

II.5. Le législateur et la jurisprudence de la Cour EDH

II.5.1. Les principes

- 111.** Par la ratification de la Convention et des protocoles additionnels, les Etats-membres s'engagent à des obligations négatives et positives à l'égard des personnes qui se trouvent sous leur autorité.^{2/207}

Ils doivent s'abstenir d'actes et de comportements qui portent atteinte aux droits et libertés, accordés à ces personnes par la Convention et ses protocoles.

Les obligations négatives existent dans le chef de toute autorité publique qui représente un Etat-membre, en ce compris son pouvoir judiciaire.

Ces autorités publiques doivent non seulement respecter les droits et libertés des personnes qui se trouvent sous leur autorité (application verticale), mais aussi surveiller et garantir, dans le cadre de leurs interventions, que ces personnes respectent les droits et libertés des autres titulaires (application horizontale).

Puisque chaque titulaire sait que ses actes et comportements seront appréciés par les pouvoirs publics à la lumière des droits et libertés des autres, il est incité à anticiper et à se soucier de leurs droits et libertés, sans attendre l'intervention des pouvoirs publics.

Afin d'améliorer l'efficacité des droits et des libertés, la Cour EDH a complété les obligations négatives par des obligations positives. Par des mesures appropriées les Etats-membres doivent réaliser l'exercice effectif des droits et libertés des titulaires.^{2/208}

Elle se réserve par ailleurs le droit de requalifier la nature de l'obligation dont le plaignant se prévaut. Tout en reconnaissant que la distinction n'est pas toujours aisée ou précise, la Cour peut donc décider que le plaignant se prévaut de la violation d'une obligation positive, alors même qu'il invoque la méconnaissance d'une obligation négative (et vice versa). ^{2/209}

Elle fait également une distinction entre les aspects procéduraux (essentiellement l'article 6 de la Convention) et substantiels de chaque droit ou liberté. L'importance et l'enjeu des aspects procéduraux ne sauraient être sous-

^{2/207} Voy supra nos 64-68 ; voy. par exemple Cour EDH 13 février 2020, ND et NT / Espagne, § 110.

^{2/208} J. LAVRIJSEN, *Human rights in a positive state*, Anvers, Intersentia, 2016, 428 p; M. Beijer, *The limits of fundamental rights protection by the EU*, Anvers, Intersentia, 2017, 19-106.

^{2/209} Voy. M.AFROUKH, *La pertinence discutable du critère exclusif du mode de résolution des conflits de droits*, in F. SUDRE (éd.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthémis, 2014, 80-83 ; H. SURREL, *la détermination prétorienne du cadre d'examen de conflits de droit*, in F. SUDRE (éd.), op. cit., 166-175.

estimés, mais l'exposé, qui suit, focalise en principe sur les aspects substantiels des droits et libertés.

112. Les droits et libertés que la Convention accorde, s'adressent aux personnes (physiques et morales) qui se trouvent sous l'autorité des Etats-membres (article 1^{er}). Indépendamment de leur nationalité, elles sont titulaires des droits et libertés, visés par la Convention.

Après l'épuisement des voies de recours nationaux 2/210, le titulaire qui s'estime victime d'une violation d'un droit ou d'une liberté, peut s'adresser à la Cour EDH.

Devant la Cour, seul des Etats-membres se défendent.

Si la Cour EDH considère que les griefs du plaignant sont justifiés, elle accorde une satisfaction équitable (article 41 Convention) à charge de l'Etat-membre qui a méconnu la Convention. 2/211

Les arrêts de la Cour font partie des dispositions de la Convention qu'elle applique. Leur respect s'impose dès lors aux Etats-membres et à leurs autorités publiques au même titre que la Convention et les protocoles additionnels qu'ils ont ratifiés. 2/212

La Cour EDH décide que la démocratie est d'ordre public européen. 2/213 Elle souligne par ailleurs que la démocratie est le seul régime politique qui est compatible avec les droits et libertés, accordés par la Convention.

