ambivalence, la Cour européenne développe une jurisprudence mixte, manquant de cohérence, et complexe à saisir.

⁸¹³ Cour EDH, *Kreuz c/ Pologne* précité, §§ 36 et s. Notons, incidemment, le caractère général qui semble là aussi être conféré à la protection de la substance du droit, condition (ou critère) bornant en amont et en aval le raisonnement exposé par le requérant (voir *supra*, fin n° 419).

⁸¹⁴ Cour EDH, *Kreuz c/ Pologne* précité, §§ 54-55.

⁸¹⁵ Cour EDH, *Kreuz c/ Pologne* précité, §§ 66-67.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

423. Ayant régulièrement argué la prédominance d'une conception relative de la protection de la substance du droit, la démonstration de l'étendue concrète de son influence au sein du système conventionnel prenait un caractère décisif. Une fois n'est pas coutume, les données empiriques devaient avoir raison des lieux communs : la catégorie des droits passibles de limitations explicites ne saurait nécessairement représenter la sphère d'expression suprême de la conception relative. De nature diversifiée, les manifestations distinguées sur ces terrains ont pu être classées en deux ensembles, regroupant d'une part les formes de type général, d'autre part celle propre au droit de propriété. Ressortent ainsi du premier ensemble les manifestations de la protection de la substance du droit qui servent principalement à valoriser un domaine spécifique du droit, ou à mettre l'accent sur l'intensité de l'atteinte. Sur le terrain prolifique du droit de propriété, la forme tout à fait particulière exposée semble connaître une concurrence potentielle, laissant imaginer la généralisation d'une protection de la substance du droit correspondant à une condition de conventionnalité des atteintes aux droits.

424. Par renversement, alors que la jurisprudence propre aux droits susceptibles de limitations implicites devait être acquise à la conception absolue, nous avons observé un transfert globalisé vers la conception relative. Ce processus a ainsi débuté avec le remplacement ou concrétisation pratique de la protection de la substance du droit par la logique proportionnaliste, et abouti à une reformulation des modèles fondateurs reconnaissant l'assimilation des deux instruments. Cette progression de la conception relative est particulièrement flagrante sur le terrain du droit à un tribunal, telle qu'une présentation par étapes (et arrêts) marquantes a pu l'attester. Nonobstant la préférence du juge européen pour une confusion pratique, la ponctualité de l'explicitation de celle-ci sur le plan des principes applicables ne doivent pas faire douter de sa profonde adhésion à la conception relative. Cependant, les lacunes, variations, ambiguïtés de la jurisprudence en matière de protection de la substance du droit généralement conduisent à plaider pour l'évolution future de la notion.

CHAPITRE 2. LE DESSEIN D'UNE METAMORPHOSE PERENNE DE LA PROTECTION DE LA SUBSTANCE DU DROIT

425. UNE QUETE CONCEPTUELLE. Tandis que l'examen global de la jurisprudence européenne a dévoilé la grande hétérogénéité d'usage de la protection de la substance du droit au sein du système – sensiblement surplombée d'un réalisme judiciaire, il est permis de s'interroger sur une appréhension véritablement satisfaisante de cette notion : satisfaisante sous l'angle juridico-social tout d'abord, autrement dit lisible et stable aux yeux de ceux à qui s'adressent le droit de la Convention (les titulaires et requérants potentiels) ; satisfaisante sous l'angle théorique ensuite, eu égard à la clarté et à la cohérence de la matière, ainsi qu'à l'adéquation de l'appréhension avec l'office du juge européen dans la garantie réelle et efficace des droits ; satisfaisante, enfin, sous l'angle pratique, à travers la transparence liée à la mise en œuvre de la protection de la substance du droit, attestant sa pertinence et son utilité concrète. S'il convient d'admettre qu'une refonte conceptuelle suivant ces critères continuerait, de fait, de s'inscrire dans la perspective réaliste, il paraît impératif de repenser, voire même de *construire* l'acception réaliste de la protection de la substance du droit.

Les conséquences de l'état latent de confrontation des deux conceptions principales, ainsi que les écueils propres à chacune, nous imposent de sortir de la dualité nocive (*Section 1*) dans laquelle nous avons jusqu'à présent (cru) enfermé la protection de la substance du droit. Or, la préservation de sa finalité première de mécanisme de protection des droits de la Convention semble pouvoir être assurée par l'exigence d'effectivité (*Section 2*), pilier du système conventionnel et de la garantie des droits, et rendre possible son abandon formel.

Section 1. Le nécessaire dépassement de la dualité conceptuelle de la protection de la substance du droit

426. L'ECHEC DE LA GRILLE DE LECTURE CLASSIQUE. Alors que l'ensemble de l'analyse de la protection de la substance du droit, dans le cadre conventionnel, a été structuré autour de la double lecture absolue et relative, théories rendues inévitables par leur poids (à tout le moins historique et symbolique) au sein des systèmes juridiques considérés, il paraît *in fine* préférable de l'abandonner. Les enseignements tirés des jugements strasbourgeois conduisent, effectivement, à distinguer deux raisons de dépasser la dualité classique. La première, de nature empirique, tient dans le caractère pernicieux du constat de variation chronique émanant de la jurisprudence européenne en la matière (§I). La seconde raison, résultant d'une conjecture théorique, consiste en l'impasse à laquelle la pleine réalisation de l'une ou l'autre des deux conceptions précitées conduirait (§II).

§ I. La nocivité de la variabilité conceptuelle

427. UN ETAT DE FLUCTUATION CONCEPTUELLE GLOBAL. Prise dans sa globalité, la jurisprudence de la Cour européenne relative à la protection de la substance du droit donne l'image d'un ensemble disparate dont l'objet est polymorphe, répondant alternativement aux deux logiques conceptuelles étudiées. Cette mixité, ressortant tant de l'examen opéré sous l'angle absolu que relatif, concerne en effet la plupart des terrains en la matière, et s'observe particulièrement au sein d'un même domaine et d'une même affaire⁸¹⁶. Aussi, du simple voisinage des deux conceptions à leur imbrication pratique, l'appréhension de la protection de la substance du droit par le juge européen apparaît résolument instable. Si le juge tire certainement de l'équivocité de la notion une commodité d'usage, elle trouble nécessairement la compréhension du lecteur. Précisément, cette variabilité constitue une source de complexité (A), d'une part, et d'insécurité juridique (B), d'autre part, générant confusion et imprévisibilité chez le destinataire des arrêts de la Cour européenne. Déjà approchées durant la présentation de la thèse absolutiste pragmatique, de telles critiques reçoivent ici un sens sensiblement différent et une résonance supérieure puisqu'elles désignent l'ensemble de la jurisprudence propre à la matière.

⁸¹⁶ Petr MUZNY évoquant notamment « la présence d'une confusion axiomatique gagnant progressivement en profondeur » (« Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 988).

A) Une source de complexité

428. SOUS L'ANGLE DU JUGE STRASBOURGEOIS. Sans exagérer les bénéfices supposés de la variabilité conceptuelle pour le juge européen, il paraît pertinent de commencer par ce point de vue, avant d'en aborder les conséquences – en termes de complexité du raisonnement judiciaire – sur les destinataires des jugements. La constante perpétuation, depuis la consécration de la protection de la substance du droit dans le système de la Convention, de l'oscillation entre les deux conceptions principales trahie assurément l'utilité d'une telle pratique. Celle-ci semble ainsi trouver une double cause. On devine, en premier lieu, une dimension de légitimation derrière le phénomène : en préservant une référence même sporadique et implicite à l'idéal (et à l'illusion subséquente) transmis par la conception absolue, le juge européen peut ainsi continuer de puiser dans l'image mythologique du Juge à la conduite guidée par des principes préexistants et transcendants, révélés par lui-même. En second lieu, la conception fluctuante de la Cour européenne s'agissant de la protection de la substance du droit sert probablement ses intérêts pratiques, en lui laissant ouverte la voie de la mise en œuvre relative. Ces deux considérations se verraient équivalement et parallèlement comprises par la posture théorique variable du juge. Cela dit, loin s'en faut qu'elle engendre la même utilité pour les destinataires des arrêts de la Cour européenne.

429. SOUS L'ANGLE DES DESTINATAIRES DES JUGEMENTS STRASBOURGEOIS. Les effets pratiques des justifications à la variabilité conceptuelle envisagées ci-dessus paraissent tout à fait opposés en ce qui concerne le lecteur de la jurisprudence strasbourgeoise. Il semble, tout d'abord, qu'au lieu d'asseoir son autorité morale, la pratique judiciaire en cause soit susceptible de l'affecter, engendrant un sentiment de manipulation face à l'idéalisme affiché du juge, lequel reste régulièrement lettre morte dans la réalité du contrôle à l'espèce. Par ailleurs, au confort pour la Cour d'une telle oscillation conceptuelle s'oppose la perte de lisibilité des jugements européens. En se gardant, d'une part, de définir les conceptions de la protection de la substance du droit mobilisées, et d'autre part, de procéder à un choix durable entre celles-ci – dans le cadre d'un domaine particulier à tout le moins, la Cour de Strasbourg rend tout à fait confus l'usage de la notion ; ce, particulièrement pour un individu qui ne maîtrise pas le langage et les outils juridiques, et s'en tiendra par conséquent à une compréhension générale des arrêts⁸¹⁷. Ce défaut d'intelligibilité de la jurisprudence – et donc du droit conventionnel, largement – est spécialement problématique au regard de l'exigence de sécurité juridique prônée par la Cour elle-même.

⁸¹⁷ Voir, notamment, P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, p. 988.

B) Une source d'insécurité juridique

430. SOUS L'ANGLE DU JUGE STRASBOURGEOIS. Dans la continuité des propos ci-dessus, il ne fait aucun doute que la variabilité de conception de la protection de la substance du droit offre au juge européen un autre bénéfice principal, déjà pointé : celui de ne pas se contraindre juridiquement. En effet, en évitant de choisir entre deux conceptions auxquelles il a dès lors le loisir de recourir à sa convenance, le juge conserve une pleine liberté de jugement des affaires portées devant lui. Cependant, ce gain de flexibilité d'un côté doit être regardé avec circonspection à l'aune des exigences – élevées – qu'a fixées la Cour européenne en matière de sécurité juridique, à la faveur des justiciables.

431. SOUS L'ANGLE DES DESTINATAIRES DES JUGEMENTS STRASBOURGEOIS. Au-delà de l'incompréhension première qu'elle génère, la fluctuation de la protection de la substance du droit entraîne consécutivement une situation d'insécurité juridique dans le système conventionnel. Effectivement, les destinataires de la jurisprudence ne sont alors pas en mesure de déterminer l'effet produit par la notion, et plus précisément, si elle va produire un effet (en tant que tel) ou non⁸¹⁸. Or, directement relié au principe général de prééminence du droit inscrit dans le Préambule de la Convention⁸¹⁹, le principe de la sécurité juridique reçoit une attention croissante⁸²⁰, de plus en plus souvent associé à la confiance légitime⁸²¹, dans la jurisprudence européenne. « *Inhérent au droit de la Convention* »⁸²², il vise ainsi le sens attaché au droit à travers le temps – non seulement « donné » par la disposition elle-même, mais surtout interprété par le juge, imposant aux tribunaux une règle de stabilité sémantique certaine. Alors que des divergences d'interprétations – naturelles à tout système judiciaire – peuvent être admises entre les juridictions d'un même ordre, ainsi qu'au sein d'une même juridiction⁸²³, elles ne sauraient être considérées comme « *profondes et persistantes* », et

⁸¹⁸ Critique déjà abordée sous l'angle de l'analyse de la thèse absolutiste pragmatique (voir globalement *supra*, n° 358).

⁸¹⁹ Le principe de la sécurité juridique constituant « *l'un des éléments fondamentaux de l'Etat de droit* » et l'« *un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit* » (voir, notamment, Cour EDH, Gde ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin c/ Turquie*, req. n° 13279/05, §§ 56-57 ; chron. E. DECAUX, P. TAVERNIER et M. BOUMGHAR, *JDI*, 2012, n° 3, pp. 1038-1040 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2012, doct. 87, pp. 164-165 ; également, M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CCC*, n° 11, 2001, p. 94.

⁸²⁰ « *Implicite dans l'ensemble des articles de la Convention* », il a aussi été qualifié de « *principe général* » par le juge européen (Cour EDH, 28 mars 2000, *Baranowski c/ Pologne*, req. n° 28358/95, Recueil des arrêts et décisions 2000-III, §§ 52 ; 56).

⁸²¹ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., *Nejdet Şahin and Perihan Şahin c/ Turquie* précité, §§ 57-58.

⁸²² Cour EDH, *Marckx c/ Belgique* précité (note n° 718), § 58.

⁸²³ A titre d'exemple, Cour EDH, *Santos Pinto c/ Portugal* précité (note n° 329), § 41

devraient s'accompagner de mécanismes régulateurs de ces incohérences⁸²⁴. Notons, plus largement, que les changements jurisprudentiels sont strictement encadrés par le juge européen qui requiert des « *raisons substantielles* »⁸²⁵ pour le changement d'une jurisprudence considérée comme « *bien établie* ». Enfin, il convient de rappeler que la loi, ainsi que la jurisprudence venant la compléter, doivent être suffisamment accessibles, précises et prévisibles⁸²⁶, soit d'une qualité propre à satisfaire la condition de légalité des restrictions vérifiée par le juge européen ; aussi, cela implique pour leurs auteurs d'être attentifs à définir ce que la loi, en général, recouvre et à en expliciter les modalités d'exercice⁸²⁷.

Ces principes mis en perspective de la question qui nous préoccupe, il apparaît que, sans pouvoir évoquer de véritable contradiction dans la jurisprudence européenne⁸²⁸ s'agissant particulièrement de l'ambivalence logique d'un outil de contrôle au fond, une certaine « *incertitude juridique découlant de l'inconstance dans la pratique* » de la juridiction⁸²⁹ soit toutefois notable. Ainsi, selon la manière dont la Cour appréhende la protection de la substance du droit tenant à la conception adoptée, les parties aux litiges peuvent s'attendre soit à une solution basée sur la préservation inconditionnelle d'une part du droit, soit à la garantie souple d'intérêts attachés au droit, compte tenu d'intérêts adverses. On peut, cela dit, objecter qu'avec la tendance lourde à l'assimilation concrète de la notion à la proportionnalité, le paramètre conceptuel n'endommage en rien la teneur du contrôle réalisé, puisqu'elle n'y recouvre qu'un aspect symbolique et non matériel. Néanmoins, c'est en réalité sous l'angle de la compréhension et, par-là, des attentes des destinataires de la jurisprudence – et titulaires des droits de la Convention – qu'il faut avant tout apprécier la question de l'instabilité conceptuelle. Ceux-là sont-ils en mesure, au regard de la jurisprudence rendue, de saisir – et donc de prévoir – les effets de la protection de la substance du droit au sein du contrôle des limitations globalement ? Cela ne semble pas pouvoir être le cas. Or, le garant institutionnel et interprète authentique du droit de la Convention ne devrait-il pas spécialement veiller à s'appliquer les préceptes qu'il fixe aux Etats membres du Conseil de

⁸²⁴ Voir, pour l'explicitation de ces principes, Cour EDH, Gde ch., *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c/ Turquie* précité (note n° 819), §§ 49-58.

⁸²⁵ Cour EDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c/ « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, req. n° 36815/03 ; chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2010, doct. 859, p. 1588.

⁸²⁶ Voir Cour EDH, Plén., 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni (n° 1)*, req. n° 6538/74, A30 ; chron. P. ROLLAND, *JDI*, 1980, n° 2, pp. 471-475.

⁸²⁷ Voir, généralement, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 210.

⁸²⁸ Bien que certains auteurs aient pu souligner l'incohérence de solutions concernant des espèces comparables, tant dans le résultat même, que dans le processus déployé eu égard à la conception de la protection de la substance du droit (voir, quant au contentieux du droit à un tribunal, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, op. cit., pp. 449-453).

⁸²⁹ Cour EDH, Gde ch., *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c/ Turquie* précité, § 54.

l'Europe ? Il en va non seulement du respect des droits de l'homme protégés par l'instrument européen, mais aussi de la préservation d'une Europe de droit, fondée sur la confiance et l'adhésion citoyenne dans un tel système institutionnel, juridique et politique. Cela étant, la critique soulevée ici à l'égard de la jurisprudence européenne n'est de loin spécifique à la protection de la substance du droit, et se confond dans une certaine mesure avec celle qui affecte généralement les notions juridiques modernes dites floues.

432. BILAN DE L'ANALYSE. Paroxysme de l'étude de la protection de la substance du droit dans le système conventionnel, la démonstration de la nocivité de l'appréhension fluctuante par le juge strasbourgeois est patente et inéluctable. Cependant, tout aussi dérangeante pour la notion – ainsi que pour la pertinence et la qualité du droit conventionnel – serait la pleine mise en application de l'une ou l'autre des deux conceptions de la protection de la substance du droit développées.

§ II. L'impasse d'une mise en œuvre exclusive

433. DES CONCEPTIONS PROPREMENT INSATISFAISANTES. Tandis que l'alternance entre les deux conceptions classiques de la protection de la substance du droit apparaît foncièrement nocive, il est vraisemblable que le choix exclusif de l'absolutisme aboutirait à renforcer l'écueil du caractère illusoire (A), tout autant que le privilège du relativisme accentuerait l'inutilité entière de la notion dans l'ordre juridique conventionnel (B).

A) L'implacable écueil du caractère illusoire

434. UNE SIMULATION AUX RESULTATS DELETERES. Au-delà des reproches et observations antérieurement formulés à l'encontre de la thèse absolutiste, l'hypothèse d'une adoption pleine et exclusive de ladite conception absolue ne semble, pas davantage que sa mise en œuvre partielle, en mesure de constituer une voie satisfaisante d'évolution de la protection de la substance du droit.

On aurait, en effet, pu croire que les défaillances en la matière provenaient d'une imparfaite réalisation de l'idéal absolutiste dans la jurisprudence de la Cour européenne, suivant l'angle de lecture propre au *second Titre* de la *première Partie*. Or, on peut rapidement conjecturer que c'est principalement en raison de sa nature idéale, inhérente à la conception absolue, que celle-ci ne saurait être résolue par l'adhésion totale du juge européen, bien au contraire. Par définition, un idéal ne peut être pleinement atteint, puisqu'il appartient intrinsèquement au domaine des idées, et n'a donc pas à trouver d'ancrage dans la réalité. Nous savons que

l'illusion consiste précisément ici dans une perception juridique figée, et subséquemment, de l'élément central – substantiel – de chaque droit. Elle implique, dès lors, la légitimité du juge européen dans la détermination prétorienne de la substance du droit, indispensable à la garantie de son intangibilité, d'une part, et une ambition de fixation du droit véhiculée par le juge, d'autre part⁸³⁰. Par la généralisation de la référence à la conception absolue, ce dernier ne ferait qu'accroître l'écart entre l'illusion et la réalité, s'agissant de la nature du droit et des considérations judiciaires pratiques notamment. A cet égard, insistons tout d'abord sur la délicate adéquation d'une appréhension manichéenne de la conventionnalité de l'atteinte – reposant exclusivement sur le contenu du droit affecté et son intensité – à la logique globale des droits de l'homme garantis par ce système. Par ailleurs, l'imposition d'une obligation de respect de la substance intangible s'agissant de chacun des droits conventionnels, constituant une charge très lourde à l'endroit des Etats membres, pourrait se révéler difficilement observable eu égard aux formes de raisonnement complexe (multi-factoriel), dynamique (évolutif) et finaliste (efficace) qui prévalent à la gestion des affaires publiques. Finalement, on distingue mal comment la Cour de Strasbourg pourrait s'extraire d'un tel enfermement idéaliste hormis en accentuant le double discours actuellement exercé, sous peine de voir s'intensifier les critiques de défaut de transparence et de cohérence de la jurisprudence, voire de manipulation de ses destinataires⁸³¹.

435. BILAN DE L'ANALYSE. L'illusion d'une issue à la variabilité conceptuelle de la protection de la substance du droit par la pleine adhésion à la conception absolue n'est donc qu'un leurre, puisque la difficulté essentielle d'une telle conception en sortirait renforcée. Tel semblerait également être le cas d'un relativisme exclusif, dont l'utilité serait alors particulièrement contestée.

B) L'implacable écueil du caractère inutile

436. UNE SIMULATION AUX RESULTATS NULS. A l'instar des prévisions énoncées s'agissant du travers absolutiste, la pleine appréhension de la protection de la substance du droit à travers la thèse relativiste en exacerberait l'obstacle principal. S'il était tentant de croire, concernant la conception absolue, qu'elle pourrait à elle seule constituer une issue empirique, le relativisme pur conduit indubitablement à l'impasse. Il semble quasiment impropre de le considérer comme une véritable conception de la protection de la substance du droit, tant il a

⁸³⁰ Voir, quant à ces deux points, les questionnements soulevés notamment *supra*, n° 34 ; 39.

