
Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste

Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche*

La notion de marge est au cœur des systèmes de droit. Mais le propre de l'internationalisation du droit, voire de sa mondialisation, est d'avoir introduit de surcroît, avec la notion de marge «nationale» d'appréciation, à la fois la reconnaissance de la diversité des systèmes de droit et la possibilité d'un droit commun.

C'est pourquoi la méthode comparative est nécessaire. Mais elle n'est pas suffisante car elle invite au pluralisme sans donner la clé d'un pluralisme véritablement «juridique», c'est-à-dire ordonné selon la raison juridique. C'est ici que la logique juridique entre en jeu, car la notion de marge implique une rupture avec la conception traditionnelle, unifiée et hiérarchisée mais non pluraliste, de l'ordre juridique.

Après une description du pluralisme de juxtaposition lié à l'apparition de la marge nationale d'appréciation (implicite ou explicite), sont évoquées les conditions de validité logique d'un véritable pluralisme ordonné (notion et fonctionnement de la marge).

The concept of margin is at the core of legal systems. The effect of legal internationalization or even globalization has been to introduce, through the "national" margin of appreciation, both recognition of the diversity of legal systems and the possibility of a common legal order.

A comparative methodology is therefore necessary. It is, however, insufficient, since it invites diversity without providing the basis for a genuine legal pluralism, one ordered according to legal reasoning. Legal logic is helpful here, because the concept of margin implies a break from the traditional conception of a unified, hierarchical, and non-pluralistic legal order.

The authors describe pluralism by juxtaposition, linked to the emergence of a national margin of appreciation (implied or express). Then they consider the requirements for the logical validity of a genuine ordered pluralism (concept and functioning of the margin).

* Mireille Delmas-Marty, Professeur à l'Université de Paris I, membre de l'Institut universitaire de France ; Marie-Laure Izorche, Professeur à l'Université de Montpellier I. Une version antérieure de cet article a été publiée par la *Revue internationale de droit comparé* : M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, «Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste» (2000) 42 R.I.D.C. 753.

© Revue de droit de McGill 2001

McGill Law Journal 2001

Mode de référence : (2001) 46 R.D. McGill 923

To be cited as : (2001) 46 McGill L.J. 923

Introduction

- I. **Pluralisme de juxtaposition : l'apparition de la marge nationale d'appréciation**
 - A. *Marge implicite*
 - B. *Marge explicite*

- II. **Pluralisme ordonné : les conditions de validité logique**
 - A. *La notion de marge*
 1. Marge d'interprétation et marge d'appréciation
 2. Combinaison des marges
 3. Existence d'une marge et exigence logique
 - B. *Le fonctionnement de la marge*
 1. Logique et flou
 2. Marge d'interprétation
 - a. *Stabilité de la combinaison de critères*
 - b. *Imprécision des critères et variation du seuil de compatibilité*
 3. Marge nationale d'appréciation

Conclusion

Introduction

«Marge»¹, le mot suggère l'idée d'une certaine possibilité de faire un pas de côté, de s'écarter de quelque chose, de bénéficier d'une certaine latitude. Mais l'expression contient aussi l'idée de mesure : l'écart est limité, le délai n'est point trop long, le «jeu» qui est accordé n'est pas illimité.

C'est pourquoi la notion de marge est au cœur des systèmes de droit. Dès lors que l'on conçoit ceux-ci, à l'intersection des théories déductives et inductives², comme des ensembles de normes dont le sens est déterminé par une pluralité d'acteurs (émetteurs, récepteurs et communauté qui inspire les uns et les autres) qui bénéficient d'une certaine latitude, d'un certain jeu, on comprend que la marge soit constamment présente, tant en droit interne qu'en droit international.

En droit interne, il s'agit d'abord de la marge d'interprétation du juge, comme récepteur de la norme écrite, puis de la marge concédée par le juge lui-même, en une sorte d'autolimitation de ses propres pouvoirs normatifs : par exemple la marge laissée au pouvoir exécutif dans le contrôle par le Conseil d'État de «l'erreur manifeste», ou celle reconnue au Parlement dans le contrôle par le Conseil constitutionnel des sanctions «manifestement disproportionnées». Quel que soit le bénéficiaire, la marge en droit interne renvoie à un pluralisme des valeurs, de type «méta-juridique», une sorte de «code culturel» qui surdétermine le sens de la norme³.