Il ne fait dès lors aucun doute que ces droits et libertés relèvent également de l'ordre public européen. 2/214

La Cour déduit du rôle prépondérant de la démocratie dans la Convention qu'il est légitime que les Etats-membres protègent leurs institutions démocratiques. 2/215

Il s'ensuit aussi que les Etats-membres ont l'obligation (conventionnelle) de se soumettre aux principes, à la finalité et aux règles de fonctionnement

2/210 S'il est établi d'avance que le recours interne est voué à l'échec, la Cour EDH fait exception à cette règle (par exemple Cour EDH 17 juillet 2014, Valentin Câmpeanu/Roumanie, §§ 96-104 ; Cour EDH 17 mai 2016, Karácsony/Hongrie, §§ 75-82).

2/211 En droit interne, la violation d'un droit ou d'une liberté est susceptible de plusieurs sanctions (exécution en nature ou par équivalent, le cas échéant sous astreinte). La réparation du dommage, causé par la méconnaissance, sera en outre intégrale, en principe.

2/212 W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen deel*, 376-383.

2/213 Notamment : Cour EDH 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie/Turquie, § 45 ; Cour EDH 16 mars 2016, Zdanoka/Lettonie, § 98 ; Cour EDH 17 mai 2016, Karácsony/Hongrie, § 138.

2/214 Voy. Cour EDH 11 juin 2020, Baldassi et autres/France, § 79 ; Cour EDH 8 octobre 2021, Ayoub et autres/France, §§ 86-101.

2/215 Par exemple Cour EDH 23 avril 2015, Morice/France, § 127.

démocratiques, ce que la Cour est censée surveiller quand les Etats-membres interviennent dans l'exercice des droits et libertés.

Les arrêts de la Cour doivent donc non seulement renforcer l'exercice par les titulaires des droits et libertés, mais aussi et surtout imposer le respect des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques, dont les droits et libertés sont l'objet, la cause et les instruments.

L'absence dans la Convention et dans la jurisprudence de la Cour d'une description précise desdits principes, finalité et règles de fonctionnement est un manque majeur.

La Cour essaye de contourner cette difficulté en accordant aux Etats-membres, au cas par cas, une marge d'appréciation plus ou moins importante.

Ce procédé est loin d'être convaincant : il aboutit à une jurisprudence hétérogène, qui donne, pour le moins, l'impression que les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques ne sont pas nécessairement les mêmes pour tous les Etats-membres. La Cour laisse ainsi entrer le loup dans la bergerie.

- 113.** Comme la Cour constitutionnelle 2/2¹⁶ et le pouvoir judiciaire de l'UE 2/2¹⁷, la Cour EDH ne répond pas vraiment aux attentes démocratiques. Elle non plus s'impose comme une gardienne solide et fiable des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

Elle se laisse volontiers et trop facilement guider par l'hétérogénéité des faits, ce qui lui donne la possibilité d'être plus ou moins sévère quand bon lui semble. Cette flexibilité à la carte ne rend pas service aux principes, à la finalité et aux règles de fonctionnement démocratiques ou aux droits et libertés, qui en sont l'expression.

Elle fait au contraire des brèches, aussitôt repérées et exploitées par des personnes et même par des Etats-membres qui n'aiment pas (trop) la "tyrannie" de la démocratie et des droits et libertés (des autres).

L'échec du "pragmatisme" et de la "flexibilité" n'est plus à démontrer. Il suffit d'observer l'évolution des droits et libertés dans de nombreux Etats-membres du Conseil de l'Europe qui ont ratifié la Convention, sans que la Cour EDH ait trouvé le courage de remettre de l'ordre dans la cacophonie ou, pire, le chaos et de faire respecter les véritables principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques. Les occasions ne manquent pourtant pas.

2/2¹⁶ Voy supra nos 108-110.