⁸³¹ Voir, sur la mise en lumière de ces divers risques, P. MUZNY, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 1001-1003.

vocation à en établir l'inutilité. En réalité, une telle théorie s'attache fondamentalement au principe de proportionnalité. Cela étant dit, il convient de remarquer laconiquement qu'en supposant l'adoption unique d'une telle conception par le juge européen, elle aurait pour conséquence l'identité et le remplacement intégral de la protection de la substance du droit par la proportionnalité. Ce choix, rendant tout à fait équivalent la première notion à la seconde, soit condamnerait le recours à la protection de la substance du droit à n'être que superflu, soit risquerait d'apporter de la confusion – d'ordre sémantique, mais sans aucun effet au sein du contrôle – à la jurisprudence, en raison de leur utilisation interchangeable. Or, si l'on peut entendre la pertinence d'évincer un concept source – partiellement en lui-même – de tant de difficultés actuelles ou potentielles pour le droit conventionnel afin de ne conserver que les instruments socles de la clause d'ordre public, il semble que la protection de la substance du droit détienne des aspects, notamment quant à sa *ratio* ou raison d'être, à préserver ; sans négliger, non plus, la force de l'intégration de notions familières au raisonnement du juge.

437. BILAN GENERAL DES ANALYSES. Découle directement des précédentes analyses la nécessité de récuser les deux perspectives théoriques qui commandent traditionnellement l'appréhension de la protection de la substance du droit, leurs défauts conjoints ou individuels compromettant la qualité du droit conventionnel. Il semble néanmoins possible d'envisager une conception pérenne de la protection de la substance du droit, le sauvant de la désuétude à laquelle il se verrait autrement condamné ⁸³². Celle-ci passerait certainement par un renouvellement du réalisme – perspective la plus respectueuse de l'office concret du juge, se matérialisant spécifiquement dans la garantie de l'effectivité, qui transpire toute la logique de la protection de la substance du droit.

⁸³² Soulignons que pour certains auteurs, la notion se trouvant fondamentalement écartelée entre sa signification naturelle (renvoyant à la conception absolue) et son usage réel (renvoyant à la conception relative), elle doit être jugée viciée en tant que telle, et mériterait d'être purement et simplement supprimée (voir, à cet égard, P. Muzny, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *op. cit.*, pp. 1003-1004).

Titre 2 – Chapitre 2. Le dessein d'une métamorphose pérenne de la protection de la substance du droit

Section 2. L'issue réaliste de la protection de la substance du droit à travers l'exigence d'effectivité

438. UNE EXTRAPOLATION EMPIRIQUE PLAUSIBLE. Face à la déconstruction des canevas classiques de compréhension de la protection de la substance du droit, au sens conventionnel, une solution peut être proposée. Elle repose sur le constat empirique des relations de la notion qui nous préoccupe avec l'exigence d'effectivité (§I) des droits, consacrée par les juges de Strasbourg comme un principe central du système conventionnel⁸³³. Or, caractérisant « *une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »⁸³⁴, c'est bien l'effectivité que la Cour protège finalement lorsqu'elle fait usage de la notion sans reconnaître de substance du droit particulière, et même alors que la garantie assurée est de nature relative. D'où la suggestion de son remplacement par une exigence d'effectivité du droit (§II) – recouvrant alors des formes potentiellement inédites – qui viserait à satisfaire la finalité profonde de la protection de la substance du droit.

§ I. Une proximité notable

439. LE DOUBLE JEU DE L'EXIGENCE D'EFFECTIVITE. Il ressort de la lecture des arrêts de la Cour européenne que la protection de la substance du droit est souvent mise en relation avec la notion d'effectivité. Cependant, cette dernière paraît intervenir de manières distinctes – en termes de place dans le raisonnement du juge, de constance de l'évocation, et d'interprétation qui en est donnée – dans la jurisprudence en la matière. Aussi, le rapprochement évoqué peut soit prendre la forme d'un double principe de protection de la substance et de l'effectivité du droit (A), au titre des conditions de conventionnalité, ou bien se concrétiser dans une attention portée à l'exigence d'effectivité déterminant le constat de respect ou non de la protection de la substance du droit (B).

A) La protection conjointe de la substance et de l'effectivité du droit

440. UNE COMBINAISON INITIÉE SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 3 DU PROTOCOLE N° 1. Une première série d'arrêts témoigne visiblement du lien établi par le juge européen entre la protection de la substance du droit et l'exigence d'effectivité du droit, en associant ensemble

⁸³³ Voir Cour EDH, ch., *Zdanoka c/ Lettonie* précité (note n° 788), § 82 ; également, dans la doctrine, F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Jus gentium », 2014, pp. 207-208.

⁸³⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 388. Voir également, s'agissant de la notion en général, l'introduction à la thèse de F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, op. cit, pp. 1 et s.

ces deux principes parmi les limites aux limitations étatiques. C'est dans l'arrêt de principe *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁸³⁵, dans le domaine de l'article 3 du Protocole n° 1, que la Cour européenne a pour la première fois établi cette protection commune, en affirmant notamment qu'« *il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité* » (nous soulignons).

441. CARACTERISTIQUES DE LA PREMIERE FORME DE RAPPROCHEMENT. On peut commencer par s'étonner du fait que le rapprochement ait été inauguré à l'égard des droits de vote et d'éligibilité prévus par le Premier protocole additionnel à la Convention. Effectivement, un an après l'arrêt de référence en matière de protection de la substance du droit concernant le droit à un tribunal⁸³⁶ – et alors même que l'expression primitive la plus éclatante de l'exigence d'effectivité du droit émane de ce terrain⁸³⁷, le juge européen a choisi le domaine de l'article 3 du Protocole n° 1 pour reconnaître leur relation. Cela ne s'expliquerait-il pas, une fois encore, par le besoin de contrebalancer la grande généralité et faible portée subjective de la disposition en cause, dictant au juge de faire preuve d'une retenue particulière ? Ainsi qu'il l'a admis au préalable sur la base des travaux préparatoires, « *dans leurs ordres juridiques internes respectifs, les États contractants entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions auxquelles l'article 3 (P1-3) ne met en principe pas obstacle* »⁸³⁸. Cependant, la Cour ne souhaitant laisser aux Etats membres une trop large marge d'appréciation, on peut supposer qu'elle a brandi le nouvel outil de l'effectivité pour souligner la dimension réelle de la garantie des droits, consubstantielle à l'engagement conventionnel. Rappelons, ensuite, qu'il ne s'agit pas de la première combinaison de la protection de la substance du droit⁸³⁹. Cela étant, compte tenu de la remarquable postérité du modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁸⁴⁰, c'est un duo manifestement adapté que le juge de Strasbourg a consacré en 1986.

Par ailleurs, s'agissant de la nature du rapprochement opéré, il convient de constater l'imbrication particulièrement ténue (pour ne pas parler d'assimilation) des deux notions en cause dans la jurisprudence propre à ce domaine. Elles se voient, en effet, généralement réunies sous le bandeau d'une même protection à double dénomination du droit de l'article 3

⁸³⁵ Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* précité (note n° 48), § 52.

⁸³⁶ Cour EDH, *Ashingdane c/ Royaume-Uni* précité (note n° 221).

⁸³⁷ On pense évidemment à l'arrêt Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73, A32, § 24 ; *GACEDH*, 7^e éd., n° 2, pp. 19-31.

⁸³⁸ Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* précité, § 52.

⁸³⁹ On pense notamment à la formule première de 1967, selon laquelle « *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* » (sur la question, voir *supra*, note n° 300).

⁸⁴⁰ Voir *supra*, n° 233.

du Protocole n° 1 contre les mesures le restreignant. En témoigne principalement leur constant rappel conjoint propre à la formule *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁸⁴¹. Si la notion d’effectivité est parfois employée séparément⁸⁴², il semble se dégager de la jurisprudence que la protection de la substance du droit – qui s’incarnerait dans la libre expression de l’opinion du peuple en matière électorale⁸⁴³ – correspond également à l’exercice effectif des droits de vote et d’éligibilité au sein des Etats du Conseil de l’Europe, lequel passe notamment par des procédures contenant des garanties suffisantes à éviter l’arbitraire⁸⁴⁴. Notons, *in fine*, que tout comme la protection de la substance du droit lorsqu’elle est évoquée au stade de l’application des principes à l’espèce, la mention de l’exigence d’effectivité s’intègre quoi qu’il arrive au contrôle de proportionnalité.

442. UNE COMBINAISON ETENDUE AU TERRAIN DE L’ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 1. Preuve complémentaire de sa portée, le juge européen a saisi l’opportunité de la reformulation des principes applicables au droit à l’instruction pour y insérer le couple protection de la substance et de l’effectivité du droit. A cet égard, l’arrêt de Grande chambre *Leyla Sahin*⁸⁴⁵ s’inspire très largement de la jurisprudence classique au terrain de l’article 3 du Protocole n° 1 en tenant notamment à « *s’assurer que les limitations mises en œuvre ne réduisent pas le droit dont il s’agit au point de l’atteindre dans sa substance même et de le priver de son effectivité* » (nous soulignons). Signalons notamment l’enseignement qui se dégage de l’explicitation de la conception relative consacrée par ailleurs dans cette affaire. Il convient d’observer que l’équivalence concerne le double principe de protection de la substance et de l’effectivité du droit en cause, d’une part, et, particulièrement, les principes de légalité et de légitimité propres à une limitation, d’autre part. On peut ainsi y voir la confirmation de l’assimilation des deux notions distinguées.

⁸⁴¹ Et ce, telle qu’elle ressort de leur identification conjointe aux conditions de légitimité du but poursuivi et de proportionnalité de la mesure restrictive, au sein de l’opinion dissidente commune aux juges WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER et JEBENS sous Cour EDH, Gde ch., *Hirst c/ Royaume-Uni* (n° 2) précité (note n° 234), § 2 ; ou bien, de leur exclusion commune de la reformulation des principes applicables au droit en cause, dans l’arrêt Cour EDH, Gde ch., *Zdanoka c/ Lettonie* précitée (note n° 338), § 115 ; enfin, et plus significativement encore, de leur isolement et rappel spécifique (évinçant les autres conditions du modèle *Mathieu-Mohin et Clerfayt*) résultant de l’arrêt *Petkov et autres c/ Bulgarie* précité (note n° 398), § 59. Voir récemment, Cour EDH, 15 décembre 2015, *Ofensiva Tinerilor c/ Roumanie*, req. n° 16732/05, § 52.

⁸⁴² Voir, notamment, Cour EDH, *Podkolzina c/ Lettonie* précité (note n° 342), § 35 ; Cour EDH, *Py c/ France*

443. BILAN DE L'ANALYSE. Ainsi, il est apparu au titre des conditions de conventionnalité énoncées quant aux articles 3 et 2 du Premier Protocole additionnel un rapprochement non seulement formel, mais visiblement matériel, également. Cela dit, les rapports entre la protection de la substance du droit et l'exigence d'effectivité ne s'arrêtent pas là. Au-delà de la reconnaissance expresse et durable de la double condition pré-examinée, il se dégage de la jurisprudence propre à la matière une attention analogue à l'exigence d'effectivité, impactant la protection de la substance du droit.

B) L'exigence d'effectivité garante de la protection de la substance du droit

444. CARACTERISTIQUES DE LA SECONDE FORME DE RAPPROCHEMENT. Il est maintenant possible de distinguer un domaine principal, et trois domaines complémentaires, attestant différemment du phénomène de rapprochement étudié⁸⁴⁶. Notons, tout d'abord, que le rapprochement sous cette seconde forme est, contrairement à la précédente catégorie analysée, globalement diffus ; il semble ainsi pouvoir être déduit de l'ensemble du contrôle du juge européen dans les affaires visées, compte tenu particulièrement de l'attention conférée à l'exigence d'effectivité des droits – et donc du droit en cause – comme critère d'examen, et du potentiel constat final relatif à la protection de la substance. De surcroît, tandis que le rôle de condition revient ici à la protection de la substance du droit seule, rappelée au stade des principes applicables, l'exigence d'effectivité des droits, en général, se voit invoquée par le juge européen au cours de son contrôle concret : elle constitue la dimension principale de ce dernier (à l'instar, en ce sens, des manifestations individuelles de ladite exigence sur les deux terrains antérieurement étudiés). Par ailleurs, il découle de ses caractères que cette seconde forme de rapprochement est nécessairement ponctuelle, liée au cas d'espèce quant à son déclenchement, ainsi qu'à sa formulation. Cela étant, le développement de la jurisprudence européenne a démontré une affirmation tant de l'exigence fondamentale d'effectivité, que de son lien intime avec la protection de la substance du droit sur les terrains considérés. Identifions en pratique ce second type de rapprochement en débutant par le domaine de prédilection du droit à un tribunal.

⁸⁴⁶ Une autre marque de ce rapprochement peut être perçue dans l'emploi occasionnel, pour la traduction de la notion de protection de la substance du droit, du terme « *effective* » (ou son contraire) en langue anglaise (voir, par exemple, Cour EDH, *Serves c/ France* précité (note n° 467), § 47, sur le terrain du droit à ne pas s'auto-incriminer, au sens de l'article 6, paragraphe 1 ; Cour EDH, *Siliadin c/ France* précité (note n° 53), § 89, [sur le terrain de l'article 4](#) ; Cour EDH, Gde ch., 22 janvier 2008, *E.B. c/ France*, req. n° 43546/02, § 73 (note A. GOUTTENNOIRE et F. SUDRE, *JCP G*, 2008, II, 10071 ; note J.-P. MARGUENAUD, *RTD Civ.*, 2008, n° 2, pp. 249-252), sur le terrain de l'article 8 ; et Cour EDH, *Abdolkhani et Karimnia c/ Turquie* précité (note n° 347), § 141, sur le terrain de l'article 5, paragraphe 4). On se doit, cela dit, de préciser que la notion détient alors, la plupart du temps, un sens purement matériel, renvoyant au contenu en général du droit.

445. DU RAPPROCHEMENT IMPLICITE AU RAPPROCHEMENT EXPLICITE SUR LE TERRAIN DE L'ARTICLE 6, § 1 CEDH. Le terrain de l'article 6, paragraphe 1, et tout particulièrement du droit à un tribunal qui y est arcbuté reste, comme toujours, un domaine prolifique d'illustrations. S'agissant de la protection de la substance du droit et de l'exigence d'effectivité, il faut retenir la jurisprudence *De Geouffre de la Pradelle*, du 16 décembre 1992⁸⁴⁷, comme point de départ. Le juge européen en a, effectivement, pour la première fois établi implicitement la relation dans cette affaire. Elle intéressait l'allégation de privation du droit d'accès à un tribunal, en raison de l'incertitude pesant en droit français sur la catégorisation des décisions administratives de classement de sites, affectant notamment la computation du délai recours. Immédiatement après avoir rappelé le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit, la Cour a constaté la possibilité, en l'espèce, d'attaquer en justice l'acte litigieux – dont le requérant avait d'ailleurs fait usage en saisissant le Conseil d'Etat, ne permettant toutefois pas de conclure au respect effectif de l'accès au tribunal sans considération des modalités d'exercice du recours. Plus loin, le juge a pu préciser cette dimension effective, inhérente à la sauvegarde du droit d'accès, en soulignant que le requérant « devait jouir d'une possibilité claire, concrète et effective de contester un acte administratif qui constituait une ingérence directe dans son droit de propriété »⁸⁴⁸. Cette garantie n'ayant été offerte par le système français, le droit du requérant s'était alors vu violé. En substance, la Cour européenne semblait donc reconnaître que la protection de la substance du droit (d'accès) à un tribunal se concrétise par un critère de respect effectif du droit, et non à travers des aspects strictement formels et procéduraux.

Suite à cette affaire, il semble que la Cour ait franchi une étape supplémentaire dans l'énonciation du rapprochement de la protection de la substance du droit et de l'exigence d'effectivité, relativement au droit à un tribunal, avec l'arrêt *Aït-Mouhoub*⁸⁴⁹. L'espèce concernait l'irrecevabilité opposée par deux fois au requérant s'agissant de plaintes avec constitution de partie civile en raison du non versement du montant de la consignation. Or, le juge européen a ici réuni, sous le bandeau des principes applicables à l'affaire, la protection

⁸⁴⁷ Cour EDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c/ France*, req. n° 12964/87, A253-B, §§ 28-29 ; note F. BENOIT-ROHMER, *D*, 1993, n° 39, pp. 561-566 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 1993, n° 3, pp. 759-761 ; chron. J.-F. FLAUSS, *AJDA*, 1993, n° 2, pp. 110-111. Voir, par suite, Cour EDH, 4 décembre 1995, *Bellet c/ France*, req. n° 23805/94, A333-B, § 36.

⁸⁴⁸ Cour EDH, *De Geouffre de la Pradelle c/ France* précité, § 34.

⁸⁴⁹ Cour EDH, *Aït-Mouhoub c/ France* précité (note n° 809), § 52. Voir, par extension, Cour EDH, Gde ch., *Waite et Kennedy c/ Allemagne* précité (note n° 399), §§ 67 ; 73 ; Cour EDH, 23 juillet 2002, *Janosevic c/ Suède*, req. n° 34619/97, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII, §§ 83 ; 88 ; chron. H. LABAYLE, et F. SUDRE, *RFDA*, 2003, n° 5, p. 940 ; Cour EDH, *Deak c/ Roumanie* précité (note n° 412), §§ 31-32. – Similairement, sur le terrain de l'article 2 du Protocole n° 7, voir par exemple, Cour EDH, 4 juin 2015, *Ruslan Yakovenko c/ Ukraine*, req. n° 5425/11, Recueil des arrêts et décisions 2015, §§ 78-79.

de la substance du droit – globalement incluse dans le modèle *Ashingdane*⁸⁵⁰ – et l'exigence d'effectivité des droits – en l'occurrence du droit d'accès aux tribunaux. Puis, il a jugé en l'espèce que les modalités pratiques d'exercice dudit droit, soit le montant de la somme fixée pour la consignation, avaient privé le requérant de son droit d'accès au juge du fait de la disproportion du montant à sa situation financière.

Enfin, il convient de citer une troisième affaire achevant l'union de la protection de la substance du droit et de l'exigence d'effectivité des droits, sur le plan des principes mêmes du droit à un tribunal. Au sein de l'arrêt *Lamarche c/ Roumanie*⁸⁵¹, du 16 septembre 2008, relatif au refus de reconnaître à la requérante le statut de partie civile à une procédure pénale concernant la vente illégale de son appartement, la Cour a rappelé sa jurisprudence constante (selon ses termes) en énonçant que « *les limitations appliquées au droit d'accès à un tribunal, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même, notamment dans la mesure où le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectif* » (nous soulignons). Or, le juge a constaté l'absence de violation du droit d'accès, admettant en substance qu'il avait pu être exercé effectivement par la requérante qui, alors qu'elle avait été entendue par le parquet et le tribunal, et représentée dans l'une des procédures, n'avait pas fait de demande expresse de constitution de partie civile à ces occasions et dont le statut avait été dûment apprécié par les tribunaux, et enfin, alors même que sa demande de réparation aurait pu être soumise lors d'une procédure civile antérieure tenant au contrat de vente litigieux.

Généralement, à la lecture de ces divers arrêts d'illustration, on peut se risquer à conclure que la protection de la substance du droit est bien assimilée en pratique à la satisfaction de l'exigence d'effectivité du droit en cause.

446. DES ILLUSTRATIONS SUBSIDIAIRES SUR LES TERRAINS DES ARTICLES 8, 9, ET 10 CEDH. Il est possible, enfin, d'évoquer quelques affaires caractéristiques d'un rapprochement concernant les droits assortis de la clause d'ordre public. Ainsi, tandis que dans l'arrêt *Phinikaridou*, relatif à l'article 8, c'est l'absence d'effectivité – au sens « *d'avoir au moins une chance de faire établir en justice sa filiation paternelle* »⁸⁵² – qui semble à la source de l'atteinte à la substance du droit au respect de la vie privée de la requérante, selon l'arrêt

⁸⁵⁰ Voir *supra*, n° 224-226.

⁸⁵¹ Cour EDH, 16 septembre 2008, *Lamarche c/ Roumanie*, req. n° 21472/03, § 30. Voir, dans le même esprit, Cour EDH, *Weissman et autres c/ Roumanie*, 24 mai 2006, req. n° 63945/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-VII, § 37.

⁸⁵² Cour EDH, *Phinikaridou c/ Chypre* précité (note n° 54), § 64.