Mais le propre de l'internationalisation du droit, voire de sa mondialisation⁴, est d'avoir introduit de surcroît, avec la recherche d'un droit commun qui ne rejette pas pour autant la notion de marge «nationale» d'appréciation, une reconnaissance de la diversité des systèmes de droit, voire un pluralisme des ordres juridiques eux-mêmes⁵,

¹ Du latin *margo, marginis*, qui signifie «bord» : *Le nouveau petit Robert*, 1996, s.v. «marge».

² Voir P. Ricœur, *Le juste*, Paris, Esprit, 1995 à la p. 163 et s. ; comparer R. Dworkin, *L'empire du droit*, trad. par E. Soubrenie, Paris, Presses universitaires de France, 1994 à la p. 80 et s., visant la justice comme «concept d'interprétation».

³ Voir généralement G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991 à la p. 151 et s.

⁴ Voir E. Loquin et C. Kessedjian, dir., *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000 ; M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998 ; M. Delmas-Marty, «La mondialisation du droit : chances et risques», D.1999.Chron.43 ; M. Delmas-Marty, «L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation», D.2000.Chron.421.

⁵ Voir M. Delmas-Marty, «Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels)» dans P. Tavernier, dir., *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 81 ; voir aussi E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, et le postface de A.-J. Arnaud dans *ibid.*, 529.

si l'on entend par là «l'[e]xistence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques»⁶. Retenant seulement le «pluralisme en droit», nous n'évoquerons la notion ni en sociologie ni en anthropologie, observant seulement que le terme apparaît désormais partout, même dans les droits placés sous le contrôle des États, droits «officiels», pour reprendre l'expression de N. Rouland⁷. Sans doute parce que le pluralisme devient indispensable dans la phase actuelle où l'internationalisation du droit se développe au point de transformer le champ d'une discipline⁸ qui, ne se limitant plus aux relations entre États (droit *international*), non seulement se combine avec les droits internes (droit *transnational*), mais encore s'ouvre aux acteurs privés et devient opposable aux États (et en ce sens *supranational*). Car le droit s'internationalise sans que disparaisse l'attachement aux diversités nationales. C'est le paradoxe évoqué par Habermas⁹ : d'un côté l'internationalisation, au sens large impliquant la recherche d'un droit commun qu'il nomme «droit cosmopolitique», donc d'un ordre commun, paraît inévitable dans un monde où se multiplient des relations d'interdépendance qui unissent désormais tous les êtres humains, y compris les générations futures, en une «communauté involontaire de risques» ; de l'autre «tout donne à penser qu'il s'agirait plutôt d'une "relève" que d'une suppression de l'État-nation»¹⁰. En effet les particularismes, infranationaux, nationaux et régionaux, résistent, parfois même exacerbés par la menace que semble représenter le phénomène dit de mondialisation.

Pour en sortir, la méthode comparative, qui permet de repérer les points de résistance en soulignant les divergences et ouvre la voie de l'harmonisation en révélant les convergences, est donc nécessaire, et ce dans tous les cas de figures.

À l'évidence nécessaire quand le processus d'internationalisation se développe du droit interne au droit international (le terme étant pris ici dans un sens large incluant l'idée d'un droit commun supranational), la méthode comparative s'impose alors comme préalable à l'harmonisation, voire à l'unification. C'est le cas par exemple à

⁶ A.-J. Arnaud, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1993, s.v. «pluralisme juridique».

⁷ Voir N. Rouland, «À la recherche du pluralisme juridique : le cas français» (1998) 36 *Droit et cultures* 217.

⁸ Voir Société française pour le droit international, *Enseignement du droit international, recherche et pratique. Journée d'études du 20 janvier 1996*, Paris, Pedone, 1997, notamment les conclusions générales de J. Combacau proposant une redéfinition du champ disciplinaire, à la p. 262 et s.

⁹ Voir J. Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Cerf, 1996.

¹⁰ J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998 à la p. 119.

l'échelle de l'Union européenne avec le droit des contrats¹¹ ou la protection des intérêts financiers de l'Union¹².