2/2¹⁷ Voy infra nos 302-329.

Comparée au pouvoir judiciaire de l'UE, la Cour EDH sauve encore la face. Doyenne de la protection des droits et libertés, elle n'échappe cependant pas au constat que sa jurisprudence ne protège pas efficacement les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, comme il est démontré ci-après.

La Cour EDH ne se trouve évidemment pas, directement, à l'origine des dérèglements climatiques et écologiques, de la croissance débridée des inégalités patrimoniales et du déclin démocratique.

L'échec n'est pas moins cuisant : elle n'a pas compris ou voulu comprendre à temps que les dérèglements climatiques et écologiques, la croissance débridée des inégalités patrimoniales et le déclin démocratique provoqué par ces phénomènes résultent d'atteintes graves, répétées et généralisées, à la démocratie et aux droits et libertés qui sont garantis par la Convention à toute personne dont la Cour assume la responsabilité avec les Etats-membres.

Même à ce jour, sa jurisprudence n'aborde pas, fût-ce implicitement, ces défis majeurs. Elle n'examine pas comment la démocratie, les droits et libertés peuvent être protégés contre les effets nuisibles (à court, moyen et long terme) des dérèglements climatiques et écologiques, de la croissance débridée des inégalités patrimoniales et du dégoût démocratique de nombreux électeurs qui vivent dans la pauvreté ou se sentent menacés par elle. Sa jurisprudence n'élabore pas les principes, la finalité et les règles de fonctionnement véritablement démocratiques, capables d'affronter les défis et de désamorcer les risques qu'ils font courir au régime politique démocratique, que la Cour EDH qualifie pourtant "d'ordre public européen".

Puisque la démocratie, les droits et libertés sont d'ordre public européen, la Cour devrait ^{2/218} examiner, même d'office, chaque cause, dont elle est saisie, en fonction des défis précités.

Aucun acte, comportement, activité ou situation échappe aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques. Tout acte, comportement, activité ou situation a en outre une l'incidence sur la survenance des défis et sur leur force de frappe.

Ce n'est pas parce que le plaignant n'a pas invoqué ou mis en lumière le lien qui existe entre ses griefs et les défis ou les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques que la Cour peut fermer les yeux.

Elle se montre cependant frileuse ^{2/219} : elle se tient aux griefs et aux défenses qui lui sont soumis. Elle ne vérifie pas si les faits exposés par les parties et/ou leur analyse en droit mettent en danger "l'ordre public européen" ou le

^{2/218} Sous réserve du respect des droits de la défense.

^{2/219} Comme le font aussi le pouvoir judiciaire de l'UE, la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation.

renforcent, notamment en fonction des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques et des défis auxquels ils sont confrontés.

114. Comme il a été exposé 2/²²⁰, les droits et libertés, accordés par la Convention, ne sont, en règle, pas absolus ou illimités.

La réalisation des droits et libertés, leur effectivité impliquent des restrictions, que les Etats-membres imposent à leur exercice.

Souvent, les causes de restriction dont les Etats-membres peuvent se prévaloir, résultent du texte de la Convention EDH.2/²²¹

La Cour EDH admet en outre l'existence de restrictions implicites.2/²²²

Elle précise que les Etats-membres "peuvent donc librement se fonder sur un but qui ne figure pas dans cette liste 2/²²³ pour justifier une restriction, sous réserve que la compatibilité de ce but avec le principe de la prééminence du droit et les objectifs généraux de la Convention soit démontrée dans les circonstances particulières d'une affaire donnée". 2/²²⁴

Sur cette base, la Cour a accepté que la Convention admet des restrictions implicites au droit de vote et d'éligibilité, ce qui n'a pourtant rien d'évident en démocratie.

Les causes de restriction, expressément ou implicitement prévues par la Convention ou retenues par la Cour, se réfèrent à des notions, dont le contenu, le sens et la portée doivent être déterminés dans le droit interne de chaque Etat-membre.