*Kimlya et autres c/ Russie*⁸⁵³, du 1er octobre 2009, le statut restreint conféré par la loi russe aux « groupes religieux » non enregistrés, ôtant à leur égard des aspects fondamentaux des fonctions religieuses et vidant de sa substance le droit d'organiser les cultes, « *ne permet pas aux membres de ces groupes de jouir effectivement de leur droit à la liberté de religion* » prévu par l'article 9, rendu illusoire. Deux affaires paraissent également illustrer sur le terrain de l'article 10 l'équivalence entre la protection de la substance du droit et l'exigence d'effectivité. Dans l'arrêt *Appleby*⁸⁵⁴, concernant l'interdiction de la tenue d'une manifestation publique dans un centre commercial privé, la Cour a précisé ne pas exclure une obligation positive de protéger la jouissance des droits de la Convention « *lorsque l'interdiction d'accéder à la propriété a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou lorsque l'on peut considérer que la substance même de ce droit s'en trouve anéantie* » (nous soulignons). Récemment dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottság c/ Hongrie*⁸⁵⁵, du 8 novembre 2016, ayant trait au refus opposé par certains services de police à la demande de la requérante d'accéder à des informations relatives à l'assistance judiciaire, la Grande chambre, rappelant l'exigence d'effectivité des droits, a constaté que « *dire que le droit d'accès à l'information ne peut en aucune circonstance relever de l'article 10 de la Convention aboutirait à des situations où la liberté « de recevoir et de communiquer » des informations se trouverait entravée d'une manière et à un degré tels que la substance même de la liberté d'expression en serait atteinte* » (nous soulignons). Il est notable, d'ailleurs, que ce soit l'exigence d'effectivité qui reçoive dans ce dernier arrêt l'attention majeure, au titre de l'examen de l'applicabilité de l'article 10 au droit d'accès à l'information en question, et non l'outil de la protection de la substance du droit.

447. BILAN GENERAL DES ANALYSES. Deux observations résultent globalement des précédentes analyses. Il semble, tout d'abord, que l'on puisse discerner à travers les diverses illustrations les deux acceptions principales de l'exigence d'effectivité au sein du système conventionnel. Ainsi, si la première forme de rapprochement examinée permet majoritairement d'éclairer le sens général de l'exigence d'effectivité, qui garantit l'exercice suffisant, minimum d'un droit, propre au maintien de sa réalité, la seconde – dans le domaine prédominant du droit à un tribunal, à tout le moins – témoigne plutôt de son sens particulier, consistant dans le dépassement des apparences formelles, pour considérer la réalité matérielle

⁸⁵³ Cour EDH, *Kimlya et autres c/ Russie* précité (note n° 28), § 86.

⁸⁵⁴ Cour EDH, *Appleby et autres c/ Royaume-Uni* précité (note n° 52), § 47.

⁸⁵⁵ Cour EDH, Gde ch., 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c/ Hongrie*, req. n° 18030/11, Recueil des arrêts et décisions 2016, § 155 ; zoom H. SURREL, *JCP G*, 2016, act. 1361 ; voir, en parallèle, l'argumentaire de la partie requérante sur ce point, § 68.

de l'exercice d'un droit⁸⁵⁶. Cela étant, ces deux sens, constituant les deux faces d'une même pièce, sont souvent difficilement séparables⁸⁵⁷.

En second lieu, il convient de reconnaître que, quelle que soit la forme de rapprochement en cause, la Cour a paru insister sur l'exigence d'effectivité des droits généralement, comme rouage pratique de la protection de la substance du droit. Ainsi, elle « *a imposé une conception pragmatique et concrète des droits, vérifiant que leur mise en œuvre ne s'arrête pas à l'énonciation de principes généraux, et que les mesures nécessaires de conciliation ou d'aménagement des droits ne les atteignent pas dans leur substance en les privant d'effectivité* »⁸⁵⁸. Ce faisant, le juge a progressivement laissé percevoir la portée réelle, tangible qui lui est conférée dans la jurisprudence, et simultanément celle symbolique et idéelle dans laquelle la protection de la substance du droit reste – pour l'essentiel – enfermée. De telles constatations conduisent, finalement, à interroger l'hypothèse d'un remplacement de la protection de la substance du droit par l'exigence d'effectivité du droit, en particulier.

§ II. Une substitution envisageable

448. UNE PROPOSITION ALTERNATIVE. Eu égard aux liens étroits – et plus particulièrement, d'assimilation – entre la protection de la substance du droit et l'exigence d'effectivité au sein de la jurisprudence strasbourgeoise, tendant *de facto* à privilégier la seconde au cours de l'examen judiciaire, l'hypothèse d'une substitution mérite d'être étudiée. Le recours unique à l'exigence d'effectivité du droit, en lieu et place de la protection de la substance du droit, permettrait ainsi de s'extraire du double paradigme l'affectant, tout en garantissant la raison d'être même. Concrètement, une alternative apparaît : l'exigence d'effectivité du droit pourrait tant être envisagée comme une condition de conventionnalité propre (A), que sous l'angle d'un principe interprétatif particulier (B) du système de la Convention.

⁸⁵⁶ A cet égard, il faut souligner le parallèle avec la jurisprudence relative à l'article 1 du Protocole n° 1, soit du droit de propriété, puisque la Cour y a aussi développé la notion d'apparences, en lien avec celle d'effectivité, depuis l'arrêt fondateur *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* précité (note n° 46), § 63.

A) Une condition en propre ?

449. LA QUALITE DE CONDITION APPLIQUEE A L'EXIGENCE D'EFFECTIVITE DU DROIT SEULE. Dans l'hypothèse d'un remplacement, l'exigence d'effectivité du droit recouvrirait potentiellement une condition pour les restrictions des Etats membres à l'égard des droits garantis, par transposition du rôle principal de la protection de la substance du droit. Afin d'envisager l'octroi de cette qualité en propre, il faut commencer par éclairer la fonction et la nature de l'exigence d'effectivité en l'état de la jurisprudence européenne. Soulignons, tout d'abord, qu'une telle exigence y détient une place essentielle, oeuvrant dans l'interprétation de l'instrument conventionnel dans son ensemble. Le juge rappelle ainsi inlassablement, depuis l'arrêt *Airey*⁸⁵⁹, pionnier en la matière, que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* ». Si la doctrine peut l'inscrire parmi les principes directeurs⁸⁶⁰ du droit de la Convention, le qualifier de principe fondamental⁸⁶¹, ou encore de « *méta-règle essentielle qui gouverne la jurisprudence européenne* »⁸⁶², c'est bien en raison de son rôle interprétatif, de directive générale d'effectivité de la Convention toute entière. Néanmoins, il est significatif que des auteurs ayant approfondi la question des principes dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'aient pas directement traité de l'exigence d'effectivité⁸⁶³.

Or, ces caractéristiques semblent, à première vue, ne pas s'accorder avec celles qui entourent la condition ici proposée, visant un principe à dimension – certes – générale intervenant proprement pour la protection de chacun des droits inscrits dans la Convention. La divergence entre l'outil actuel et l'outil hypothétique apparaît spécialement tenir à leur nature même, l'exigence d'effectivité ayant déjà prouvé sur le plan du rôle sa capacité d'adaptation, notamment dans les jurisprudences relatives aux articles 3 et 2 du Protocole n° 1. Cela étant dit, il semble qu'à l'instar de la notion de subsidiarité⁸⁶⁴ – de laquelle elle peut être considérée le pendant, la qualification de principe général pourrait lui être admise. Elle repose sur la satisfaction, dans le cadre de cette interprétation spécifique, de critères tant formel (eu égard à

⁸⁵⁹ Cour EDH, *Airey c/ Irlande* précité (note n° 837), § 24.

⁸⁶⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p 239.

⁸⁶¹ F. TULKENS, « Conclusions générales », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Limal, Anthemis, coll. « Droit et justice », 2014, p. 405.

⁸⁶² F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH », op. cit., p. 446.

⁸⁶³ Celle-ci est ainsi plutôt perçue comme un « *objectif* » par Katarzyna GRABARCZYK (*Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 305-306), ou n'est pas directement abordée par Mouloud BOUMGHAR (*Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit.) dans leurs thèses respectives.

⁸⁶⁴ Voir L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 103-104.

sa reconnaissance explicite par le juge) et organique (eu égard à sa source prétorienne), que fonctionnel (eu égard à son rôle d'encadrement ultime des limitations étatiques, concourant singulièrement à l'équilibre global du système conventionnel) et matériel (eu égard à son champ très vaste)⁸⁶⁵.

450. LES MODALITES D'UNE CONDITION POTENTIELLE D'EFFECTIVITE DU DROIT. Si tant est que soit acceptée la qualité de condition s'agissant d'une exigence d'effectivité du droit en propre, plusieurs difficultés semblent attachées à sa mise en œuvre. La première concerne *l'effectivité de l'effectivité*, telle une règle de contrôle pratique et tangible, et non symbolique et vaporeuse comme la protection de la substance du droit. Il convient, ainsi, de se demander comment pourrait se concrétiser le contrôle de la condition d'effectivité du droit. Une part de réponse semble si situer dans la sanction des atteintes totales envers un droit garanti ; précisément, celles qui sont absolues, sans limite, extrêmement générales ou généralisées. En revenant à la base de l'exigence d'effectivité au sein de la jurisprudence européenne, il semble effectivement que lorsque la Cour a consacré le principe d'interdiction d'atteinte à la substance et à l'effectivité du droit, elle ait entendu pointer l'anéantissement de toute réalité juridique propre à un droit. Cette interprétation se voit corroborée par l'influence de l'idée de radicalité de l'atteinte⁸⁶⁶, ou à l'inverse de protection par le juge d'un contenu minimal au droit, dans la jurisprudence propre à la protection de la substance du droit. Par ailleurs, elle paraît également trouver écho chez le juge de l'Union européenne. Ainsi, ce dernier a montré, dans des affaires relativement récentes⁸⁶⁷, faire un usage distinct et pragmatique de la condition de protection du contenu essentiel du droit, insérée à l'article 52 de la Charte, paragraphe 1, vérifiant par son biais l'absence de caractère absolu, illimité ou généralisé propre aux normes de l'Union qui lui sont soumises.

Cela étant dit, il faut convenir que l'effectivité du droit est susceptible d'atteinte autrement qu'en raison de la seule radicalité d'un acte ; elle inclut aussi une dimension positive, laquelle semble nous porter davantage vers la seconde branche de l'alternative proposée, soit

⁸⁶⁵ Voir la présentation d'un ensemble de critères propres à l'identification des principes généraux, au sens du système conventionnel, proposée par Katarzyna GRABARCZYK (*Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 151 et s.)

⁸⁶⁶ Maintes fois évoquée dans la présente étude (voir déjà *supra*, n° 392 pour une vue d'ensemble).

⁸⁶⁷ Voir, notamment, CJUE, 15 décembre 2015, *Neptune Distribution SNC c/ Ministre de l'Économie et des Finances*, aff. C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823, points 70-71, conclusions JÄÄSKINEN, point 44 ; CJUE, Gde ch., 6 octobre 2015, *Thierry Delvigne c/ Commune de Lesparre Médoc et Préfet de la Gironde*, aff. C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648, point 48 ; CJUE, Gde ch., *Zoran Spasic* précité (note n° 198), points 58-59 ; CJUE, Gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c/ Minister for Communications, Marine and Natural Resources et autres et Kärntner Landesregierung et autres*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, points 39-40.

l'hypothèse d'un principe interprétatif entourant et guidant les conditions classiques de la clause d'ordre public. Une interprétation telle que celle proposée ici risquerait donc de réduire le sens de l'exigence d'effectivité.

Une deuxième difficulté a trait à la coexistence de cette condition éventuelle d'effectivité du droit avec les autres conditions préétablies. Plus spécifiquement, il paraît nécessaire de se demander si cette condition présenterait un gain par rapport à celle de proportionnalité ? Pour que l'hypothèse formulée soit pertinente, il faudrait ainsi, à la lumière des enseignements tirés quant à l'actuelle protection de la substance du droit, qu'elle n'en reproduise pas l'un des écueils majeurs du fait de son équivalence (au moins pratique) avec le principe de proportionnalité.

Enfin, une troisième difficulté tient dans le risque de confusion généré par la présente interprétation, s'intégrant dans une matière jurisprudentielle dense où l'emploi du terme connaît une variété notable. On peut spécialement se questionner sur la clarté et l'intelligibilité de la distinction entre l'invocation de l'effectivité du droit comme condition, et son sens d'exigence d'effectivité des droits en général, plus encore dans le contexte de l'article 6, paragraphe 1, qui connaît un emploi relativement particularisé de l'effectivité.

451. BILAN DE L'ANALYSE. Suite à nos analyses, il apparaît qu'une condition propre d'effectivité du droit soit envisageable, sur le plan du rôle, voire de sa nature même. Toutefois, si ce développement spécifique et autonome a le double mérite de faire, d'une part, écho à l'un des aspects principaux d'analyse de la protection de la substance du droit (à travers la sanction de la radicalité), et d'autre part, permettre de dépasser le recours à la protection de la substance du droit, vouée à confondre la jurisprudence européenne, les divers obstacles exposés tendent à s'orienter vers la seconde branche de l'hypothèse : un principe interprétatif spécifique d'effectivité du droit.

B) Un principe interprétatif particulier ?

452. UNE DIRECTIVE COMMUNE AUX « LIMITES DES LIMITES ». La seconde branche de l'alternative constitue plus un approfondissement qu'une véritable innovation s'agissant de l'exigence d'effectivité, telle que comprise dans le cadre du système conventionnel. La proposition se fonde, en fait, sur les résultats de notre examen antérieur. A défaut de convertir l'actuel principe interprétatif d'effectivité des droits en une condition à part entière, il s'agit de le préciser, selon une perspective garantissant l'apport principal de la protection de la

substance du droit. Principe dont le champ d'intervention revêt une très large portée⁸⁶⁸, l'exigence générale d'effectivité s'applique potentiellement à tous niveaux et domaines de l'instrument conventionnel. Or, le remplacement de la notion de protection de la substance du droit pourrait passer par l'isolement et le développement d'un principe interprétatif d'effectivité du droit en particulier, visant uniquement l'examen de conformité des limitations étatiques avec la Convention. Il tiendrait alors le rôle d'une directive à l'encadrement desdites limitations, instiguant le principe d'une garantie effective du droit lors de sa mise en œuvre nationale, lequel infuserait chacune des conditions classiques de la clause d'ordre public. Plutôt que de constituer une condition de contrôle parmi d'autres, l'exigence d'effectivité du droit pourrait ainsi inspirer et diriger l'ensemble de l'examen des ingérences étatiques. Une telle interprétation fait sens puisque ces conditions de conventionnalité ont précisément pour objet de s'assurer du respect le plus satisfaisant de la jouissance et de l'exercice des droits garantis. Aussi, chacune d'entre elles participe de l'exigence d'effectivité des droits, ou d'un droit spécifiquement en cause.

453. UNE DOUBLE ACCEPTION PRIMORDIALE. Il est, néanmoins, légitime de se demander si ce rôle n'est pas déjà rempli par la Cour au moyen de l'exigence existante d'effectivité des droits. En d'autres termes, il y aurait-il une utilité pratique à affiner ce principe sous l'angle présenté ? La réponse semble être positive. L'intérêt majeur d'une telle évolution au sein du droit de la Convention paraît résider dans la précision des sens mêmes de l'effectivité ; de cette précision dépend le succès d'une garantie réelle des droits reconnus par l'instrument. Ainsi, identifier une directive d'interprétation régissant globalement l'examen de conventionnalité implique de définir exactement ce qu'elle recouvrirait. Il est possible d'en envisager deux sens ou interprétations principales, rejoignant les esquisses dévoilées au fil de cette *Section*. Précisément, ledit principe d'effectivité du droit devrait renfermer l'idée de garantie de la jouissance et de l'exercice des droits conventionnels réels ou authentiques, d'une part – en considérant la mise en œuvre du plein contenu des droits et en évaluant les atteintes sous l'angle non seulement formel mais aussi matériel, substantiel (on peut ici tracer un parallèle avec la jurisprudence strasbourgeoise relative au droit à un tribunal et au droit de propriété) ; et suffisants ou minimaux, d'autre part – au regard de la part de contenu propre à leur juste usage et nécessaire à la survie des droits (la jurisprudence propre à l'article 6 étant plus moins directement susceptible d'en témoigner, par exemple). Tandis que nous avons constaté l'effacement du premier aspect de cette définition à travers l'hypothèse de l'exigence

⁸⁶⁸ Du fait de sa place au cœur du système de la CEDH même (voir F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, *op. cit.*, pp. 206-208).

d'effectivité comme condition, il se voit pleinement réintégré au titre du principe interprétatif proposé ici. Or, la combinaison de ces deux aspects semble en mesure de traduire et de préserver tant les aspects essentiels de la protection de la substance du droit abandonné, que les dimensions majeures de l'exigence d'effectivité. Elle témoigne encore de leur gémellité, en fait perceptible dès l'origine, l'*Affaire linguistique belge*⁸⁶⁹ opposant notamment le droit « vide de sens » à sa production d'« effet utile ».

454. BILAN DE L'ANALYSE. Par-delà sa signification globale, le principe interprétatif d'effectivité paraît s'offrir à la particularisation au sein de la conduite de l'examen de conventionnalité des ingérences étatiques. Cette acception spécifique constituerait alors une voie satisfaisante de réformation de la protection de la substance du droit, puisqu'elle permettrait la préservation de l'aspect principal de sa garantie : la réalité même de chaque droit, dans ses diverses dimensions.

⁸⁶⁹ Cour EDH, *Affaire linguistique belge c/ Belgique* précitée (note n° 3), fin des §§ 3 et 4.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

455. Devant le tableau global de la matière, consistant en une jurisprudence hautement confuse à l'égard de l'appréhension de la notion, la nécessité de faire évoluer la protection de la substance du droit s'est faite criante. Il a, dans un premier temps, été démontré que cette mutation doit passer par l'abandon de la bipolarité conceptuelle – absolue, relative – qui nous était devenue familière. Elle apparaît, en effet, constituer un leurre, tant en l'état actuel de la jurisprudence – l'ambivalence générale de l'usage de la protection de la substance du droit étant nécessairement critiquable face aux exigences de clarté et compréhensibilité ainsi que de sécurité juridique que se doit de contenter le droit conventionnel, que dans l'hypothèse de la pleine adhésion à l'une ou l'autre des deux conceptions – chacune, bien incapable d'éliminer les défauts observés dans la jurisprudence de la Cour européenne, puisqu'elles tendraient fondamentalement à les renforcer en cas de mise en œuvre exclusive. Par conséquent, ces théories classiques devaient être rejetées.

456. Néanmoins, une issue satisfaisante et durable a pu être envisagée, dans un second temps, censée préserver la *ratio* de la protection de la substance du droit tout en l'insérant pleinement dans le réalisme judiciaire en tant que mécanisme de protection des droits garantis par la Convention ; elle se réalise à travers l'exigence d'effectivité. S'appuyant sur le constat de proximité formelle et matérielle des deux instruments dans la jurisprudence strasbourgeoise, quelle que soit la forme revêtue par l'effectivité, il a été permis d'imaginer le remplacement de la protection de la substance du droit par une garantie d'effectivité du droit. Il semble, à cet égard, plus vraisemblable qu'une telle garantie jouerait le rôle de principe interprétatif spécifique aux limites des limites à la Convention. Elle offrirait, de la sorte, une protection poussée des droits, en assurant la double dimension – positive et négative – commune à l'exigence d'effectivité ainsi qu'à la protection de la substance du droit, quant à la réalité de leur mise en œuvre.

CONCLUSION DU TITRE 2

457. L'angle entièrement empirique des usages réalistes de la protection de la substance du droit concentré de nombreuses promesses, en raison tant des caractéristiques inhérentes à cette perspective, éminemment pratique et concrète, que des indices préalables de sa prégnance au sein de la jurisprudence européenne. À première vue, celles-ci paraissaient être remplies par l'examen jurisprudentiel, révélant une large diffusion de la conception relative notamment : d'abord, et inégalement, dans le cadre attendu des droits passibles de limitations explicites – particulièrement du droit de propriété, mais plus remarquablement, des droits susceptibles de limitations implicites – le terrain du droit à un tribunal constituant alors un cas d'école. Il a concomitamment été possible de constater, d'une part, que la diversité de formes relatives observables s'agissant de la première catégorie de droits semble conduite à s'unifier autour du type dit général de protection de la substance du droit comme condition de conventionnalité ; d'autre part, les étapes d'affirmation de la conception relative, dans le cadre de la seconde catégorie de droits, passant de la dimension pratique à la dimension principielle, n'ont manifestement pas suffi à résorber le penchant du juge européen à faire appel aux modèles témoignant de la conception absolue.

458. Aussi, une vision plus générale et distanciée de la jurisprudence strasbourgeoise a amené la critique conjointe des deux thèses majeures de la protection de la substance du droit, non seulement dans leur expression contemporaine, mais aussi virtuelle. Restreinte à l'appréhension sous le prisme de ces conceptions – soit par alternance et/ou combinaison, soit par exclusivité, la protection de la substance du droit ne peut que susciter la déception, et l'abandon. Cela dit, la perspective réaliste explorée au sein de cette *Partie* semble pouvoir encore porter des fruits, à condition de se voir entièrement repenser. Ainsi, en lieu et place de la notion de protection de la substance du droit, il a été suggéré de distinguer celle d'effectivité du droit. Visiblement liée à la première dans la jurisprudence de la Cour, la seconde, notamment comprise au sens d'un principe interprétatif spécifique au contrôle de conventionnalité, serait probablement susceptible d'en satisfaire la finalité profonde.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

459. L'étude de la perspective réaliste de la protection de la substance du droit, entreprise au sein de cette seconde *Partie*, marquait le chemin d'une mise en œuvre plus praticable – et concrètement, majoritairement pratiquée par le juge européen – de cette notion. Tout en s'inscrivant très profondément dans des perceptions et logiques juridiques – voire idéologiques – d'ordres matériel, concret, spécifique à un litige en particulier, en d'autres termes, tenant compte des intérêts et considérations d'espèce, l'approche réaliste telle que développée par la Cour européenne s'agissant de la protection de la substance du droit n'a pas été indemne de difficultés et reproches. Se matérialisant tout particulièrement à travers la thèse relative, une telle perspective se révélait ne consister qu'en l'assimilation de la protection de la substance du droit à la proportionnalité, parfois formellement brouillée par un rappel de la jurisprudence rattachée à la conception absolue. Sous cet angle, on apercevait mal l'intérêt de la notion même.

460. De toute évidence, la confusion a été également perceptible lors de l'analyse de la jurisprudence strasbourgeoise sous l'optique spécifiquement empirique. Bien qu'il ait été confirmé l'importance de l'influence de la conception relative notamment, dont l'expansion a été particulièrement relevée s'agissant des droits susceptibles de limitations implicites (*a priori* réfractaires à cette conception), l'ambiguïté des jugements propres à la protection de la substance du droit dans son ensemble n'a pu être ignorée : l'oscillation conceptuelle binaire est généralisée. Achievant un panorama de la matière progressivement éclairé au fil de l'étude, il convenait soit d'évincer la notion objet de celle-ci, accompagnant naturellement la récusation de ses conceptions traditionnelles et fondamentalement viciées, soit d'en proposer une autre lecture. Ainsi, il est apparu que seul le réalisme était en mesure de fournir une issue pérenne pour appréhender pratiquement mais non moins authentiquement l'idée fondant la protection de la substance du droit. Or, quoi de plus raisonnable qu'un instrument ou principe, inhérent à l'ordre conventionnel, visant lui-même la due mise en œuvre du cœur des droits par les Etats parties à la Convention.

CONCLUSION GENERALE

461. A la question, « *qu'est-ce que le droit ?* », JHERING répondait dans *L'esprit du droit romain* (1852-1865)⁸⁷⁰ qu'en (sa) substance, il n'est ni la contrainte extérieure, telle que le définissait KANT, ni la volonté objective ou subjective, au sens de la conception hégélienne, mais l'utilité, en tant que but pratique, avantage, force motrice. Il semble finalement que ce soit sous cet angle qu'il convienne le mieux d'appréhender la protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme.

462. Alors que son recours résulte d'une démarche plus ou moins autonome et consciente du juge de la Cour de Strasbourg, que sa formulation est rigoureusement condensée, et que son usage apparaît flottant et ambivalent, l'objectif principal d'une étude portant sur la protection de la substance du droit résidait bien dans le saisissement d'une notion qui reste, jusqu'alors, fort énigmatique. Il s'agissait, par-là, de chercher à en comprendre tant la signification que le fonctionnement. On a ainsi pu démontrer que la protection de la substance du droit subissait une double perspective dans le cadre du système de la Convention : idéale, d'un côté ; réaliste, de l'autre. Cela dit, l'étude de la notion sous ce prisme devait en fait être traversée par trois étapes majeures : la reconstruction de l'idéal, immédiatement confronté à la réalité – principielle et concrète – du contrôle du juge européen ; sa déconstruction à l'aune d'un réalisme judiciaire, dont l'aspect relatif actuel épuise néanmoins l'utilité pratique de la notion ; la proposition de réformation finaliste de cette dernière, à l'appui de la jurisprudence strasbourgeoise.

463. L'idée de protection de la substance du droit implique en elle-même la volonté de faire appel à un idéal : elle suggère d'emblée l'existence d'une substance spécifique et parfaitement intangible au sein d'un droit. Précisément, si cette volonté constitue certainement le fruit de l'évocation de la notion, elle peut aussi être envisagée comme la source du choix de sa dénomination. Cela dit, déjà face aux questionnements conceptuels : « comment la Cour identifie-t-elle la substance ? », et « comment la protège-t-elle ? », l'idéal se révélait être difficile à saisir, le caractère absolu qui en procède restant diffus et implicite dans la jurisprudence en la matière, la définition du contenu et des implications de l'idéal faisant défaut. Plus encore, il a été donné d'observer que la substance du droit, cœur supposé de l'attention, était fortement susceptible de renvoyer tant au contenu général d'un droit –

⁸⁷⁰ F. WORMS, *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie, 1789-1914*, Paris, Éditions CNRS, coll. « CNRS Philosophie », 2009, pp. 263-271.

mettant en jeu celui-ci sous l'angle pleinement quantitatif, qu'à une composante distincte dudit droit – affecté de manière qualitative.

Le constat tenant à la conception de l'idéal était largement confirmé et renforcé sur le plan de sa mise en œuvre pratique, globalement décevante. Que l'on vise ici l'identification extrêmement rare et douteuse de la substance des droits, ou la protection résolument abstraite et variable suivant l'étape du contrôle, les droits, et les espèces, la théorie explicitée au sein de cette *Partie* a progressivement paru s'effacer au fil des analyses ; laissant la place à l'idée de mythe entourant la protection de la substance du droit, en général. Dès lors, l'ambition rationnellement cohérente de différencier strictement la substance du droit de sa protection dans le cadre de cette perspective idéale a, par retournement, mis en exergue le problème de leur régulière confusion au sein de la jurisprudence.

464. La protection de la substance du droit fait l'objet, en miroir de la perspective première et intuitive, d'une perception totalement démystifiée, pleinement réaliste, du juge de la Cour européenne. Dès lors envisagée comme un ensemble conceptuel purement instrumental, il apparaissait que la protection de la substance du droit s'imprègne ainsi de relativité ; nous avons d'ailleurs pu établir que le réalisme se concrétise tout particulièrement dans l'assimilation *de facto* de la protection de la substance du droit à la logique proportionnaliste, parfois explicitée sur le plan des principes forgeant le droit conventionnel. Cela n'est guère étonnant si l'on se souvient de l'origine commune de ces mécanismes, tous deux explicités par la Cour à l'occasion de l'*Affaire linguistique belge* de 1968, et déjà non sans lien – eu égard notamment à leur proximité dans l'arrêt – l'un vis-à-vis de l'autre.

Pourtant, les principes de protection de la substance du droit et de proportionnalité n'ont manifestement pas connu le même succès – tant en termes de visibilité, de familiarité, que de concrétisation, le second allant jusqu'à absorber le premier. Ainsi, l'examen global de la jurisprudence strasbourgeoise nous donnait à constater l'implacable prédominance de la conception relative de la protection de la substance du droit, sa large diffusion ayant notablement frappé les terrains classiquement rapprochés de la conception absolue. Un tel constat engendre deux réflexions d'importance : tout d'abord, l'absence d'autonomie « d'action » de la protection de la substance du droit sous cette perspective – consacrant au mieux un symbole – a pour conséquence de réduire considérablement le contenu et l'intérêt de l'analyse en la matière. En outre, l'idée d'instrumentalisation ne peut être ignorée : il semble ainsi légitime de se demander si le juge de Strasbourg ne laisse pas volontairement planer l'illusion de l'idéal, en continuant de recourir à la notion alors même que la teneur de son contrôle lui est indifférente, nourrissant une ambiguïté conceptuelle fondamentale.

465. Devant le caractère insatisfaisant de la réalité jurisprudentielle généralement mixte de la protection de la substance du droit⁸⁷¹, un questionnement profond de la notion paraissait nécessaire. Si l'on a été finalement amenés à juger qu'elle comporte un vice intrinsèque, justifiant son abandon formel, un enseignement majeur du droit de la Convention n'en émane pas moins : distinctement d'un simple suppôt du principe de proportionnalité, elle incarne la finalité majeure du droit des droits de l'homme, l'effectivité des droits et de chaque droit spécifiquement, qu'il est indispensable de faire primer. De l'usage erratique d'une notion trouble à la réflexion autour de sa mutation, salutaire pour le système conventionnel, il y a là un processus de conceptualisation que l'on souhaiterait voir engagé par la Cour européenne. Alors que la référence à la protection de la substance du droit ne tarie pas, et semble, bien au contraire, cristalliser le débat de l'interprétation de la Convention et derrière, d'une certaine vision du droit et du rôle du juge dans un contexte de tensions, notamment socio-économiques et sécuritaires.

⁸⁷¹ Spécialement inadéquat sur le plan de la qualité que l'on peut attendre de la jurisprudence strasbourgeoise (voir, F. MARTINEAU, « Critères et standards rhétoriques de la bonne décision de justice », in P. MBONGO (dir.), *La qualité des décisions de justice. Actes du colloque de Poitiers*, Editions du Conseil de l'Europe, coll. « Les études de la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ) », n° 4, 2007, notamment p. 98, synthétisant que « pour tout discours argumentatif, la décision de justice n'emportera l'adhésion que si elle présente tous les caractères d'une cohérence globale, juridique, logique, et en opportunité, tant au regard des règles de droit applicables qu'aux circonstances propres de l'espèce et, enfin et surtout, aux valeurs implicites ou explicites, en cause dans le litige »).

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

(Classement par ordre alphabétique)

Sommaire

I- Ouvrages

A- Dictionnaires

B- Ouvrages généraux, traités, manuels et cours

C- Ouvrages spécialisés

D- Thèses

E- Mélanges

F- Actes de colloques, journées d'études, séminaires

II- Articles et contributions

A- Articles de revues

B- Contributions dans des ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloques, journées d'études et séminaires

III- Chroniques

IV- Autres documents

V- Sites internet

I- Ouvrages

A- Dictionnaires

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUÉNAUD J.-P., RIALS S., SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, 1074 p.

BLAY M. (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse, CNRS, 3^e éd., 2012, 1137 p.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos Poche », 11^e éd. mise à jour, 2016, 1101 p.

Dictionnaire de la philosophie, Paris, Albin Michel, coll. « Collection Encyclopaedia universalis », 2000, 2041 p.

GODIN C., *Dictionnaire de philosophie*, Paris, Fayard, Ed. du Temps, 2004, 1534 p.

GREVISSE M. et GOOSSE A., *Le bon usage. Grammaire française. 75 ans*, De Boeck-Duculot, Bruxelles, 15^e éd., 2011, 1666 p.

LACOSTE J.-Y. (dir.), *Dictionnaire critique de théologie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 3^e éd. revue et augmentée, 2007, 1587 p.

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 3^e éd., 2010, 1323 p.

B- Ouvrages généraux, traités, manuels et cours

ATIAS C., *Philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit », 4^e éd. mise à jour, 2016, 410 p.

AUBERT J.-F., *Traité de droit constitutionnel suisse. Supplément 1967-1982*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1982, 287 p.

AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse. Vol. II, Les droits fondamentaux*, Berne, Staempfli, coll. « Précis de droit Staempfli », 2000, 738 p.

AUTEXIER C., *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, 379 p.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 5^e éd, 2012, 399 p.

- FAVOREU L. et al.** (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz. Série Droit public, science politique », 7^e éd., 2015, 774 p.
- FAVOREU L. et al.**, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 19^e éd., 2016, 1101 p.
- FAVRE A.**, *Droit constitutionnel suisse*, Fribourg, Éditions universitaires, 1966, 483 p.
- FERNANDEZ SEGADO F.**, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, 1138 p.
- GREWE C. et RUIZ FABRI H.**, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental. Droit politique et théorique », 1995, 661 p.
- HEIDEGGER M.**, *Concepts fondamentaux de la philosophie antique*, Paris, Gallimard, coll. « Œuvres de Martin Heidegger. Bibliothèque de philosophie », 2003, 368 p.
- KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, 367 p.
- LEVINET M.**, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Limal, Némésis, coll. « Droit et justice », 4^e éd. refondue et mise à jour, 2012, 828 p.
- MARGUENAUD J.-P.**, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 7^e éd., 2016, 212 p.
- PECES-BARBA MARTINEZ G.**, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société. Série droit », 2004, 497 p.
- RICOEUR P.**, *Etre, essence et substance chez Platon et Aristote. Cours professé à l'université de Strasbourg en 1953-1954*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2011, 344 p.
- ROUBIER P.**, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2^e éd., 2005, 337 p.
- ROUSSEAU D., GAHDOUN P.-Y. et BONNET J.**, *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, coll. « Domat droit public », 11^e éd., 2016, 870 p.
- SCHWARZE J.**, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. « droit administratif », 2^e éd. complétée, 2009, 1662 p.
- SUDRE F.**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental. Classiques », 13^e éd. refondue, 2016, 1005 p.
- VELU J. et ERGEC R.**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Répertoire pratique du droit belge », 2^e éd., 2014, 1250 p.
- VIALA A.**, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2010, 240 p.

C- Ouvrages spécialisés

ALEXY R., *A theory of Constitutional Rights*, Oxford, New York, Auckland, Oxford university press, 2010, 462 p.

ASHWORTH A., *Human rights, serious crime and criminal procedure*, London, Sweet & Maxwell, coll. « Hamlyn Lecture Series ; 53 », 2002, 145 p.

BIEBER R. et WIDMER P., *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Verlag, coll. « Publications de l'Institut suisse de droit comparé », 1995, 478 p.

BON P. et MAUS D. (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2008, 808 p.

BON P., MODERNE Y., RODRIGUEZ Y., *La justice constitutionnelle en Espagne*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1984, 284 p.

BREMS E., *Human Rights : Universality and diversity*, The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff, coll. « International studies in human rights », 2001, 574 p.

BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 837 p.

CAILLE A., LAZZERI C., SENELLART M. (dir.), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile*, Paris, La Découverte, 2001, 755 p.

CHRISTOFFERSEN J., *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, coll. « International studies in human rights », 2009, 670 p.

CROQUET N.A.J., *The Role and Extent of a Proportionality Analysis in the Judicial Assessment of Human Rights Limitations within International Criminal Proceedings*, Leiden, Boston, Brill, Martinus Nijhoff, 2015, 396 p.

DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.

DELMAS-MARTY M.,

- *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Essais, Débats », 2004, 388 p.
- *Le relatif et l'universel. Les Forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2004, 439 p.
- *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1989, 512 p.

EMERY G., *La Trinité. Introduction théologique à la doctrine catholique sur Dieu Trinité*, Paris, Cerf, coll. « Initiations », 2009, 208 p.

ERGEK R., *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. « Collection de droit international », 1987, 427 p.

GERARD P., *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. Collection générale », 2007, 256 p.

GILSON E., *L'être et l'essence*, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 3^e éd, 1994, 388 p.

HART H.L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis ; 107 », 2^e éd. augmentée, 2005, 344 p.

LEVINET M. (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2010, 378 p.

MACDONALD R. St. J., MATSCHER F., PETZOLD H. (éd.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff, 1993, 940 p.

MARTIN-RETORTILLO L. et DE OTTO Y PARDO I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, 172 p.

MICHALOWSKI S., WOODS L., *German constitutional law : the protection of civil liberties*, Aldershot, Brookfield, Ashgate/Dartmouth, 1999, 373 p.

OST F., *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, 376 p.

PERELMAN Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2^e éd., 1999, 193 p.

PETTITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, 1230 p.

PREMONT D. et al., *Droits intangibles et états d'exception*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Organisation internationale et relations internationales ; 36 », 1996, 644 p.

PRIETO SANCHIS L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, 272 p.

SERMET L., *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, coll. « Dossiers sur les droits de l'homme », 1998, 74 p.

SUDRE F. (dir.), **MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., GONZALEZ G., MILANO L., SURREL H.**, avec la collaboration de **MARCHADIER F., PICHERAL C.**, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit », 7^e éd. mise à jour, 2015, 944 p.

TROPER M., *La philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais je ? », 4^e éd. mise à jour, 2015, 126 p.

VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. Collection générale », 1978, 588 p.

VILLEY M., *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit : les moyens du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », réédition, 2001, 339 p.

WALINE M., *L'individualisme et le droit*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2007, 436 p.

WEBBER G.C.N., *The negotiable constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 231 p.

WORMS F., *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie, 1789-1914*, Paris, Éditions CNRS, coll. « CNRS Philosophie », 2009, 444 p.

D- Thèses

AFROUKH M., *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de la CEDH. Thèses », 2011, 622 p.

AUDOUY L., *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la convention européenne des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, Université de Montpellier, 2015.

BALLOT E., *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Paris, Mare et Martin, coll. « Bibliothèque des thèses. Droit privé et sciences criminelles », 2014, 554 p.

BARBE V., *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2009, 527 p.

BLANC-FILY C., *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de la convention européenne des droits de l'homme ; 7 », 2016, 756 p.

BOUMGHAR M., *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, coll. « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 2010, 404 p.

CAPITANT D., *Les effets juridiques des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, 348 p.

COUVEINHES-MATSUMOTO F., *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Jus gentium », 2014, 692 p.

DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002, 998 p.

DE FROUVILLE O., *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'Homme et droits des traités*, Paris, Pedone, « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 2004, 561 p.

DUARTE B., *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, Université de Lille II, 2005, 777 p.

ECK L., *L'abus en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques (Paris) », 2010, 691 p.

FRUMER Ph., *La renonciation aux droits et libertés. La CEDH à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, coll. « Collection de droit international ; 47 », 2001, 752 p.

GAILLET A., *L'individu contre l'Etat. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXème siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2012, 531 p.

GERVIER P., *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2014, 517 p.

GIRARD C., *Des droits fondamentaux au fondement du droit : réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2010, 412 p.

GONZALEZ G., *La Convention européenne des droits de l'Homme et la liberté des religions*, Paris, Economica, coll. « Coopération et développement », 1997, 310 p.

GRABARCZYK K., *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 558 p.

HÄBERLE P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn (traduction)*, Madrid, Dykinson, coll. « Dykinson constitucional », 2003, 240 p.

HOTTELIER M., *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Contribution à l'étude des droits fondamentaux*, Lausanne, Payot, coll. « Collection Juridique Romande. Etudes et pratique », 1985, 246 p.

LE ROUZIC L.-M., *Le droit à l'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015, 490 p.

LETURCQ S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005, 406 p.

MAURER B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, coll. « Monde européen et international », 1999, 555 p.

MEINDL Th., *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003, 514 p.

MILANO L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006, 674 p.

MUZNY P., *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*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 734 p.

PETER B., *Des droits fondamentaux en République fédérale d'Allemagne : limitation et protection*, thèse dactylographiée, Université de Lille II, 1990, 626 p.

PLATON S., *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, coll. « Collection des thèses ; n° 22 », 2008, 709 p.

RAYNAUD J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse dactylographiée, Université de Limoges, 2001, 376 p.

RONZANI E., *L'interprétation créatrice de la constitution par le juge constitutionnel en France et en Suisse*, thèse dactylographiée, Université de Bourgogne, 1999, 208 p.

ROSSINELLI M., *Les libertés non-écrites*, Lausanne, Payot, coll. « Collection juridique romande. Etudes et pratique », 1987, 296 p.

SABETE W., *Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux. Étude des fondements épistémologiques, constitutionnels et européens de la limitation matérielle du pouvoir constituant dérivé*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2005, 317 p.

SAGLAM M., *L'expérience de la justice constitutionnelle en Turquie*, thèse dactylographiée, 2004.

SCHAHMANECHE A., *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, coll. « Publications de l'Institut international des droits de l'homme », 2014, 794 p.

TINIERE R., *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2008, 708 p.

Bibliographie générale

VAN DER SCHYFF G., *Limitation of Rights : a study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 369 p.

VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. Collection générale », 2001, 785 p.

XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1995, 463 p.

ZATTARA A.-F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé. Tome 351 », 2001, 720 p.

E- Mélanges

Etudes en l'honneur de Gérard TIMSIT, Bruxelles, Bruylant, 2004, 622 p.

F- Actes de colloques, journées d'études, séminaires

Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme (Francfort, 9-12 avril 1980), Paris, Pedone, 1982, 418 p.

AMSELEK P. et GRZEGORCZYK Ch. (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1989, 228 p.

BON P. et al., *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1989, 418 p.

BRIBOSIA E. et HENNEBEL L. (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le Droit », 2004, 398 p.

BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pédone, coll. « Cahiers Européens (n° 1) », 2011, 169 p.

CASHIN-RITAINE E. et MAITRE-ARNAUD E. (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bruxelles, Bruylant, Zürich, Schulthess, coll. « Enseignements du 3^e cycle de droit », 2008, 607 p.

CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2008, 384 p.