"La prééminence du droit et les objectifs généraux de la Convention" auraient donc la priorité sur ces notions étatiques.

Nonobstant les restrictions implicites dont elle admet l'existence, la Cour considère que les causes de restriction, prévues par la Convention, sont limitatives et d'interprétation restrictive. 2/²²⁵

Elle se montre toutefois "indulgente". A condition que la cause de restriction, invoquée par un Etat-membre, fasse, dans l'opinion de la Cour, partie de la liste

2/²²⁰ Voy. supra nos 64-68.

2/²²¹ Déjà examinées ci-avant sous les nos 64-65.

2/²²² Cour EDH 16 mars 2006, Zdanoka/Lettonie, § 103 : "Les droits garantis par l'article 3 du Protocole n°1 sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit. Néanmoins des droits ne sont pas absolus. Il y a de la place pour des "limitations implicites" et les Etats contractants doivent se voir accorder une marge d'appréciation en la matière".

2/²²³ La liste des restrictions qui résultent de la Convention.

2/²²⁴ Cour EDH 16 mars 2006, Zdanoka/Lettonie, § 115 a et b.

2/²²⁵ Voy supra n° 68 (sur l'interprétation restrictive des causes de restriction, également défendue par la Cour constitutionnelle) ; voy. ég. Cour EDH 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie/Turquie, § 46 ; Cour EDH 1^{er} juillet 2014, S.A.S./France, § 104 ; Cour EDH 15 novembre 2016, Dubska et Krejzova/Tsjechie, § 172.

des causes prévues par la Convention, elle s'en satisfait. Elle ne prend pas la peine de vérifier si la restriction (contestée le cas échéant par le plaignant) correspond réellement à la notion étatique, dont se prévaut l'Etat-membre.

Ce laxisme met non seulement en difficulté les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, mais aussi le respect par les Etats-membres des articles 17 et 18 de la Convention. La Cour donne aux Etats-membres l'occasion de "jouer" avec les notions étatiques, qu'ils invoquent à titre de cause de restriction.

Lorsqu'un Etat-membre se réfère, éventuellement par inadvertance, à une cause d'interdiction ou de restriction qui ne figure pas à la Convention, la Cour vient au secours. Par une interprétation, cette fois large, des causes de restriction, dont elle a le secret, elle trouve généralement un lien entre la Convention EDH et la cause invoquée.^{2/226}

Ces flottements sont décevants. Ils démontrent, en fait, que la Cour ne souhaite pas que les causes de restriction déterminent ses appréciations et décisions. Elle les laisse passer, sans faire des vagues, évitant ainsi de se prononcer sur l'application qui est faite par un Etat-membre de ses notions étatiques et sur leur lien (le cas échéant insuffisant) avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

II.5.2. L'obligation négative

- 115.** Débiteurs d'obligations négatives, les Etats-membres doivent s'abstenir d'actes et de comportements qui portent atteinte à l'exercice par leurs titulaires des droits et libertés, garantis par la Convention.

Ce résumé est toutefois trompeur. La relation entre un Etat-membre et les droits et libertés des personnes qui se trouvent sous son autorité est de loin plus complexe. ^{2/227}

Le contenu, le sens et la portée des droits et libertés, en un mot "leur exercice", dépendent des Etats-membres démocratiques.

Ils réalisent et limitent l'exercice des droits et libertés. Les moyens (limités) qui se trouvent à la disposition de l'Etat-membre et l'obligation de protéger les droits et libertés de tous les titulaires conduisent inmanquablement à des restrictions. S'ils ne gèrent et ne surveillent pas la réalisation et la restriction des droits et libertés, les titulaires les plus forts auront vite fait de se débarrasser de

^{2/226} Au sujet de l'ordre public, voy Cour EDH 1^{er} juillet 2014, S.A.S./France, §§ 113-122.