DE MESTRAL A. et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, 609 p.

FAVOREU L. (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1982, 540 p.

FULCHIRON H. (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, 321 p.

Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Quatrième colloque du Département des droits de l'homme (Université catholique de Louvain, Centre d'études européennes, 7 décembre 1978), Bruxelles, Bruylant, Louvain-La-Neuve, Cabay, 1982, 188 p.

LEVINET M., « Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in **FULCHIRON H.** (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, pp. 55-80.

MAUS D. et BON P. (dir.), *La nouvelle République brésilienne. Études sur la Constitution du 5 octobre 1988*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif. Série travaux de l'Association française des constitutionnalistes », 1991, 451 p.

MBONGO P. (dir.), *La qualité des décisions de justice. Actes du colloque de Poitiers*, Editions du Conseil de l'Europe, coll. « Les études de la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ) », n° 4, 2007, 187 p.

MEYER-BISCH P. (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 23-25 novembre 1989*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, 272 p.

MÜLLER J.-P. (dir.), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, Staempfli, 1983, 207 p.

PFERSMANN O. et TIMSIT G. (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation. Journée d'étude internationale du 14 juin 1999*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2001, 189 p.

SUDRE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Limal, Anthemis, coll. « Droit et justice », 2014, 412 p.

II- Articles et contributions

A- Articles de revues

AGUIAR DE LUQUE L., « Los limites de los derechos fundamentales », *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, n° 14, pp. 9-34.

BALABAN O., « Intellectualisme et causalité chez Hegel, et les limites de la science moderne », *Archives de Philosophie*, 2005, n° 1, Tome 68, pp. 55-75.

BAURA E., « El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio », *Ius Canonicum*, 1987, XXVII, n° 54, pp. 697-739.

BOULNOIS O., « Les scolastiques, Bonaventure (v. 1220-1274), Thomas d'Aquin (1225-1274), Duns Scot (1265-1308) : béatitude, loi naturelle et pauvreté », in A. CAILLE, C. LAZZERI, M. SENELLART (dir.), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile*, Paris, La Découverte, 2001, pp. 176-191.

CATOIRA A. A., « El concepto jurisprudencial de limite de los derechos fundamentales », *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998, n° 2, pp. 13-31.

CHAMARD-HEIM C., *Jurisclasseur Libertés*, Fasc. 710.

DE SCHUTTER O., « L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme : un essai en démolition », *RDISDP*, 1992, n° 1, pp. 83-127.

DE SALVIA M., « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *CCC*, 2001, n° 11, pp. 93-97.

FLAUSS J.-F., « Les mutations de propriété dans les pays d'Europe centrale orientale (PECO) à l'épreuve de l'article 1 du Protocole additionnel (1^{ère} partie) », *LPA*, 1994, n° 77, pp. 36-40.

FRAISSE R., « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *LPA*, 2009, n° 46, pp. 74-85.

GEWIRTH A., « Are there any absolute rights ? », *The philosophical Quarterly*, 1981, vol. 31, n° 122, pp. 1-16.

GOESEL-LE BIHAN V.,

- « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1997, n° 30, pp. 227-267 ;
- « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Présentation générale », *LPA*, 2009, n° 46, pp. 62-69.

GONZALEZ G., « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2010, n° 5, pp. 1003-1010.

HOTTELIER M., « La garantie constitutionnelle de la propriété en droit fédéral suisse : Fondement, contenu et fonctions », *RIDC*, 1997, n° 1, pp. 135-157.

KATZ C., « Pour la proclamation par la Communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, n° 28, pp. 541-553.

KOLB R., « *Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation « positive » et « négative » », *RGDIP*, 2005, n° 2, pp. 305-329.

LEBRETON G., « Critique de la Déclaration universelle des Droits de l'homme », *CRDF*, 2009, n° 7, pp. 17-22.

LEVINET M.,

- « La liberté matrimoniale au sens de la CEDH », *RTDH*, 2004, pp. 889-903 ;
- « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la CourEDH », *Droits*, n° 49, 2009, pp. 3-18 ;
- « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 2010, n° 254, pp. 9-16.

MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J., « Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire », *D*, 2011, n° 24, pp. 1637-1642.

MARIA I., « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », *JCP G*, 2009, I, n° 23-24, 149, pp. 17-21.

MATHIEU J.-B., « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *LPA*, 1995, n° 29, pp. 12-17.

MATSCHER F., « La Cour européenne des droits de l'homme, hier, aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire. Regards d'un ancien juge de la Cour », *RTDH*, 2009, n° 80, pp. 901-921.

MUZNY P., « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP*, 2006, n° 4, pp. 977-1005.

NATALE V., « Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen », *RTDH*, 2006, n° 68, pp. 939-972.

PAREJO ALFONSO L., « El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a proposito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981 », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, Vol. 1, n° 3, pp. 169-190.

PAVIA M.-L., « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 1994, n° 54, pp. 6-13.

PAZARCI H., « La spécificité nationale turque concernant la Convention EDH », *LPA*, 2010, n° 254, pp. 41-43.

REDOR-FICHOT M.-J., « L'indivisibilité des Droits de l'homme », *CRDF*, 2009, n° 7, pp. 75-86.

RODRIGUEZ-ARMAS M. LORENZO, « El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional », *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, 1996, n° 13, p. 41-76.

SIMON D., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 2009, n° 46, pp. 17-25.

STEINMANN G., « Les critères de la limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle. Rapport du Tribunal fédéral suisse », *RUDH*, 2005, vol. 17, n°5-8, pp. 169-179.

SUAREZ L., « La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la constitución española de 1978 », *revista de la facultad de ciencias jurídicas*, 2011/12, n° 16/17, pp. 201-217.

SUDRE F.,

- « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D*, 1988, pp. 71-78.
- « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I, n° 28, 335, pp. 1365-1368.
- « Convention européenne des droits de l'homme. – Droits garantis. – Droit de propriété et droit à la non-discrimination », *Jurisclasseur Europe Traité*, Fasc. 6523.

TERRE F., « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits*, n° 1, 1985, pp. 33-49.

THIEFFRY P., « Contentieux de la validité des mesures communautaires de protection de l'environnement : le retour », *Gaz. Pal.*, 15 avril 2006, n° 126, pp. 873-881.

VAN DROOGHENBROECK S., « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *RTDH*, 2001, n° 46 spécial, pp. 541-566.

ZATTARA-GROS A.-F., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », *LPA*, 2009, n° 46, pp. 32-39.

B- Contributions dans des ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloques, journées d'études et séminaires

AMSELEK P., « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *Mélanges en l'honneur de Michel TROPER. L'architecture du droit*, Paris, Economica, 2006, pp. 51-77.

ARNOLD R., « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », in *Mélanges Jacques ROBERT. Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 463-480.

AUBERT J.-F.,

- « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse : Essai de synthèse », in *Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie : Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner KÄGI*, Zurich, Schulthess, 1979, pp. 1-31.
- « Limitation des droits de l'homme : le rôle respectif du législateur et des tribunaux », in DE MESTRAL A. et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, pp. 185-220.

BLECKMANN A. et BOTHE M., « General report on the theory of limitation on Human Rights », in DE MESTRAL A. et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, pp. 105-112.

BON P., « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », in MAUS D. et BON P. (dir.), *La nouvelle République brésilienne. Études sur la Constitution du 5 octobre 1988*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif. Série travaux de l'Association française des constitutionnalistes », 1991, p. 223-265.

BOTHE M., « Limitation des droits de l'homme – Le rôle respectif du législateur et des tribunaux en République Fédérale d'Allemagne », in DE MESTRAL A. et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, pp. 137-156.

BURGORGUE-LARSEN L., « Article 2-112 », in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 658-688.

CASALTA NABAIS J., « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel », in BON P. et al., *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1989, pp. 211-259.

CAUDAL S., « Rapport introductif », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2008, pp. 1-19.

CONDORELLI L., « Premier Protocole additionnel, article 1 », in PETTITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, pp. 971-997.

COSTA J.-P.,

- « Le raisonnement juridique de la Cour européenne des droits de l'homme », in PFERSMANN O. et TIMSIT G. (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation. Journée d'étude internationale du 14 juin 1999*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2001, pp. 121-128.
- « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Etudes en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 67-88.

DORD O., « Droits fondamentaux (notion de – et théorie des –) », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUÉNAUD J.-P., RIALS S., SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, pp. 332-336.

EISSEN M.-A., “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, in MACDONALD R. St. J., MATSCHER F., PETZOLD H. (éd.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff, 1993, pp 125-146.

GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J., « Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg », in

HENNEBEL L., « Les droits intangibles », in BRIBOSIA E. et HENNEBEL L. (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le Droit », 2004, pp. 195-218.

HOTTELIER M., « Le noyau intangible des libertés », in MEYER-BISCH P. (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 23-25 novembre 1989*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 67-74.

KÄLIN W., « Intégration by Constitutional Review : The Case of the Swiss Federal Tribunal », in BIEBER R. et WIDMER P., *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Verlag, coll. « Publications de l'Institut suisse de droit comparé », 1995, pp. 209-223.

KISSANGOULA J., « Jusnaturalisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, pp. 570-573.

LACOSTE J.-Y., « Être », in LACOSTE J.-Y. (dir.), *Dictionnaire critique de théologie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 3^e éd. revue et augmentée, 2007, pp. 503-516.

LEVINET M., « Le pluralisme confronté à la clause d'interdiction de l'abus de droit », in LEVINET M. (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2010, pp. 125-150.

MACHERET A., « Le noyau intangible des droits de l'homme : sources nationales et internationales », in MEYER-BISCH P. (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 23-25 novembre 1989*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 31-44.

MARGUENAUD J.-P., « L'atteinte à la substance du droit de propriété (67. Spörring et Lönnroth c/ Suède, 23 septembre 1982 », in *GACEDH*, 7^e éd., pp. 776-784.

MARIE J.-B., « La quête du noyau intangible », in MEYER-BISCH P. (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 23-25 novembre 1989*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 11-15.

MARTINEAU F., « Critères et standards rhétoriques de la bonne décision de justice », in MBONGO P. (dir.), *La qualité des décisions de justice. Actes du colloque de Poitiers*, Editions du Conseil de l'Europe, coll. « Les études de la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ) », n° 4, 2007, pp. 89-102.

MATSCHER F., « Idéalisme et réalisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à la mémoire de Rolv RYSSDAL. Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin, 2000, pp. 881-904.

MEYER-BISCH P.,

- « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », in MEYER-BISCH P. (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 23-25 novembre 1989*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 97-121.

- « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in BRIBOSIA E. et HENNEBEL L. (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2004, pp. 47-85.

MILLARD E., « Effectivité des droits de l'homme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUÉNAUD J.-P., RIALS S., SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, pp. 349-352.

MISRAHI R., « Substance », in *Dictionnaire de la philosophie*, Paris, Albin Michel, coll. « Collection Encyclopaedia universalis », 2000, pp. 1791-1799.

MORAND C.-A., « Le noyau intangible des droits constitutionnels », in MEYER-BISCH P. (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 23-25 novembre 1989*, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 53-61.

OEHLINGER T., « Cour constitutionnelle autrichienne », in FAVOREU L. (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1982, pp. 345-381.

OGIEN R., « Ethique (Grandes doctrines de l'éthique et droits de l'homme) », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUÉNAUD J.-P., RIALS S., SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, pp. 398-402.

OST F., « Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH », in DELMAS-MARTY M., *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1989, pp. 405-463.

PARTSCH K. J., « The contribution of universal international instruments on human rights », in DE MESTRAL A. et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, pp. 63-74.

PECHARMAN M., « Droit naturel (Doctrines modernes du) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, pp. 313-318.

PELLOUX R., « Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire aux Etats liés par les Convention et Pactes relatifs aux droits de l'homme », in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Quatrième colloque du Département des droits de l'homme* (Université catholique de Louvain, Centre d'études européennes, 7 décembre 1978), Bruxelles, Bruylant, Louvain-La-Neuve, Cabay, 1982, pp. 43-70.

PICARD E., « droits fondamentaux », in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », pp. 544-549.

RUPP H.G., « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Tribunal constitutionnel fédéral allemand », in FAVOREU L. (dir.), *Cours constitutionnelles*

européennes et droits fondamentaux, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1982, pp. 241-301.

SABETE W., « Limitations aux droits », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUÉNAUD J.-P., RIALS S., SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, pp. 656-662.

SIMHA S., « Substance », in BLAY M. (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse, CNRS, 3^e éd., 2012, pp. 992-994.

SUDRE F.,

- « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber Amicorum Marc-André EISEN*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1995, pp. 381-398.
- « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », in RUIZ-FABRI H. et SOREL J.M. (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, Paris, coll. « Collection Contentieux international », 2008, pp. 171-189.
- « La réécriture de la Convention par la Cour EDH », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 597-605.

TULKENS F.,

- « Dérégation », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUÉNAUD J.-P., RIALS S., SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, pp. 267-271.
- « Conclusions générales », in SUDRE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Limal, Anthemis, coll. « Droit et justice », 2014, pp. 397- 408.

VALINA L., « Droits intangibles dans le cadre du système interaméricain des DH », in PREMONT D. et al, *Droits intangibles et états d'exception*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Organisation internationale et relations internationales ; 36 », 1996, pp. 235–268.

VAN DE KERCHOVE M., « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in **VAN DE KERCHOVE M.** (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. Collection générale », 1978, pp. 13-50.

VEGLERIS P., in *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme* (Francfort, 9-12 avril 1980), Paris, Pedone, pp. 199-202.

VIALA A.,

- « Droits et libertés », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUÉNAUD J.-P., RIALS S., SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, pp. 327-330.
- « Le concept d'identité constitutionnelle. Approche théorique », in BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, coll. « Cahiers Européens (n° 1) », 2011, pp. 7-24.

VILLEY M., « Le droit dans les choses », in AMSELEK P. et GRZEGORCZYK Ch. (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1989, pp. 11-26.

WACHSMANN P., « droits de l'homme (protection internationale) », in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », pp. 540-544.

WILDHABER L., « Limitations on human rights in times of peace, war and emergency : a report on swiss law », in DE MESTRAL A. et al. (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, pp. 41-62.

WINTGENS L.-J., « Le projet philosophique moderne : l'histoire standard et la *quaestio originis* », in *Mélanges en l'honneur de Michel TROPER. L'architecture du droit*, Paris, Economica, 2006, pp. 1003-1019.

WYRZYKOWSKI M., « The constitutions of the Eastern European Countries in the Structure of European Constitutionalism », in BIEBER R. et WIDMER P., *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Verlag, coll. « Publications de l'Institut suisse de droit comparé », 1995, pp. 151-163.

ZAGREBELSKY G., « Cour constitutionnelle italienne », in FAVOREU L. (dir), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit public positif », 1982, pp. 303-334.

ZIMMERMANN T., « Le noyau intangible des droits fondamentaux : la quête d'une définition », in CASHIN-RITAINE E. et MAITRE-ARNAUD E. (éd.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bruxelles, Bruylant, Zürich, Schulthess, coll. « Enseignements du 3^e cycle de droit », 2008, pp. 299-326.

III- Chroniques

AKANDJIKOMBE J.-F., « Actualité de la Charte sociale européenne », *RTDH*, chronique pluri-annuelle, de 1999 à 2012.

BURGORGUE-LARSEN L., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, chronique bi-annuelle, depuis septembre 2010.

DECAUX E. et TAVERNIER J.-P. (dir.), « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI*, chronique annuelle, depuis 1990 ; avec **BOUMGHAR M.**, depuis 2011.

DUBOS O., « Europe », chronique pluri-annuelle, *JCP A*, depuis 2005 ; avec **SZYMCZAK D.**, depuis 2008.

FLAUSS J.-F., « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », chronique annuelle, *AJDA*, chronique annuelle ou pluri-annuelle de 1992 à 1998 ; puis, « actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, chronique bi-annuelle annuelle, de novembre 1998 à août 2010.

HUYGHE M., « Expropriation d'utilité publique », *JCP G*, chronique annuelle, depuis juin 2004.

MARGUENAUD J.-P. et J. RAYNARD, « Sources internationales », *RTD Civ.*, chronique (pluri-)annuelle, de 1998-2014 (depuis 2004, **MARGUENAUD J.-P.** seul).

PELLOUX R., « Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme », *AFDI*, chronique annuelle, de 1961 à 1984.

ROBLOT-TROIZIER A. et RAMBAUD T., « Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, chronique bi-annuelle, depuis 1998 jusqu'à aujourd'hui ; avec **TUSSEAU G.**, depuis juillet 2011.

ROLLAND P., « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI*, chronique annuelle, depuis 1978 ; en collaboration avec **TAVERNIER P.**, de 1985 à 1990.

SUDRE F.

- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, chronique semestrielle, depuis 1993.
- « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », chronique annuelle de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (IDEDH), *RDP*, depuis 2007.

IV- Autres documents

Protection de la propriété culturelle : un droit individuel et commun, doc. E/C.12/2000/16.

Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency, doc. E/CN. 4/Sub. 2/1982/15.

V- Sites internet (principaux)

<http://www.bger.ch/fr/>

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

Bibliographie générale

<http://www.conseil-etat.fr>

<http://www.corteidh.or.cr>

<http://www.courdecassation.fr>

<https://curia.europa.eu/>

<http://mjp.univ-perp.fr/>

<http://www.echr.coe.int>

<http://www.icj-cij.org>

<http://hub.coe.int>

<http://www.larousse.fr>

<http://www.ohchr.org/FR/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>

<http://www.servat.unibe.ch/>

<https://www.tribunalconstitucional.es/fr/Paginas/default.aspx>

<http://www.unictr.org>

INDEX JURISPRUDENTIEL

(Les numéros en gras renvoient aux paragraphes)

Sommaire

- I- Tables alphabétiques de la jurisprudence issue du Conseil de l'Europe**
 - A- Jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme
 - 1° Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme
 - 2° Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme
 - B- Jurisprudence relative à la Charte sociale européenne (Comité européen des droits sociaux)
- II- Table alphabétique de la jurisprudence communautaire/de l'Union européenne**
- III- Tables chronologiques de la jurisprudence nationale**
 - A- Jurisprudence allemande
 - B- Jurisprudence suisse
 - C- Jurisprudence espagnole
 - D- Jurisprudence française
 - 1° Jurisprudence du Conseil constitutionnel
 - 2° Jurisprudence du Conseil d'Etat
 - 3° Jurisprudence judiciaire

I- Tables alphabétiques de la jurisprudence issue du Conseil de l'Europe

(Les arrêts surlignés en gras correspondent aux arrêts rendus en formations Plénière et de Grande chambre)

A- Jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme

1° Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme

Boers c/ Belgique, (déc. irrecev.), 6 avril 1992, req. n° 15158/89 : **198, 263.**

Chassagnou et autres c/ France, (rapport), 30 octobre 1997, req. n° 25088/94 : **348, 406.**

Draper c/ Royaume-Uni, (rapport), 10 juillet 1980, req. n° 8186/78 : **207.**

F. c/ Suisse, (rapport), 14 juillet 1986, req. n° 11329/85 : **234.**

Hamer c/ Royaume-Uni, (déc. recev.), 13 octobre 1977, req. n° 7114/75, DR 10 : **207, 256, 276.**

I. c/ Suisse, (rapport), 14 mai 1992, req. n° 13972/88 : **166.**

Katikaridis et autres c/ Grèce, (déc. recev. partielle), 31 août 1994, req. n° 19385/91 : **395.**

Katte Klitsche de la Grange c/ Italie, (déc. recev. partielle), 20 octobre 1992, req. n° 12539/86 : **395.**

Omar c/ France, (rapport), 6 mars 1997, req. n° 24767/94 : **194.**

Pitzalis ; Lo Surdo c/ Italie, (déc. recev. partielle), 8 avril 1991, req. n° 15296/89 : **93, 125, 207, 266.**

Plattform Ärzte Für Das Leben c/ Autriche, (déc. recev. partielle), 17 octobre 1985, req. n° 10126/82, DR 44, p. 76 : **406.**

Rommelfanger c/ Allemagne, (déc. irrecev.), 6 septembre 1989, req. n° 12242/86, DR, n° 62, p. 151 : **393.**

S.A. Pressos Compania Naviera c/ Belgique, (déc. recev. partielle), 6 septembre 1993, req. n° 17849/91 : **194.**

Sakik, Türk, Alinak, Zana, Dicle et Dogan c/ Turquie, (déc. recev. partielle), 25 mai 1995, req. n° 23878/94 ; 23879/94 ; 23880/94 ; 23881/94 ; 23882/94 ; 23883/94 : **256.**

Van Oosterwijck c/ Belgique, (rapport), 1^{er} mars 1979, req. n° 7654/76 : **207.**

Walter-Georg Hempfing c/ RFA, (déc. irrecev.), 7 mars 1991, req. n° 14622/89 : **390.**

X. c/ La Belgique, (déc. irrecev.), 2 février 1971, req. n° 4372/70, Recueil 37 : **222.**

2° Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

A

- A. c/ Royaume-Uni*, 17 décembre 2002, req. n° 35373/97, Recueil des arrêts et décisions 2002-X : **246**.
- Abdolkhani et Karimnia c/ Turquie*, 22 septembre 2009, req. n° 30471/08 : **150, 444**.
- ADEFDROMIL c/ France*, 2 octobre 2014, req. n° 32191/09 : **406**.
- Aerts c/ Belgique*, 30 juillet 1998, req. n° 25357/94, Recueil 1998-V : **164**.
- Ahmed et autres c/ Royaume-Uni*, 2 septembre 1998, req. n° 22954/93, Recueil 1998-VI : **203**.
- Ahmet Yildirim c/ Turquie*, 18 décembre 2012, req. n° 3111/10, Recueil des arrêts et décisions 2012 : **248**.
- Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, 23 juillet 1968, req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, A6 : **2, 7, 11, 23, 54, 66, 76-77, 79-80, 82-83, 85, 100-101, 115, 220-222, 453, 464**.
- Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, req. n° 6289/73, A32 : **441, 449**.
- Aït-Mouhoub c/ France*, 28 octobre 1998, req. n° 22924/93, Recueil 1998-VIII : **419, 445, 447**.
- Aksoy c/ Turquie*, 18 décembre 1996, req. n° 21987/93, Recueil 1996-VI : **110**.
- Alajos Kiss c/ Hongrie*, 20 mai 2010, req. n° 38832/06 : **185**.
- Al-Dulimi et Montana Management Inc. c/ Suisse*, 21 juin 2016, req. n° 5809/08, Recueil des arrêts et décisions 2016 : **351, 369**.
- Allan c/ Royaume-Uni*, 5 novembre 2002, req. n° 48539/99, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX : **159**.
- Aparicio Navarro Reverter et García San Miguel y Orueta c/ Espagne*, 10 janvier 2017, req. n° 39433/11 : **276**.
- Appleby et autres c/ Royaume-Uni*, 6 mai 2003, req. n° 44306/98, Recueil des arrêts et décisions 2003-VI : **8, 177, 446**.
- Aquilina c/ Malte*, 29 avril 1999, req. n° 25642/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-III : **32, 67, 152**.
- Annoni Di Gussola et autres c/ France*, 14 novembre 2000, req. n° 31819/96 ; 33293/96, Recueil des arrêts et décisions 2000-XI : **421**.
- Antonetto c/ Italie*, 20 juillet 2000, req. n° 15918/89 : **402**.
- Ashingdane c/ Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n° 8225/78, A93 : **83, 86-87, 93, 125, 130, 195, 223-226, 232-237, 277, 441**.
- Asikis et 106 autres c/ Grèce*, (déc. irrecev.), 22 juin 2000, req. n° 48229/99 : **375**.
- Association Rhino et autres c/ Suisse*, 11 octobre 2011, req. n° 48848/07 : **406**.
- Atanasovski c/ « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, 14 janvier 2010, req. n° 36815/03 : **431**.

Aziz c/ Chypre, 22 juin 2004, req. n° 69949/01, Recueil des arrêts et décisions 2004-V : **144, 203, 264.**

B

B. et L. c/ Royaume-Uni, 13 septembre 2005, req. n° 36536/02 : **234.**

Baka c/ Hongrie, **23 juin 2016**, req. n° 20261/12, Recueil des arrêts et décisions 2016 : **184.**

Baranowski c/ Pologne, 28 mars 2000, req. n° 28358/95, Recueil des arrêts et décisions 2000-III : **431.**

Barrenechea Atucha c/ Espagne, 22 juillet 2008, req. n° 34506/02 : **194, 294.**

Beauseigneur c/ France, (déc. irrecev.), 23 octobre 2007, req. n° 17779/04 : **372.**

Béláné Nagy c/ Hongrie, **13 décembre 2016**, req. n° 53080/13, Recueil des arrêts et décisions 2016 : **407.**

Běleš et autres c/ République Tchèque, 12 novembre 2002, req. n° 47273/99, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX : **194.**

Bellet c/ France, 4 décembre 1995, req. n° 23805/94, A333-B : **445.**

Beneficio Cappella Paolini c/ Saint-Marin, 13 juillet 2004, req. n° 40786/98, Recueil des arrêts et décisions 2004-VIII : **130, 194, 276.**

Benkaddour c/ France, (déc. irrecev.), 18 novembre 2003, req. n° 51685/99 : **93, 125, 201, 276.**

Berger c/ France, 3 décembre 2002, req. n° 48221/99 : **417.**

Bilen c/ Turquie, 21 février 2006, req. n° 34482/97 : **110.**

Blandeau c/ France, 10 juillet 2008, req. n° 9090/06 : **164, 276, 280.**

Boulois c/ Luxembourg, **3 avril 2012**, req. n° 37575/04, Recueil des arrêts et décisions 2012 : **272.**

Bourdov c/ Russie, 7 mai 2002, req. n° 59498/00, Recueil des arrêts et décisions 2002-III : **189, 238.**

Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni, **26 mai 1993**, req. n° 14553/89 ; 14554/89, A258-B : **109, 110.**

Brogan et autres c/ Royaume-Uni, **29 novembre 1988**, req. n° 11209/84 ; 11234/84 ; 11266/84 ; 11386/85, A145-B : **8, 86-87, 109, 152, 154, 177, 222, 237, 265.**

Broniowski c/ Pologne, **22 juin 2004**, req. n° 31443/96, Recueil des arrêts et décisions 2004-V : **395, 402.**

Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne, 19 décembre 1997, req. n° 26737/95 : **417.**

Brumarescu c/ Roumanie, **28 octobre 1999**, req. n° 28342/95, Recueil des arrêts et décisions 1999-VII : **67, 164.**

Budayeva et autres c/ Russie, 20 mars 2008, req. n° 15339/02 ; 11673/02 ; 15343/02 ; 20058/02 ; 21116/02, Recueil des arrêts et décisions 2008 : **402.**

Bykov c/ Russie, 10 mars 2009, req. n° 4378/02 : **166.**

C

- Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, 25 février 1982, req. n° 7511/76 ; 7743/76, A48 : **222**.
- Celice c/ France*, 8 mars 2012, req. n° 14166/09 : **263**.
- Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c/ Roumanie*, 17 juillet 2014, req. n° 47848/08, Recueil des arrêts et décisions 2014 : 150, 318.**
- Chamaïev et autres c/ Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, req. n° 36378/02, Recueil des arrêts et décisions 2005-III : **150**.
- Chassagnou et autres c/ France*, 29 avril 1999, req. n° 25088/94 ; 28331/95 ; 28443/95, Recueil des arrêts et décisions 1999-III : 330, 348.**
- Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, Recueil des arrêts et décisions 2002-VI : 47, 205, 210, 234.**
- Chypre c/ Turquie*, 10 mai 2001, req. n° 25781/94, Recueil des arrêts et décisions 2001-IV : 188.**
- Çiloğlu et autres c/ Turquie*, 6 mars 2007, req. n° 73333/01 : **170**.
- Cordova c/ Italie (n° 1)*, 30 janvier 2003, req. n° 40877/98 : **292, 294**.
- Cordova c/ Italie (n° 2)*, 30 janvier 2003, req. n° 45649/99 : **292**.
- Couturon c/ France*, 25 juin 2015, req. n° 24756/10 : **402**.
- Cossey c/ Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, req. n° 10843/84, A184 : 210, 234.**
- Crisan c/ Roumanie*, 27 mai 2003, req. n° 42930/98 : **158, 164, 195, 272, 276**.
- Cudak c/ Lituanie*, 23 mars 2010, req. n° 15869/02, Recueil des arrêts et décisions 2010 : 372.**

D

- Danis et L'association des personnes d'origine Turque c/ Roumanie*, 21 avril 2015, req. n° 16632/09 : **146**.
- Deak c/ Roumanie*, 4 novembre 2008, req. n° 42790/02 : **194, 445**.
- De Becker c/ Belgique*, 27 mars 1962, req. n° 214/56, A4 : **317**.
- Debeffe c/ Belgique*, (déc. irrecev.), 9 juillet 2002, req. n° 64612/01 : **164**.
- De Geouffre de la Pradelle c/ France*, 16 décembre 1992, req. n° 12964/87, A253-B : **445**.
- Delcourt c/ Belgique*, 17 janvier 1970, req. n° 2689/65, A11 : **29**.
- Demir et Baykara c/ Turquie*, 12 novembre 2008, req. n° 34503/97, Recueil des arrêts et décisions 2008 : 172, 330, 406.**
- Dogan et autres c/ Turquie*, 29 juin 2004, req. n° 8803/02 ; 8804/02 ; 8805/02 ; 8806/02 ; 8807/02 ; 8808/02 ; 8809/02 ; 8810/02 ; 8811/02 ; 8813/02 ; 8815/02 ; 8816/02 ; 8817/02 ; 8818/02 ; 8819/02, Recueil des arrêts et décisions 2004-VI : **398, 402**.
- Durreche c/ France*, (déc. irrecev.), 7 septembre 2004, req. n° 59521/00 : **375**.
- Düzova c/ Turquie*, 5 juin 2012, req. n° 40310/06 : **192, 280**.

E

***E.B. c/ France*, 22 janvier 2008, req. n° 43546/02 : 444.**

Edificaciones March Gallego S.A. c/ Espagne, 19 février 1998, req. n° 28028/95, Recueil 1998-I : **184, 288.**

Eglise catholique de la Canée c/ Grèce, 16 décembre 1997, req. n° 25528/94, Recueil 1997-VIII : **126, 192, 276, 280.**

Église Métropolitaine de Bessarabie et autres c/ Moldova, 13 décembre 2001, req. n° 45701/99, Recueil des arrêts et décisions 2001-XII : **389.**

Ekoglasnost c/ Bulgarie, 6 novembre 2012, req. n° 30386/05 : **181.**

Erkner et Hofauer c/ Autriche, 23 avril 1987, req. n° 9616/81, A117 : **402.**

Ernst et autres c/ Belgique, 15 juillet 2003, req. n° 33400/96 : **180, 294.**

Essaadi c/ France, 26 février 2002, req. n° 49384/99 : **269.**

Eusko Abertzale Ekintza - Accion Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c/ Espagne, 7 décembre 2010, req. n° 51762/07 ; 51882/07 : **143, 372.**

***Evans c/ Royaume-Uni*, 10 avril 2007, req. n° 6339/05, Recueil des arrêts et décisions 2007-I : 188, 388.**

F

***F. c/ Suisse*, 18 décembre 1987, req. n° 11329/85, A128 : 348.**

***Fabris c/ France*, 7 février 2013, req. n° 16574/08, Recueil des arrêts et décisions 2013 : 124.**

Fatma Nur Erten et Adnan Erten c/ Turquie, 25 novembre 2014, req. n° 14674/11 : **311.**

Fayed c/ Royaume-Uni, 21 septembre 1994, req. n° 17101/90, A294-B : **348, 355, 419.**

***Fernández Martínez c/ Espagne*, 12 juin 2014, req. n° 56030/07, Recueil des arrêts et décisions 2014 : 174, 389.**

Forum maritime S.A. c/ Roumanie, 4 octobre 2007, req. n° 63610/00 ; 38692/05 : **184, 294.**

Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni, 30 août 1990, req. n° 12244/86 ; 12245/86 ; 12383/86, A182 : **87, 154, 237.**

Frasik c/ Pologne, 5 janvier 2010, req. n° 22933/02, Recueil des arrêts et décisions 2010 : **252, 375.**

Freimanis et Lidums c/ Lettonie, 9 février 2006, req. n° 73443/01 ; 74860/01 : **152.**

Funke c/ France, 25 février 1993, req. n° 10828/84, A256-A : **159.**

G

Gatto c/ Italie, (déc. irrecev.), 8 mars 2016, req. n° 19424/08 : **4.**

Georgiadis c/ Grèce, 29 mai 1997, req. n° 21522/93, Recueil 1997-III : **402.**

Glod c/ Roumanie, 16 septembre 2003, req. n° 41134/98 : **158.**

***Golder c/ Royaume-Uni*, 21 février 1975, req. n° 4451/70, A18 : 8, 222, 224, 237.**

Grosaru c/ Roumanie, 2 mars 2010, req. n° 78039/01, Recueil des arrêts et décisions 2010 : **143**.

Gustafsson c/ Suède, 25 avril 1996, req. n° 15573/89, Recueil 1996-II : 126, 330.

H

Haralambie c/ Roumanie, 27 octobre 2009, req. n° 21737/03 : **158**.

Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie, 26 octobre 2000, req. n° 30985/96, Recueil des arrêts et décisions 2000-XI : **8, 174, 389**.

Hauler c/ Roumanie, 12 juillet 2007, req. n° 67703/01 : **158**.

Hauschild c/ Danemark, 24 mai 1989, req. n° 10486/83, A154 : **317**.

Heaney et McGuinness c/ Irlande, 21 décembre 2000, req. n° 34720/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-XII : **94, 159-160, 189, 238, 280**.

Hirst c/ Royaume-Uni (n° 2), 6 octobre 2005, req. n° 74025/01, Recueil des arrêts et décisions 2005-IX : **87, 233, 441**.

Howald Moor et autres c/ Suisse, 11 mars 2014, req. n° 52067/10 ; 41072/11 : **184**.

Hutten-Czapska c/ Pologne, 19 juin 2006, req. n° 35014/97, Recueil des arrêts et décisions 2006-VIII : **405**.

I

I. c/ Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n° 25680/94 : **210**.

Ielo c/ Italie, 6 décembre 2005, req. n° 23053/02 : **180**.

Ilievi c/ Bulgarie, 28 mai 2009, req. n° 7254/02 : **294**.

Imbrioscia c/ Suisse, 24 novembre 1993, req. n° 13972/88, A275 : **166**.

Immobiliare Saffi c/ Italie, 28 juillet 1999, n° 22774/93, Recueil des arrêts et décisions 1999-V : **189**.

Irfan Güzel c/ Turquie, 7 février 2017, req. n° 35285/08 : **369**.

Irfan Temel et autres c/ Turquie, 3 mars 2009, req. n° 36458/02 : **414**.

Ivanova et Ivashova c/ Russie, 26 janvier 2017, req. n° 797/14 ; 67755/14 : **294**.

J

Jalloh c/ Allemagne, 11 juillet 2006, req. n° 54810/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-IX : **189, 238**.

James et autres c/ Royaume-Uni, 21 février 1986, A98 : **401**.

Janosevic c/ Suède, 23 juillet 2002, req. n° 34619/97, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII : **445**.

Jelicic c/ Bosnie-Herzégovine, 31 octobre 2006, req. n° 41183/02, Recueil des arrêts et décisions 2006-XII : **294**.

John Murray c/ Royaume-Uni, 8 février 1996, req. n° 18731/91, Recueil 1996-I : **159, 189**.

Johnston et autres c/ Irlande, 18 décembre 1986, req. n° 9697/82, A112 : **205, 330**.

K

***Karoly Nagy c/ Hongrie*, 14 septembre 2017, req. n° 56665/09 : 248.**

***Kart c/ Turquie*, 3 décembre 2009, req. n° 8917/05, Recueil des arrêts et décisions 2009 : 166, 246, 421.**

Khalifaoui c/ France, (déc. recev.), 2 mars 1999, req. n° 34791/97 : 194.

Khamidov c/ Russie, 15 novembre 2007, req. n° 72118/01 : 351, 375.

Kimlya et autres c/ Russie, 1^{er} octobre 2009, req. n° 76836/01 ; 32782/03, Recueil des arrêts et décisions 2009 : 4, 446-447.

***Klass et autres c/ Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n° 5029/71, A28 : 317.**

Klyakhin c/ Russie, 30 novembre 2004, req. n° 46082/99 : 150.

Koktepe c/ Turquie, 22 juillet 2008, req. n° 35785/03 : 402.

Konstantinidis c/ Grèce, 3 avril 2014, req. n° 58809/09 : 369, 393.

Koskina et autres c/ Grèce, 21 février 2008, req. n° 2602/06 : 195.

Koutalidis c/ Grèce, 27 novembre 2014, req. n° 18785/13 : 152.

Kovatch c/ Ukraine, 7 février 2008, req. n° 39424/02, Recueil des arrêts et décisions 2008 : 181.

Krasnov et Skouratov c/ Russie, 19 juillet 2007, req. n° 17864/04 ; 21396/04 : 185.

Kreuz c/ Pologne, 19 juin 2001, req. n° 28249/95, Recueil des arrêts et décisions 2001-VI : 421.

Krombach c/ France, 13 février 2001, req. n° 29731/96, Recueil des arrêts et décisions 2001-II : 8.

L

***Labita c/ Italie*, 6 avril 2000, req. n° 26772/95, Recueil des arrêts et décisions 2000-IV : 181, 233.**

Lamarche c/ Roumanie, 16 septembre 2008, req. n° 21472/03 : 445.

Lawless c/ Irlande (n° 3), 1^{er} juillet 1961, req. n° 332/57, A3 : 110, 114.

Les Authentiks et Supras Auteuil 91 c/ France, req. n° 4696/11 ; 4703/11 : 407.

Les Saints Monastères c/ Grèce, 9 décembre 1994, req. n° 13092/87 ; 13984/88, A301-A : 130, 192.

Levages Prestations Services c/ France, 23 octobre 1996, req. n° 21920/93 : 417.

***Leyla Sahin c/ Turquie*, 10 novembre 2005, req. n° 44774/98, Recueil des arrêts et décisions 2005-XI : 232, 273, 366, 414, 442.**

Ligue du monde islamique et organisation islamique mondiale du secours islamique c/ France, 15 janvier 2009, req. n° 36497/05 ; 37172/05 : 192.

***Lithgow et autres c/ Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, req. n° 9006/80 ; 9262/81 ; 9263/81 ; 9265/81 ; 9266/81 ; 9313/81 ; 9405/81, A102 : 94, 191, 233, 263, 269, 285.**

***Loizidou c/ Turquie*, 18 décembre 1996, req. n° 15318/89, Recueil 1996-VI : 402.**

Losonci Rose et Rose c/ Suisse, 9 novembre 2010, req. n° 664/06 : 388.

Lungoci c/ Roumanie, 26 janvier 2006, req. n° 62710/00 : 180.

M

***Magyar Helsinki Bizottság c/ Hongrie*, 8 novembre 2016, req. n° 18030/11, Recueil des arrêts et décisions 2016 : 446.**

Malige c/ France, 23 septembre 1998, req. n° 27812/95, Recueil 1998-VII : 369.

Mamac et autres c/ Turquie, 20 avril 2004, req. n° 29486/95 ; 29487/95 : 189.

Mamatas et autres c/ Grèce, 21 juillet 2016, req. n° 63066/14 ; 64297/14 ; 66106/14 : 402.

***Mamatkoulov et Askarov c/ Turquie*, 4 février 2005, req. n° 46827/99 ; 46951/99, Recueil des arrêts et décisions 2005-I : 61.**

***Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74, A31 : 396, 431.**

Marini c/ Albanie, 18 décembre 2007, req. n° 3738/02 : 164, 263.

Matelly c/ France, 2 octobre 2014, req. n° 10609/10 : 406.

***Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, 2 mars 1987, req. n° 9267/81, A113 : 8, 86, 143, 201, 233, 414, 440-441.**

Matos et Silva, Lda, et autres c/ Portugal, 16 septembre 1996, req. n° 15777/89, Recueil 1996-IV : 398-399.

***Matthews c/ Royaume-Uni*, 18 février 1999, req. n° 24833/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-I : 126, 144, 203, 264.**

Mazeas c/ France, (déc. irrecev.), 13 novembre 2008, req. n° 11270/04 : 294.

Mazzoni c/ Italie, 16 juin 2015, req. n° 20485/06 : 372, 418.

***McElhinney c/ Irlande*, 21 novembre 2001, req. n° 31253/96, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI : 130, 195, 292.**

***McKay c/ Royaume-Uni*, 3 octobre 2006, req. n° 543/03 : 369.**

***Medvedyev et autres c/ France*, 29 mars 2010, req. n° 3394/03, Recueil des arrêts et décisions 2010 : 150.**

***Mellacher et autres c/ Autriche*, 19 décembre 1989, req. n° 10522/83 ; 11011/84 ; 11070/84, A169 : 395.**

Melnitchenko c/ Ukraine, 19 octobre 2004, req. n° 17707/02, Recueil des arrêts et décisions 2004-X : 145, 441.

Memlika c/ Grèce, 6 octobre 2015, req. n° 37991/12 : 414.

M.H. c/ Royaume-Uni, 22 octobre 2013, req. n° 11577/06 : 150.

Mimikos c/ Grèce, (déc. irrecev.), 18 septembre 2003, req. n° 27629/02 : 372.

Miragall Escolano et autres c/ Espagne, 25 janvier 2000, req. n° 38366/97 ; 38688/97 ; 40777/98 ; 40843/98 ; 41015/98 ; 41400/98 ; 41446/98 ; 41484/98 ; 41487/98 ; 41509/98, Recueil des arrêts et décisions 2000-I : 194.