^{2/227} Voy supra nos 31-41 et 61-77.

l'exercice des droits et libertés des moins forts ou de les restreindre à leur convenance.^{2/228}

Les interventions des Etats-membres dans l'exercice des droits et libertés sont donc indispensables, mais elles ne sont pas sans danger pour les titulaires. Comment en effet empêcher que les Etats-membres, même démocratiques, reprennent d'une main ce qu'ils viennent d'accorder par l'autre ? Ils peuvent neutraliser l'exercice d'un droit ou d'une liberté en imposant des interdictions ou des restrictions, qu'ils justifient par leur ordre public, leurs bonnes mœurs, leurs sécurité et santé publiques... puisqu'ils en sont l'auteur. Rien de plus facile pour eux.

L'obligation négative se réfère donc à des droits et libertés, qui ont été réalisés et limités par les Etats-membres dans le respect de la Convention. Lorsqu'un titulaire estime que l'exercice d'un droit ou d'une liberté a été restreint par un Etat-membre en méconnaissance de la Convention, il peut ^{2/229} s'adresser à la Cour EDH.

Lorsqu'elle examine la compatibilité de la restriction avec les droits et libertés, garantis par la Convention, la Cour vérifie (i) si la restriction est prévue par une loi, (ii) si elle est légitime, (iii) si elle est nécessaire dans une société démocratique et (iv) si elle est pertinente et proportionnelle.

II.5.2.1. La restriction doit être prévue par une loi

- 116.** Les articles 8 à 11 de la Convention énoncent que la restriction doit être prévue par la loi. D'autres dispositions de la Convention se réfèrent implicitement à une intervention législative.

La Cour EDH met tout le monde d'accord en précisant "que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit".^{2/230}

En principe ^{2/231}, les règles jurisprudentielles ^{2/232} et administratives ^{2/233} s'appuient, directement ou indirectement, sur une loi ayant force de loi. Elles sont censées respecter la volonté du législateur. Elles ont ainsi "une base en droit interne" et sont, de ce fait, compatibles "avec la prééminence du droit".

^{2/228} Ce que l'histoire, à l'échelle mondiale, confirme sans exception (voy T. PIKETTY, *Capital et idéologie*, 71-833 ; K. PISTOR, *The code of capital*, 23-131).

^{2/229} En principe, après l'épuisement des voies de recours en droit interne, voy. supra n°112.

^{2/230} Notamment Cour EDH 4 décembre 2015, Zakharov/Russie, § 228 ; Cour EDH 17 mai 2016, Karácsony/Hongrie, § 123 ; Cour EDH 15 novembre 2016, Dubska et Krejzova/Tchéquie, § 167 ; Cour EDH 18 janvier 2018, FNASS/France, §§ 160-163.

^{2/231} Sous réserve de leur constitutionnalité et de leur légalité.

^{2/232} Elaborées par le pouvoir judiciaire dans le cadre de l'interprétation d'une loi.

^{2/233} Etablies par les pouvoirs exécutifs.

Les principes généraux de droit, les coutumes..., reconnus par le pouvoir judiciaire, sont également à prendre en considération à condition qu'ils aient une base en droit interne et qu'ils soient compatibles avec la prééminence du droit.

La Cour insiste sur l'accessibilité et la précision de la règle de droit.

Sans aucune restriction ^{2/234}, elle décide que le titulaire d'un droit ou d'une liberté, qui prend connaissance d'une règle de droit, doit pouvoir prévoir raisonnablement, dans les circonstances qui se présentent et en s'entourant au besoin de conseils d'experts, quelles seront les conséquences en droit de ses actes ou comportements.^{2/235}

117. "Pouvoir prévoir raisonnablement... quelles seront les conséquences en droit de ses actes ou comportements" relève de l'utopie.

D'abord parce que la grande majorité des titulaires ne se soucient pas des règles de droit quand ils passent à l'action : "ils laissent venir".