Moghaddas c/ Turquie, 15 février 2011, req. n° 46134/08 : 150.

Mogielnicki c/ Pologne, 15 septembre 2015, req. n° 42689/09 : 421.

***Mooren c/ Allemagne*, 9 juillet 2009, req. n° 11364/03 : 150, 369.**

Mottola et autres c/ Italie, 4 février 2014, req. n° 29932/07 : 184, 294.

***Mouvement Raëlien suisse c/ Suisse*, 13 juillet 2012, req. n° 16354/06, Recueil des arrêts et décisions 2012 : 177, 248.**

Müller et autres c/ Suisse, 24 mai 1988, req. n° 10737/84, A133 : **273**.

Musumeci c/ Italie, 11 janvier 2005, req. n° 33695/96 : **180**.

N

Nait-Liman c/ Suisse, 21 juin 2016, req. n° 51357/07 : **418**.

National & Provincial building society, the Leeds Permanent Building Society et the Yorkshire building society c/ Royaume-Uni, 23 octobre 1997, req. n° 21319/93 ; 21449/93 ; 21675/93, Recueil 1997-VII : **180**.

National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers c/ Royaume-Uni, 8 avril 2014, req. n° 31045/10, Recueil des arrêts et décisions 2014 : **406**.

Nedzela c/ France, 27 juillet 2006, req. n° 73695/01 : **87, 277, 288**.

Nejdet Şahin and Perihan Şahin c/ Turquie, 20 octobre 2011, req. n° 13279/05 : **431**.

Norbert Sikorski c/ Pologne, 22 octobre 2009, req. n° 17599/05 : **61**.

O

Obst c/ Allemagne, 23 septembre 2010, req. n° 425/03 : **389**.

Odièvre c/ France, 13 février 2003, req. n° 42326/98, Recueil des arrêts et décisions 2003-III : **169, 388**.

Ofensiva Tinerilor c/ Roumanie, 15 décembre 2015, req. n° 16732/05 : **441**.

O'halloran et Francis c/ Royaume-Uni, 29 juin 2007, req. n° 15809/02 ; 25624/02, Recueil des arrêts et décisions 2007-III : **130, 160, 273, 351**.

Omar c/ France, 29 juillet 1998, req. n° 24767/94, Recueil 1998-V : **252, 419**.

Öner Kaya c/ Turquie, 10 avril 2007, req. n° 9007/03 : **189**.

Oneryildiz c/ Turquie, 30 novembre 2004, req. n° 48939/99, Recueil des arrêts et décisions 2004-XII : **402**.

Oran c/ Turquie, 15 avril 2014, req. n° 28881/07 ; 37920/07 : **146, 414**.

Osman c/ Royaume-Uni, 28 octobre 1998, req. n° 23452/94, Recueil 1998-VIII : **180**.

Ozgurluk Ve Dayanisma Partisi (ODP) c/ Turquie, 10 mai 2012, req. n° 7819/03, Recueil des arrêts et décisions 2012 : **146**.

P

Paksas c/ Lituanie, 6 janvier 2011, req. n° 34932/04, Recueil des arrêts et décisions 2011 : **233, 414**.

Papamichalopoulos c/ Grèce, 24 juin 1993, req. n° 14556/89, A260-B : **402**.

Parti conservateur russe des entrepreneurs c/ Russie, 11 janvier 2007, req. n° 55066/00 ; 55638/00 : **145, 185**.

Parti Pour Une Société Démocratique (DTP) et autres c/ Turquie, 12 janvier 2016, req. 3840/10 ; 3870/10 ; 3878/10 ; 15616/10 ; 21919/10 ; 37272/10 ; 39118/10 : **414**.

Pêcheur c/ Luxembourg, 11 juillet 2007, req. n° 16308/02 : **152**.

Peltier c/ France, 21 mai 2002, req. n° 32872/96 : **369**.

- Petkov et autres c/ Bulgarie*, 11 juin 2009, req. n° 77568/01 ; 178/02 ; 505/02 : **181, 441**.
- Philis c/ Grèce*, 27 août 1991, req. n° 12750/87 ; 13780/88 ; 14003/88, A209 : **164, 192, 276, 280**.
- Phinikaridou c/ Chypre*, 20 décembre 2007, req. n° 23890/02 : **8, 393, 446**.
- Platakou c/ Grèce*, 11 janvier 2001, req. n° 38460/97, Recueil des arrêts et décisions 2001-I : **164, 280**.
- Podkolzina c/ Lettonie*, 9 avril 2002, req. n° 46726/99, Recueil des arrêts et décisions 2002-II : **145, 185, 233, 252, 414, 441**.
- Pompey c/ France*, 10 octobre 2013, req. n° 37640/11 : **272**.
- Popov c/ France*, 19 janvier 2012, req. n° 39472/07 ; 39474/07 : **50**.
- Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02 : **47**.
- Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne*, 12 juillet 2001, req. n° 42527/98, Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII : 126, 195, 246, 269, 372, 417.**
- Pschalidis, Koutmeridis et Zaharakis c/ Grèce*, 10 avril 2008, req. n° 27863/05 ; 28422/05 ; 28028/05 : **369**.
- Py c/ France*, 11 janvier 2005, req. n° 66289/01, Recueil des arrêts et décisions 2005-I : **185, 441**.

R

- Radeva c/ Bulgarie*, 3 juillet 2012, req. n° 13577/05 : **369**.
- Rahimi c/ Grèce*, 5 avril 2011, req. n° 8687/08 : **50**.
- Rees c/ Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, req. n° 9532/81, A106 : 86-87, 205, 209-210, 234, 330.**
- Regner c/ République Tchèque*, 19 septembre 2017, req. n° 35289/11 : 248.**
- Riza et autres c/ Bulgarie*, 13 octobre 2015, req. n° 48555/10 ; 48377/10 : **414, 441, 447**.
- Rodriguez Valin c/ Espagne*, 11 octobre 2001, req. n° 47792/99 : **288**.
- Ruslan Yakovenko c/ Ukraine*, 4 juin 2015, req. n° 5425/11, Recueil des arrêts et décisions 2015 : **445**.

S

- Saez Maeso c/ Espagne*, 9 novembre 2004, req. n° 77837/01 : **180**.
- Sahin c/ Allemagne*, 8 juillet 2003, req. n° 30943/96, Recueil des arrêts et décisions 2003-VIII : 188.**
- Santos Pinto c/ Portugal*, 20 mai 2008, req. n° 39005/04 : **130, 431**.
- Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, 16 juin 2015, req. n° 40167/06, Recueil des arrêts et décisions 2015 : 402.**
- Saunders c/ Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, req. n° 19187/91, Recueil 1996-VI : 159.**
- Savda c/ Turquie*, 12 juin 2012, req. n° 42730/05 : **174**.
- Schmid-Laffer c/ Suisse*, 16 juin 2015, req. n° 41269/08 : **159**.

- Schüth c/ Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n° 1620/03, Recueil des arrêts et décisions 2010 : **388-389, 393**.
- Scoppola c/ Italie* (n° 3), 18 janvier 2011, req. n° 126/05 : **185**.
- S. et W. c/ Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, req. n° 20166/92 : **47**.
- Serves c/ France*, 20 octobre 1997, req. n° 20225/92, rec. 1997-VI : **238, 444**.
- Shapovalov c/ Ukraine*, 31 juillet 2012, req. n° 45835/05 : **194**.
- Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, req. n° 22985/93 ; 23390/94, Recueil 1998-V : 115, 210, 234, 246, 269.**
- Siebenhaar c/ Allemagne*, 3 février 2011, req. n° 18136/02 : **389**.
- Sik c/ Grèce*, 29 janvier 2015, req. n° 28157/09 : **375, 418**.
- Silay c/ Turquie*, 5 avril 2007, req. n° 8691/02 : **372**.
- Siliadin c/ France*, 26 juillet 2005, req. n° 73316/01, Recueil des arrêts et décisions 2005-VII : **8, 61, 444**.
- Sinan Isik c/ Turquie*, 2 février 2010, req. n° 21924/05, Recueil des arrêts et décisions 2010 : **174**.
- Sindicatul « Păstorul Cel Bun » c/ Roumanie*, 9 juillet 2013, req. n° 2330/09, Recueil des arrêts et décisions 2013 : 406.**
- Sitaropoulos et Giakoumopoulos c/ Grèce*, 15 mars 2012, req. n° 42202/07, Recueil des arrêts et décisions 2012 : 144, 414, 441.**
- Sociedad Anónima Del Ucieza c/ Espagne*, 4 novembre 2014, req. n° 38963/08 : **402**.
- Solari c/ République de Moldova*, 28 mars 2017, req. n° 42878/05 : **407**.
- Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, 23 septembre 1982, req. n° 7151/75 ; 7152/75, A52 : 8, 330, 396-402, 404, 447.**
- Stancu c/ Roumanie*, 29 avril 2008, req. n° 30390/02 : **158**.
- Stubbings et autres c/ Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, req. n° 22083/93 : **94, 125, 263, 285**.
- Sud Est Réalisations c/ France*, 2 décembre 2010, req. n° 6722/05 : **402**.
- Sud parisienne de construction c/ France*, 11 février 2010, req. n° 33704/04 : **405**.
- Sunday Times c/ Royaume-Uni* (n° 1), 26 avril 1979, req. n° 6538/74, A30 : 431.**
- Szuluk c/ Royaume-Uni*, 2 juin 2009, req. n° 36936/05 : **5**.

T

- Tănase c/ Moldova*, 27 avril 2010, req. n° 7/08, Recueil des arrêts et décisions 2010 : 233, 414.**
- Tanrikulu c/ Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 23763/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-IV : 8, 130.**
- Tarantino et autres c/ Italie*, 2 avril 2013, req. n° 25851/09 ; 29284/09 ; 64090/09, Recueil des arrêts et décisions 2013 : **414**.
- Terazzi SRL c/ Italie*, 17 octobre 2002, req. n° 27265/95 : **399**.
- Theodoraki et autres c/ Grèce*, 11 décembre 2008, req. n° 9368/06 : **405**.
- Tinnelly & Sons LTD et autres et McElduff et autres c/ Royaume-Uni*, 10 juillet 1998, req. n° 20390/92 ; 21322/92, Recueil 1998-IV : **94, 269, 292**.

Tolstoy Miloslavsky c/ Royaume-Uni, 13 juillet 1995, req. n° 18139/91, A316-B : **375, 417.**

T.P. et K.M. c/ Royaume-Uni, 10 mai 2001, req. n° 28945/95, Recueil des arrêts et décisions 2001-V : **366, 421.**

Trevisanato c/ Italie, 15 septembre 2016, req. n° 32610/07 : **418.**

Tripadus c/ République de Moldova, 22 avril 2014, req. n° 34382/07 : **150.**

Turcan et Turcan c/ Moldova, 23 octobre 2007, req. n° 39835/05 : **150.**

TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c/ Norvège, 11 décembre 2008, req. n° 21132/05, Recueil des arrêts et décisions 2008 : **390.**

V

Valentin Dumitrescu c/ Roumanie, 1^{er} avril 2008, req. n° 36820/02 : **158.**

Vasilakis c/ Grèce, 17 janvier 2008, req. n° 25145/05 : **390.**

Vasilescu c/ Roumanie, 22 mai 1998, req. n° 27053/95, Recueil 1998-III : **402.**

Velyo Velez c/ Bulgarie, 27 mai 2014, req. n° 16032/07, Recueil des arrêts et décisions 2014 : **66, 414.**

Vito Sante Santoro c/ Italie, 1^{er} juillet 2004, req. n° 36681/97, Recueil des arrêts et décisions 2004-VI : **181.**

W

Waite et Kennedy c/ Allemagne, 18 février 1999, req. n° 26083/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-I : **184, 292, 294, 445.**

Walser c/ France, 1 juillet 2004, req. n° 56653/00 : **252.**

Weissman et autres c/ Roumanie, 24 mai 2006, req. n° 63945/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-VII : **445.**

Wilson, National union of journalists et autres c/ Royaume-Uni, 2 juillet 2002, req. n° 30668/96 ; 30671/96 ; 30678/96, Recueil des arrêts et décisions 2002-V : **172.**

Winterwerp c/ Pays-Bas, 24 octobre 1979, req. n° 6301/73, A33 : **87, 150, 177, 237.**

Wittek c/ Allemagne, 12 décembre 2002, req. n° 37290/97, Recueil des arrêts et décisions 2002-X : **402.**

Women on waves et autres c/ Portugal, 3 février 2009, req. n° 31276/05 : **54, 170.**

Y

Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, 13 août 1981, req. n° 7601/76 ; 7806/77, A44 : **8, 126, 227, 330.**

Yumak et Sadak c/ Turquie, 8 juillet 2008, req. n° 10226/03, Recueil des arrêts et décisions 2008 : **146, 185, 233, 273.**

Z

Z.A.N.T.E. - Marathonisi A.E c/ Grèce, 28 mai 2009, req. n° 14216/03 : **405.**

Zdanoka c/ Lettonie, 16 mars 2006, req. n° 58278/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-IV : **143, 233, 414, 438, 441**.

Zerella c/ Italie, (déc. irrecev.), 22 avril 2008, req. n° 43347/04 : **196**.

Zinovchik c/ Russie, 9 février 2016, req. n° 27217/06 : **4**.

Zolotas c/ Grèce (n° 2), 29 janvier 2013, req. n° 66610/09, Recueil des arrêts et décisions 2013 : **402**.

Zwiazek Nauczycielstwa Polskiego c/ Pologne, 21 septembre 2004, req. n° 42049/98, Recueil des arrêts et décisions 2004-IX : **272**.

B- Jurisprudence relative à la Charte sociale européenne (Comité européen des droits sociaux)

Bedriftsforbundet c/ Norvège, 17 mai 2016, récl. n° 103/2013 : **5**.

Confédération des entreprises suédoises c/ Suède, 22 mai 2003, récl. n° 12/2002 : **5, 406**.

Confédération européenne de Police (EuroCOP) c/ Irlande, 2 décembre 2013, récl. n° 83/2012 : **5**.

Fédération des entreprises finlandaises c/ Finlande, 16 octobre 2007, récl. n° 35/2006 : **5, 406**.

Conseil Européen des Syndicats de Police (CESP) c/ France, 27 janvier 2016, récl. n° 101/2013 : **406**.

II- Table alphabétique de la jurisprudence communautaire/de l'Union européenne

(Les arrêts surlignés en gras correspondent aux arrêts rendus en Grande chambre)

Digital Rights Ireland Ltd c/ Minister for Communications, Marine and Natural Resources et autres et Kärntner Landesregierung et autres, 8 avril 2014, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 : **450**.

Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich, 12 juin 2003, aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 : **392**.

J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung c/ Commission des Communautés européennes, 14 mai 1974, aff. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51 : **28, 87**.

Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz, 13 décembre 1979, aff. 44/79, ECLI:EU:C:1979:290 : **365**.

Ministère public de Fribourg c/ Franz Keller, 8 octobre 1986, aff. 234/85, ECLI:EU:C:1986:377 : **262**.

Neptune Distribution SNC c/ Ministre de l'Économie et des Finances, 15 décembre 2015, aff. C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823 : **450**.

Scarlet Extended SA c/ Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam), 14 novembre 2011, aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 : **39**.

Thierry Delvigne c/ Commune de Lesparre Médoc et Préfet de la Gironde, 6 octobre 2015, aff. C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648 : **450**.

Wachauf, 13 juillet 1989, aff. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 : **365**.

Zoran Spasic, 27 mai 2014, aff. C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586 : **65, 450**.

III- Tables chronologiques de la jurisprudence nationale

A- Jurisprudence allemande

BVerfGE 6, 32, 16 janvier 1957, « *Elfes* » : **33, 48**.

BVerfGE 7, 377, 11 juin 1958, « *Pharmacies* » : **97**.

BVerfGE 22, 180, 18 juillet 1967 : **365**.

BVerfGE 24, 367, 18 décembre 1968 : **28**.

BVerfGE 30, 47, 15 décembre 1970 : **365**.

BVerfGE 32, 373, 8 mars 1972 : **97**.

BVerfGE 34, 238, 31 janvier 1973 : **33, 97**.

BVerfGE 44, 353, 24 mai 1977 : **33**.

BVerfGE 58, 300, 15 juillet 1981 : **365**.

B- Jurisprudence suisse

ATF 88 I 248, 14 novembre 1962, « *Dafflon* » : **28, 33**.

ATF 90 I 29, 25 mars 1964 : **33**.

ATF 98 Ia 508, 28 juin 1972 : **33, 98**.

ATF 99 Ia 604, 4 avril 1973 : **365**.

ATF 100 Ia 392, 27 novembre 1974 : **365**.

ATF 103 Ia 417, 5 octobre 1977 : **28**.

ATF 106 Ia 277, 30 septembre 1980 : **161**.

ATF 123 I 296, 12 novembre 1997 : **33, 98**.

C- Jurisprudence espagnole

STC 11/1981, 8 avril 1981 (BOE n° 99 du 25 avril 1981), « *Droit de grève* » : **27, 38, 55, 64**.

STC 196/1987, 11 décembre 1987 (BOE n° 7 du 8 janvier 1988) : **161**.

STC 137/1990, 19 juillet 1990 (BOE n° 181 de 30 de juillet de 1990) : **98**.

STC 71/1994, 3 mars 1994 (BOE n° 71 du 24 mars 1994) : **365**.

STC 50/1995, 23 février 1995 (BOE n° 77 du 31 mars 1995) : **365**.

D- Jurisprudence française

1° Jurisprudence du Conseil constitutionnel

CC, 16 janvier 1991, 90-287 DC, *Rec.*, p. 24 : **402**.

CC, 16 janvier 1991, 90-284 DC, *Rec.*, p 20 : **5**.

2° Jurisprudence du Conseil d'Etat

CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, *Rec.* p. 213 : **36**.

CE, 12 avril 2012, *Syndicat national des producteurs d'énergie photovoltaïque et autres*, n° 337528 : **5**.

3° Jurisprudence judiciaire

Cass., 1^{ère} Civ., 21 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 97, p. 65 : **5**.

Cass., 1^{ère} Civ., 19 novembre 2002, *Bull. civ. I*, n° 275 : **28**.

Cass., Plén., 7 avril 2006, *Bull.*, n° 3, p. 5 : **5**.

CA Lyon, 1^{ère} Civ. A, 7 octobre 2010, n° 10/04507 : **5**.

CA Lyon, 1^{ère} Civ., 9 avril 2013, n° 13/03481 : **5**.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros en gras renvoient aux paragraphes)

A

Abus de droit : 113-116.

Apparences (théorie des) : 402, 447.

Argumentation (à la CourEDH) :

- des parties : **250 et s., 271 et s., 390, 398, 405-406, 414, 421.**
- de juges (opinions séparées) : **12, 87, 94, 115, 126, 130, 150, 152, 159, 166, 169, 172, 177, 188, 191, 194-195, 210, 245 et s., 269, 318-319, 351, 369, 388, 414, 441.**

C

Coercition (notion de) : 159-160, 174, 238, 330.

Comité européen des droits sociaux : 5, 406.

Contrôle (CEDH) :

- **Clause d'ordre public** (classique ; « renouvelée ») : **85, 102, 103, 168, 180-181, 184-186, 188, 225, 228, 232, 234, 237, 273, 287, 290-295, 351, 366, 369, 371-373, 375, 385-386, 391, 406, 410, 414, 436, 446, 450, 452.**
- **Condition de conventionnalité** (notion de) : **37, 83-88, 91, 110, 125-126, 180, 219, 221-222, 225, 233-240, 252, 263, 271-272, 276-277, 287-295, 306, 326-330, 338-339, 356, 369, 372-373, 375, 385, 400-401, 405-407, 410, 414, 417, 419, 431, 441, 443-444, 449-453.**

Contrôle (CC) :

- **Non-dénaturation/privation des garanties légales : 5, 365.**

Cour constitutionnelle allemande : 28, 33, 48, 97, 365.

Cour de justice des communautés européennes/de l'Union européenne : 28, 39, 65, 87, 262, 365, 369, 392, 395, 407, 450.