Leur attitude est par ailleurs compréhensible. Ils n'ont au mieux qu'une idée et une compréhension approximatives et générales des règles de droit. Les conseils d'experts ne se trouvent en outre pas à portée de main et ne sont pas souvent gratuits.

Il faut être juriste (... et encore) pour réfléchir de façon raisonnée aux conséquences juridiques avant d'agir dans un sens ou dans un autre. Les juristes ^{2/236} savent en outre que la prévisibilité, même raisonnable, des conséquences juridiques d'un acte ou d'un comportement est un objectif irréaliste. Non sans raison, ils entourent leurs "conseils d'experts" de mille et une réserves. L'avenir échappe à leurs compétences et ils dépendent d'autres personnes quand il faut reconstituer le passé.

Nul "expert" maîtrise l'intelligence, l'expérience, les qualités et les défauts des personnes dont dépendent la reconstitution du déroulement des faits et leur qualification en droit.^{2/237} Pour toutes ces raisons, l'issue des contestations et des litiges s'avère imprévisible dans une (très) large mesure.

L'accessibilité et la précision d'une règle de droit ne dépendent donc pas de la prévisibilité (raisonnable) des conséquences juridiques d'un acte ou d'un comportement, obtenue à la suite de sa seule lecture.

^{2/234} Contrairement à la Cour constitutionnelle qui semble limiter ce paramètre aux seules lois pénales (voy supra n° 90). La Cour EDH vise toutes les lois (et les règles jurisprudentielles qui en sont déduites).

^{2/235} Notamment : la Cour EDH 15 octobre 2015, Kudrevicius/Lituanie, §§ 108-116 ; Cour EDH 20 janvier 2020, Magyar Kétfarkú Párt/Hongrie, §§ 93-101.

^{2/236} Les magistrats qui composent la Cour EDH sont bien entendu des juristes.

^{2/237} I. CLAEYS et L. CORNELIS, *Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen*, dans Preadviezen 2014 (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2014, 235-255.

Ce qui est, par contre, essentiel pour le titulaire d'un droit ou d'une liberté est la certitude que son acte ou comportement ^{2/238} sera apprécié et, en cas de contestation, jugé au regard des règles de droit.

Il compte sur des règles de droit qui sont générales, abstraites, à durée indéterminée et qui sont établies et appliquées de la même façon par des autorités publiques compétentes ^{2/239} à toutes les personnes qui se trouvent dans leur champ d'application.

Il s'attend à subir l'application des règles de droit qui gouvernent son acte ou comportement et dont le contenu, le sens et la portée ne dépendent pas de la bonne volonté, de l'humeur du jour ou de l'appréciation personnelle de l'autorité publique, qui intervient quand son acte ou comportement fait l'objet d'une contestation ou d'un contrôle.

Une règle de droit est accessible et précise quand elle répond à ces attentes. La "sécurité juridique" et la prévisibilité (raisonnable) des conséquences juridiques d'un acte ou d'un comportement ne sont qu'un dérivé, aléatoire, de cette préoccupation, qui trouve ses racines réelles dans la règle de droit (the rule of law) et dans l'Etat de droit.

II.5.2.2. La restriction doit être légitime

118. Les droits et libertés sont composés de deux éléments d'importance égale.

Ils offrent à leurs titulaires des possibilités d'action, dont ils se servent quand bon leur semble, mais leur champ d'action est délimité par des interdictions et des restrictions. Ces restrictions sont le fait des "autres", dans la personne de leurs représentants politiques, qui procèdent par des lois impératives et prohibitives.

Cette "pilule" est moins difficile à avaler du fait que chaque titulaire a la particularité de faire partie "des autres" pour tout autre titulaire.

Il souhaite donc à la fois le champ d'application le plus large possible pour l'exercice de ses droits et libertés et la meilleure protection possible contre l'exercice par les autres de leurs droits et libertés.

Cette situation est conflictuelle par définition. Elle requiert des règles de conflit, dont l'application préserve le bon fonctionnement du vivre ensemble démocratique. Des "lois" suffisamment accessibles et précises font office de règles de conflit.

^{2/238} Issu de l'exercice d'un droit ou d'une liberté.

^{2/239} Ce qui implique le respect des principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques.

Exercés, les droits et libertés deviennent des actes, des comportements et des activités de leur titulaire au sein du vivre ensemble. Avec plus ou moins de succès, il poursuit son bien-être et celui de ses proches.

Inévitablement ses actes et comportements se frottent à ceux “des autres”, ce qui donne lieu à des étincelles et à des conflits.

En réponse, le vivre ensemble développe des règles de conflit qui identifient les actes et comportements ^{2/240} qui sont recommandés et ceux qui sont proscrits. Le pouvoir politique les concrétise et en fait des lois impératives et prohibitives, qui imposent ou, au contraire, interdisent des actes et des comportements déterminés.^{2/241}

Elles sont ensuite complétées par des règles jurisprudentielles, générées par le pouvoir judiciaire qui interprète les lois dans le respect de la volonté des législateurs.

Dès l’instant où leurs conditions d’application se trouvent réunies, les personnes concernées doivent se soumettre à l’ordre ou à l’interdiction, énoncé par les règles de droit. L’exercice de leurs droits et libertés est restreint aux seuls actes et comportements, qui sont compatibles avec les normes de droit impératives ou prohibitives.

- 119.** De tous les temps, le pouvoir politique intervient avec des “lois” dans tout ce qui touche au vivre ensemble. Le droit positif (objectif) réunit un nombre invraisemblable de règles de droit.

L’exécution simultanée des lois et des règles jurisprudentielles impératives et prohibitives, par l’ensemble des personnes qui se trouvent sous l’autorité du pouvoir politique, organise le vivre ensemble, comme le pouvoir politique le décide. Ce travail n’est jamais entièrement complété : en fonction des événements qui se produisent au sein et autour du vivre ensemble, le pouvoir politique adapte sans cesse cette organisation.^{2/242}

En droit, l’organisation du vivre ensemble se fait appeler “l’ordre public”. ^{2/243}

Il focalise sur les besoins et valeurs essentielles de l’homme (h/f/x) qui vit en communauté avec d’autres : sa sécurité (externe et interne), sa santé, son enseignement et son épanouissement, organisés au gré des arbitrages du pouvoir politique, qui agit en fonction des moyens qui se trouvent à sa disposition et qu’il veut bien consacrer aux besoins et aux valeurs essentielles.

^{2/240} Et indirectement les droits et libertés sous-jacents.

^{2/241} L’ordre ou l’interdiction devant être énoncé dans des termes suffisamment accessibles et précises (voy supra nos 116-117).

^{2/242} L’organisation implique non seulement sa conception (théorique), mais aussi sa mise en œuvre, son maintien, sa surveillance, son financement...

^{2/243} Ou encore “les bonnes mœurs” ou “l’intérêt général”.

En soi, la méconnaissance isolée d'une règle de droit, même si elle se produit de temps à autre, semble inoffensive pour l'ordre public, les bonnes mœurs ou l'intérêt général. Comment un acte ou un comportement isolé pourrait-il mettre en péril l'organisation à l'échelle du vivre ensemble ?

La réponse est pourtant simple : la répétition et/ou la généralisation éventuelle(s) d'actes ou de comportements qui sont contraires à l'ordre public (aux bonnes mœurs ; à l'intérêt général) risquent d'avoir un effet de levier. Si le pouvoir politique laisse faire ou ne réagit pas adroitement, le vivre ensemble en déduit une autorisation (tacite). L'inactivité du pouvoir politique incite d'autres à méconnaître, à leur tour, la règle de droit, privée de protection.