Culture juridique (continentale ; de *Common law*) : **318.**

D

Dérogations (aux droits ; voir aussi Indérogeabilité/intangibilité) : **106 et s.**

Dignité (concept ou principe de) : **47-52, 102, 118.**

Droits garantis par la CEDH (abordés principalement) :

- **à ne pas s'auto-incriminer/de se taire : 94, 158 et s., 189, 238, 273, 280, 444.**
- **à des élections libres : 8, 86, 93, 106, 125, 130, 141 et s., 161, 179, 181, 185-186, 188, 200 et s., 232-233, 252, 264, 273, 369, 372, 411, 413-414, 440-442, 447.**
- **à l'instruction : 2, 7-8, 66, 77, 85, 178, 188, 221-222, 232, 413-414, 442.**
- **à la liberté de religion : 8, 174, 386, 389, 446-447.**

- à la liberté de réunion et d'association : 8, 53, 126, 172, 227, 330, 348, 389, 406-407.
- à la liberté et à la sureté : 8, 32, 86, 109-110, 148 et s., 222, 237, 256, 265, 369, 444.
- au mariage : 8, 86, 93, 125, 188, 205 et s., 234, 246, 252, 266, 269, 276, 330, 348.
- de propriété : 8, 28, 161, 177-178, 227, 271, 330, 395 et s., 447, 453.
- à un tribunal : 67, 86, 93-94, 110, 157, 164, 190 et s., 224-225, 246, 252, 263, 269, 272, 277, 280, 288, 292, 294, 311, 348, 351, 366, 369, 372, 375, 413, 416 et s., 431, 441, 444-445, 447, 453.
- à la vie privée et familiale : 8, 174, 188, 355, 369, 386, 388, 392-393, 444, 446.

Droit objectif :

- (notion de) : 23, 36-37, 39, 318, 321-322.
- cognitivisme : 23-24, 34, 36-40, 71.

E

Effectivité (des droits ; d'un droit) : 91, 233, 366, 438 et s.

I

Indérogeabilité/intangibilité/noyau dur des droits (voir aussi Dérogation ; Protection de la substance du droit) : 58 et s. ; 102, 110, 114, 116.

Institution (concept d') : 4, 28, 395.

Intelligibilité : 24, 429, 431, 450.

Interprétation :

- méthodes et techniques (CEDH) : 7, 65, 150, 317, 449.
- objets de l' (CEDH) : 124, 230.

- théorie du droit (générale et doctrine du « sens clair ») : 37.
- théorie du droit (méthode de « Surdétermination » – DIDH) : 52 et s.

J

Jouissance/exercice :

- couple de : 28, 33, 45, 49, 110-111, 177, 188, 207, 446.
- notions (propres) de : 91, 103, 105, 109, 452-453.

Jusnaturalisme : 23, 34, 36, 38-39, 320, 322, 379.

L

Légitimité du juge : 24, 39-40, 133, 242.

Liberté (concept ; notion de) : 6, 45, 50, 118-119.

Limitations (aux droits ; voir aussi

Dérogation ; Restriction) :

- (concept de) : 8.
- explicites : 114, 130, 168, 178, 225, 227-228, 248, 306, 331, 369, 385 et s.
- implicites : 85, 106, 143, 168, 218-219, 225-227, 229, 331-332, 408 et s. (et inhérentes : 85, 331, 372).
- limites aux/des limites : 86-87, 114-115, 338, 365, 404, 452.

P

Principe :

- (concept de) : 77 et s.
- général : 36, 81, 431, 449.
- interprétatif : 401, 450, 452-454.

Proportionnalité (voir aussi Contrôle) :

- (principe ; règle de) : 81, 102, 228.

- rapports avec la protection de la substance du droit : **93, 110, 170, 174, 222, 225, 234, 246, 248, 263, 269, 276-279, 288, 290 et s., 332, 340, 343 et s., 401 et s., 431, 436, 441, 450, 464-465.**

Protection de la substance du droit (voir aussi Contrôle ; Proportionnalité) :

- **Injustifiable en soi** (notion d') :

-en droit de la CEDH : **90 et s., 216, 273, 279, 347-348, 350-351, 355, 358, 414.**

-en droit étranger : **97 et s.**

- **Injustifié in casu** (notion d') : **93, 273, 279 et s., 350-351, 355, 358, 368-369, 386.**

- **Modèles** (du principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit) :

- *Ashingdane* : **224-226, 232 et s., 252, 263, 272, 277, 288, 292, 294, 296, 311, 351, 372, 417, 419, 445.**

- *Mathieu-Mohin* : **233, 252, 264, 276, 372, 414, 441.**

- *Rees* : **234, 252, 266.**

- **Radicalité de l'atteinte** : **130, 150, 187 et s., 273, 392 et s., 450.**

- Synonymes (CEDH) :

- **Essence** : **9, 27, 54, 144, 150, 154, 170, 172, 177, 225, 237, 248, 264, 406, 421.**

- **Intangible** (noyau, substance) et **intangibilité** (concept d') : **9, 17, 20, 34, 39, 47, 53, 62, 82, 89, 102, 110, 115, 118, 279, 321, 324, 350, 358, 368, 434.**

- **Noyau** : **9, 27, 41, 47, 52 et s., 62, 166, 246, 388, 391.**

- **Cœur** : **9, 27, 166, 174, 246, 388-390, 393, 406.**

- **Violation** (de la CEDH) :

- relation avec la protection de la substance du droit : **83, 122 et s., 369.**

- constats de (en lien avec constat d'atteinte à la substance) : **7, 126, 130, 152, 159, 164, 192, 203, 207, 210, 264-265, 276, 280, 285, 292, 294, 351, 369, 372, 375, 388, 393, 402, 406, 445-446.**

R

Raisonnement concret et pragmatique (voir aussi Réalisme) : **101, 241, 317 et s., 339, 349, 355, 450.**

Réalisme (voir aussi Raisonnement concret et pragmatique - CEDH) :

- **ancien** : **34, 101, 320 et s.**

- **moderne** : **37.**

Renonciation (à un droit) : **117 et s.**

Restrictions (aux droits) :

- (concept de) : **8, 45, 106, 109-110, 168.**

S

Sécurité juridique :

- (notion ; principe de) : **102, 122, 359, 430-431.**

- **prévisibilité** : **321, 431.**

T

Tribunal constitutionnel espagnol : **27-28, 33, 38, 64, 98, 161, 365.**

Tribunal Fédéral suisse : **4, 28, 33, 48, 98, 161, 348, 365.**

TABLE DES MATIERES

Sommaire	I
Remerciements	II
Liste des principales abreviations	III
Introduction	1
§ I. Les origines plurielles de la protection de la substance du droit conventionnelle	2
§ II. Les modalités générales de développement de la protection de la substance du droit conventionnelle	7
§ III. Des intérêts de l'étude de la protection de la substance du droit conventionnelle à l'enjeu de celle-ci	11
§ IV. Les conditions de l'étude de la protection de la substance du droit conventionnelle	13
§ V. La structure de l'étude de la protection de la substance du droit conventionnelle	15
Partie 1. Un « objet » intangible inhérent au droit	17
Titre 1. Une conception idéale	19
Chapitre 1. Une substance du droit absolue	21
Section 1. Une substance du droit déterminable a priori	22
§ I. Une substance du droit connaissable en tant que telle	23
A) Une présentation théorique	23
B) Une démonstration pratique	28
§ II. Une substance du droit objectivement connaissable	32
Section 2. Des critères de détermination non explicités	38
§ I. L'absence de référence explicite aux critères d'identification relevant d'une « macro perspective »	39
A) Le critère de la dignité, à l'aune de la jurisprudence européenne ?	41
B) Le critère de surdétermination, à l'aune de la jurisprudence européenne ?	45
§ II. L'absence de référence explicite aux critères d'identification de la substance du droit relevant d'une « micro perspective »	48
A) Le « critère » de l'indérogeabilité, à l'aune de la jurisprudence européenne ?	49
B) Le critère de l'identité, à l'aune de la jurisprudence européenne ?	53
Conclusion du Chapitre 1	58
Chapitre 2. Une protection absolue de la substance du droit	59
Section 1. Un principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit doublement absolu	60
§ I. Une interdiction absolue d'atteinte à la substance du droit reconnue	60
A) Une nature de principe	61
B) Un rôle de condition première	65
§ II. Une atteinte à la substance du droit appréciée absolument	68
A) Une limite à ne pas dépasser « en soi »	69
B) Une limite singulière importée	73
1) Des origines connues	73
2) Une raison d'être présumée	77
Section 2. Un principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit à la portée non explicitée	81
§ I. Un principe au champ d'application flou quant aux catégories de limitations visées	81

Table des matières

A) L'indéfinition du champ d'application quant aux deux catégories principales de mesures étatiques	82
B) L'indéfinition du champ d'application quant à la perte du droit.....	88
1) Le rapport du principe à l'abus de droit	89
2) Le rapport du principe avec la renonciation à un droit	92
§ II. Un principe aux critères de contrôle tacites.....	96
A) L'automatisme de la violation en cas d'atteinte à la substance du droit	96
B) L'absence d'éléments apparents de détermination de l'atteinte à la substance du droit	99
Conclusion du Chapitre 2	102
Conclusion du Titre 1	103
Titre 2. Une réalisation très imparfaite de l'idéal.....	104
Chapitre 1. Un impact pratique particulièrement limité quant à la substance du droit ..	105
Section 1. Une identification rare et controversée de la substance du droit absolue .	106
§ I. Trois terrains d'identification durable	106
A) La substance du droit à des élections libres (article 3 Protocole n° 1 CEDH)	107
1) L'hypothèse d'identification	107
a) L'émergence de l'hypothèse	107
b) L'affirmation de l'hypothèse	108
2) Les limites de l'hypothèse	110
B) La substance relative au droit à la liberté et à la sûreté (article 5 CEDH)	111
1) L'hypothèse d'identification	111
a) Le développement de l'hypothèse sur le terrain du 4 ^{ème} paragraphe de l'article 5	111
b) Le développement de l'hypothèse sur le terrain du 3 ^{ème} paragraphe de l'article 5	113
c) Le développement de l'hypothèse sur le terrain du 1 ^{er} paragraphe, c) de l'article 5	114
2) Les limites de l'hypothèse	115
C) La substance relative au droit à un procès équitable (article 6 CEDH)	116
1) L'hypothèse d'identification	117
2) Les limites de l'hypothèse	119
§ II. De multiples cas d'identification ponctuelle	121
A) Les manifestations principales de substances d'espèce	121
1) Les illustrations propres au droit à un tribunal	121
2) Une illustration propre aux droits de la défense	123
B) Les manifestations subsidiaires de substances d'espèce	124
1) Une illustration d'espèce relative au droit à la liberté d'expression (article 10 CEDH).....	124
2) Une illustration d'espèce relative au droit à la liberté de réunion et d'association (article 11 CEDH)	125
3) Les illustrations d'espèce relatives au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9 CEDH).....	126
Section 2. Une absence prédominante d'identification de la substance du droit absolue	129
§ I. Des cas de non-identification « stricte », principalement déficients	130
A) Des cas généraux et élémentaires.....	130
B) Des cas ambivalents	132
§ II. Des cas de non-identification « combinée », résolument déviants.....	134

Table des matières

A) Des cas majoritaires sur le terrain du droit à un procès équitable (article 6 CEDH).....	135
1) Les illustrations propres à la représentation et capacité d’ester en justice	136
2) Les illustrations propres aux voies de recours et règles procédurales	138
3) Une illustration propre aux règles et coutumes relatives à la pratique judiciaire.....	140
B) Des cas « doubles » sur le terrain du droit à des élections libres (article 3 Protocole n° 1 CEDH).....	141
1) Une relecture de la jurisprudence fondatrice	142
2) Une relecture de la jurisprudence confirmatrice	142
C) Des cas « originels » sur le terrain du droit au mariage (article 12 CEDH)..	143
1) Les illustrations principales émanant de la jurisprudence de la Commission EDH.....	144
2) Les illustrations accessoires émanant de la jurisprudence de la Cour EDH	145
Conclusion du Chapitre 1	148
Chapitre 2. Un impact pratique limité quant à la protection de la substance du droit ...	149
Section 1. Une manifestation principale de la protection absolue au sein des principes applicables	150
§ I. Des formules principielles établies	150
A) Une structure théorique spécifique aux droits susceptibles de limitations prétoriennement organisées	150
1) Des modèles fondateurs propres	151
a) Un modèle initial contestable	151
b) Un modèle ultérieur abouti	152
2) Un contraste avec les droits susceptibles de limitations explicites	154
B) Une formulation particulière à chaque droit	155
1) Des formulations principielles adaptées	155
a) Les modèles directement dérivés	155
b) Les modèles non-directement dérivés.....	158
2) Des formulations principielles autonomes	160
§ II. Des expressions principielles complémentaires	161
A) L’expression de juges à la Cour EDH.....	161
1) Des prises de position marquées s’agissant de la conception absolue	161
2) Des prises de position surprenantes et ambivalentes s’agissant de la conception absolue	162
B) L’expression de parties devant la Cour EDH.....	163
1) L’ancrage relatif de l’expression gouvernementale	164
2) La rareté de l’expression des requérants	165
Section 2. Une manifestation subsidiaire de la protection absolue au sein du contrôle à l’espèce.....	167
§ I. Des expressions d’application variablement évocatrices.....	167
A) Des illustrations claires	167
1) L’expression claire de la Cour EDH	167
2) L’expression inégalement claire d’autres « acteurs » de la Cour EDH	169
a) L’expression éloquente de juges à la Cour EDH	170
b) L’expression fractionnée et nébuleuse des parties devant la Cour EDH.....	170
B) Des illustrations douteuses	173
1) L’hypothèse positive d’une primitivité du test d’interdiction d’atteinte à la substance du droit.....	173

Table des matières

2) L'hypothèse négative d'un injustifié d'espèce	175
§ II. Des limites flagrantes	177
A) La non-évocation de la notion durant le contrôle	177
1) L'absence de contrôle explicite d'atteinte à la substance du droit.....	178
2) Un contrôle implicite-négatif d'atteinte à la substance du droit ?	178
B) Le recours visible aux autres instruments sur le terrain du contrôle	180
1) La mise en œuvre explicite des autres conditions de la clause d'ordre public renouvelée	180
2) Une solution paradoxale au titre de l'interdiction d'atteinte à la substance du droit	181
Conclusion du Chapitre 2	183
Conclusion du Titre 2	184
Conclusion de la Partie 1	185
Partie 2. Un mécanisme de protection des droits	186
Titre 1. Une conception réaliste	187
Chapitre 1. La confusion de la substance et de la protection de la substance du droit ..	188
Section 1. L'indétermination de la substance du droit	189
§ I. L'indétermination de la substance du droit en tant que telle	189
A) La consubstantialité au contrôle.....	189
B) L'absence de signification en soi	191
§ II. Les fondements logiques de l'indétermination.....	192
A) Un raisonnement juridique pratique et concret	192
B) Une posture héritée du jusnaturalisme ancien ?	196
Section 2. La fonctionnalité de la substance du droit.....	200
§ I. La prévalence de la protection de la substance du droit	200
A) Une fonction principale d'encadrement des limitations au droit	200
B) Une fonction concurrente de définition du champ du droit	202
§ II. L'absence de valeur ajoutée de la référence à la substance du droit	206
A) Une critique du terme substance du droit, spécifiquement	206
B) Une critique de la notion de protection de la substance du droit, généralement	206
Conclusion du Chapitre 1	210
Chapitre 2. La relativité nuancée de la protection de la substance du droit	211
Section 1. La thèse ambivalente de l'absolutisme pragmatique.....	212
§ I. Une équivalence fonctionnelle séduisante	212
A) L'interdiction absolue d'atteinte à la substance du droit	212
B) Le rapprochement logique à un instrument éprouvé	214
§ II. Une équivalence fonctionnelle illusoire	217
A) La dérive de l'excès de facilité	217
B) La dérive de l'absence de permanence.....	220
Section 2. La thèse relativiste radicale	222
§ I. La pleine assimilation au principe de proportionnalité.....	222
A) L'identité parfaite avec un mécanisme éprouvé	222
B) L'interdiction relative de l'atteinte à la substance du droit	225
§ II. La mise en œuvre exclusive du contrôle de proportionnalité	229
A) Une structure d'examen propre à la clause d'ordre public	229
B) Une solution révélatrice de l'identité entre les deux principes	232
Conclusion du Chapitre 2	235
Conclusion du Titre 1	236
Titre 2. Un emploi ultimement réaliste	237

Table des matières

Chapitre 1. La progressive diffusion de la conception relative de la protection de la substance du droit	238
Section 1. Un développement naturellement privilégié en matière de droits susceptibles de limitations explicites	239
§ I. Les formes générales de la catégorie des droits susceptibles de limitations explicites.....	239
A) La valorisation du domaine du droit en cause.....	239
B) Le degré d'intensité de l'atteinte	244
§ II. La forme particulière propre au droit de propriété (article 1 Protocole n° 1 CEDH).....	246
A) Une forme doublement spécifique	247
1) La spécificité tenant au terrain d'intervention de la protection de la substance du droit.....	247
2) La spécificité tenant au rôle du principe de respect de la propriété découvert	250
B) Une métamorphose vers un type général	254
Section 2. Un basculement progressif en matière de droits susceptibles de limitations implicites	260
§ I. De la confusion pratique à l'assimilation théorique à l'égard de la proportionnalité	260
A) Une confusion pratique diffuse	260
B) Une assimilation théorique épisodique	261
§ II. L'exemple particulier du droit à un tribunal (article 6, § 1 CEDH)	265
A) L'essor de la confusion pratique	265
B) Les prémices de l'assimilation théorique	267
C) L'explicitation de l'assimilation théorique	268
Conclusion du Chapitre 1	270
Chapitre 2. Le dessein d'une métamorphose pérenne de la protection de la substance du droit	271
Section 1. Le nécessaire dépassement de la dualité conceptuelle de la protection de la substance du droit.....	272
§ I. La nocivité de la variabilité conceptuelle	272
A) Une source de complexité	273
B) Une source d'insécurité juridique	274
§ II. L'impasse d'une mise en œuvre exclusive	276
A) L'implacable écueil du caractère illusoire	276
B) L'implacable écueil du caractère inutile	277
Section 2. L'issue réaliste de la protection de la substance du droit à travers l'exigence d'effectivité	279
§ I. Une proximité notable.....	279
A) La protection conjointe de la substance et de l'effectivité du droit	279
B) L'exigence d'effectivité garante de la protection de la substance du droit ...	282
§ II. Une substitution envisageable	286
A) Une condition en propre ?.....	287
B) Un principe interprétatif particulier ?.....	289
Conclusion du Chapitre 2	292
Conclusion du Titre 2.....	293
Conclusion de la Partie 2.....	294
Conclusion générale	295
Bibliographie générale	298

Table des matières

Index jurisprudentiel	319
Index alphabétique	335
Table des matières	338

Vu et permis d'imprimer
Montpellier, le.....

Le Président de l'Université de Montpellier
Philippe AUGE

RESUME EN FRANÇAIS

La mystérieuse notion de protection de la substance du droit recouvre dans la jurisprudence strasbourgeoise, comme en droit comparé, une double dimension : faisant instinctivement écho à une perception idéale du droit, trouvant ses origines dans un jusnaturalisme moderne, elle convoie tout d'abord un sens absolu. Il s'agit ainsi d'admettre l'existence d'une substance déterminée inhérente à tel ou tel droit garanti et sujette à une protection totale et inconditionnelle face aux limitations étatiques. Cela dit, les limites théoriques, mais surtout pratiques, à l'expression d'une conception absolue de la notion dans la jurisprudence conventionnelle sont nombreuses. Ces limites convergent vers l'adhésion principale du juge européen à une vision réaliste de la protection de la substance du droit. Comprise comme un strict outil du contrôle judiciaire, elle détient alors un caractère pleinement relatif, se voyant la plupart du temps associée de fait – voire, dans les principes – à une logique proportionnaliste par la Cour européenne. L'ambivalence globale et profonde d'une telle jurisprudence incite à repenser l'emploi de cette notion, tout en préservant sa précieuse finalité au sein du système conventionnel.

TITRE ET RESUME EN ANGLAIS

The protection of the essence of the right by the European Court of Human Rights

The mysterious notion of protection of the essence of the right has in European Court's case-law, as in comparative legal systems, a double dimension: it seems instinctively to be linked to an ideal vision of the law, drawing its roots in the jusnaturalist ideology, and possesses an absolute meaning. It implies admitting the existence of a specific essence, inherent to one or another right itself, and prone to a full and unconditional protection. However, theoretical and above all practical limits against the absolute conception of the notion in the Court's case-law are numerous. These limits converge towards the idea of a main support from the European judge to a realistic perception. Understood only as a tool for the judge, it covers then a relative conception, the protection of the essence of the right being often assimilated – in fact, and even within the principles – to the proportionality rule by the ECtHR. In front of the global and deep ambivalence of the related case-law, it appears necessary to rethink this notion, keeping in mind its precious purpose inside of the system of the ECHR.

Discipline : DROIT PUBLIC

Mots-clés : Clause d'ordre public, Conception, Contrôle, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Essence, Idéalisme, Intangibilité, Interprétation, Limitations aux droits de l'homme, Noyau dur, Proportionnalité, Réalisme, Substance.

Keywords: Conception, Control, Core, Essence, European Court of Human Rights, Idealism, Intangibility, Interpretation, Limitations of Human Rights, Proportionality, Public order clause, Realism, Substance.

Intitulé et adresse de l'U.F.R. :

Faculté de droit et de science politique, 39 Rue de l'Université, 34060 Montpellier