Le maintien de l'ordre public requiert dès lors une surveillance appropriée du vivre ensemble ce qui permet au pouvoir politique de détecter à temps les actes et/ou les comportements qui, par leur répétition ou leur généralisation, sont susceptibles de porter atteinte à l'ordre public.

Ainsi s'explique "l'exception d'ordre public", reconnue par la Convention EDH. Il s'agit de causes de restriction, qui sont expressément ou implicitement reprises par la Convention 2/²⁴⁴ et dont les Etats-membres peuvent se prévaloir lorsqu'ils réalisent et restreignent l'exercice d'un droit ou d'une liberté.

Parmi ces causes, la protection de la sécurité publique, de la santé publique, de l'ordre public, des bonnes mœurs, des droits et libertés des autres et de l'intérêt général se trouvent au premier rang.

Elles renvoient toutes à des notions étatiques : par ses lois impératives et prohibitives chaque Etat-membre a créé son organisation du vivre ensemble et donc son ordre public, ses bonnes mœurs et son intérêt général, qui reflètent les arbitrages de ses législateurs entre les besoins et valeurs essentiels.

- 120.** L'exception de l'ordre public (étatique) n'emballe pas la Cour EDH. 2/²⁴⁵, comme le démontre son approche formelle. Elle évite manifestement de se prononcer sur la légitimité d'une restriction, ce qui l'obligerait à s'aventurer sur le terrain de l'ordre public étatique et, en particulier, sur sa compatibilité avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

Est-ce parce que la Cour se sent dépassée par l'Etat-membre, qui est censé avoir une meilleure connaissance de son ordre public ?

Ce serait perdre de vue, que nonobstant sa spécificité, l'ordre public de chaque Etat-membre doit obligatoirement se référer à et respecter les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, la démocratie étant le seul régime politique compatible avec les droits et libertés accordés par la

2/²⁴⁴ Voy ég. supra n° 114.

2/²⁴⁵ Voy supra n° 112.

Convention. Sur ce terrain, la Cour ne devrait pas se sentir en difficulté ou en position de faiblesse.

Est-ce parce que la Cour considère qu'elle peut redresser le tir par son appréciation de ce qui est nécessaire dans une société démocratique (troisième paramètre) ou de la proportionnalité de la restriction (quatrième paramètre) ? Considère-t-elle que la légitimité de la restriction est secondaire ou redondante ?

Elle perdrait, dans ce cas, de vue qu'un Etat-membre qui restreint l'exercice d'un droit ou d'une liberté en invoquant son ordre public, alors que la mesure ne s'inscrit pas dans son organisation du vivre ensemble, méconnaît les articles 17 et 18 Convention 2/²⁴⁶.

La Cour EDH ne devrait pas tolérer ce type de comportement qui est contraire à l'ordre public européen, dans la définition qu'en donne la Cour.

Plus important encore : aussi bien en 1950, que de nos jours l'organisation du vivre ensemble se fonde dans les Etats-membres 2/²⁴⁷ sur des règles juridiques qui sont, en réalité, contraires aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques.

Cette situation peut certes être fustigé et rectifié à l'aide du troisième paramètre (nécessaire dans une société démocratique), mais la critique gagne manifestement en force et en clarté par une analyse sérieuse et approfondie de la légitimité de la cause de restriction, qui est invoquée par l'Etat-membre.

L'examen de la légitimité de la restriction oblige la Cour de se pencher et de se prononcer sur la structure démocratique et les conséquences de l'ordre public étatique qu'un Etat-membre entend préserver par la restriction contestée.

Après cette analyse, il est plus facile, de déterminer et de comprendre pour quelles raisons la restriction (n') est (pas) nécessaire dans une société démocratique, le lien avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques ayant déjà été établi.

2/²⁴⁶ Voy supra n° 84 ; il s'agit d'un abus de droit au sens de la Convention EDH.

2/²⁴⁷ En particulier en droit privé ; voy infra nos 340-357.