Elle est nécessaire aussi, de façon plus surprenante, lorsque la norme internationale est adoptée d'emblée, sans véritable étude comparative préalable, comme on peut l'observer dans de nombreux domaines depuis l'après-guerre, tant à l'échelle régionale qu'à l'échelle mondiale. Qu'il s'agisse de normes de protection des droits de l'homme et de répression des crimes les plus graves (notamment le crime contre l'humanité et le génocide) ou de normes relatives à l'économie et à l'organisation du marché (marché sans frontières intérieures en Europe, Alena et Mercosur en Amérique, Asean et Apec en Asie, ou encore normes de l'OMC), c'est leur mise en œuvre qui marque après coup un certain retour au droit interne, une «renationalisation» qui ne supprime pas toute hiérarchie des normes mais introduit des hiérarchies enchevêtrées. Politiquement, il n'y a là rien d'étonnant, dès lors que la norme internationale est émise par les États eux-mêmes, mais juridiquement, ce processus circulaire surprend car il limite la mise en place d'un véritable contrôle supranational par un juge. Il s'explique par la prudence du juge international, soucieux de ménager la susceptibilité des États ; en outre il tient au fait que la norme internationale est souvent encore appliquée par le relais du droit et des juridictions internes, la transposition ménageant inévitablement une marge. C'est ainsi que la notion de «marge nationale d'appréciation» sous-tend finalement les deux processus d'internationalisation du droit : que l'on parte du droit interne ou du droit international, elle exprime une tension de l'un à l'autre et cette tension permet de respecter un certain pluralisme.

Si la méthode comparative est nécessaire, elle n'est pas suffisante. Elle invite au pluralisme, mais sans donner la clé d'un pluralisme véritablement «juridique», c'est-à-dire ordonné selon la raison juridique. Elle montre les divergences, mais elle n'explique pas comment les combiner, comment conjuguer l'un et le multiple. Et c'est ici que la logique juridique entre en jeu, car l'apparition de la marge nationale d'appréciation rend possible un pluralisme de juxtaposition qui tolère la coexistence de systèmes partiellement différents, mais elle ne permet pas à elle seule d'introduire un ordre juridique commun qui suppose un appel à la raison juridique. Au delà de la

¹¹ Voir O. Lando, «The Worries of a Comparatist» dans *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici et d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Paris, Société de législation comparée, 2000, 139 ; D. Tallon, «Harmonisation : plaidoyer en défense» dans C. Jamin, dir., *L'harmonisation du droit des contrats. Colloque de Lille*, Paris, Economica, 2000.

¹² Voir *Convention établie sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*, 26 juillet 1995, [1995] I.O. C. 316/49 [ci-après *Convention PIF*] ; M. Delmas-Marty, dir., *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997 ; M. Delmas-Marty et J.A.E. Vervaele, *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Anvers, Intersentia, 2000.

notion de «pluralisme raisonnable» lancée par J. Rawls¹³ qui fonde ce pluralisme sur «un consensus par recoupement»¹⁴, nous suggérons celle de «pluralisme ordonné», pour rendre compte des exigences de la rigueur juridique, tout en se donnant les moyens conceptuels pour conjuguer l'un (le droit commun) et le multiple (la diversité des droits nationaux).

Adoptant une conception plurielle de la validité des systèmes de droit¹⁵, qui distingue validité empirique (effectivité), formelle (prévisibilité) et axiologique (légitimité), nous limiterons notre propos à la validité formelle et laisserons ici de côté le débat sur la légitimité¹⁶. Notre objectif est seulement de tenter de répondre à la critique déniante à ce droit commun en gestation tout caractère formellement «juridique», en raison de ce «jeu» des marges : non seulement la marge d'interprétation du juge, plus visible qu'en droit interne, du fait de l'imprécision des textes ; mais plus encore la marge nationale d'appréciation reconnue aux États, qui implique ouvertement une rupture avec la conception traditionnelle, unifiée et strictement hiérarchisée, de l'ordre juridique¹⁷. Après une description du pluralisme de juxtaposition lié à l'apparition de la marge nationale d'appréciation, seront évoquées les conditions de validité logique d'un véritable pluralisme ordonné.

I. Pluralisme de juxtaposition : l'apparition de la marge nationale d'appréciation

Selon qu'il s'agit d'une question plus consensuelle ou plus conflictuelle, la notion de marge nationale d'appréciation permet tout un jeu de solutions en vue d'une harmonisation qui peut varier de la presque unification au presque chaos, sans pour autant renoncer à l'idée même d'un droit commun. Mais ce droit commun, précisément parce qu'il est pluraliste, ne saurait à l'évidence être conçu selon le modèle traditionnel. Par rapport à la pensée juridique dominante, qui relève d'une logique binaire du «tout ou rien», il impose une véritable rupture épistémologique. Toutefois cette rupture est plus ou moins visible selon que la marge reste *implicite* ou se trouve *explicitement* reconnue comme telle.

¹³ Voir J. Rawls, *Le libéralisme politique*, trad. par C. Audard, Paris, Presses universitaires de France, 1995 à la p. 63.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 183 ; voir aussi Ricœur, *supra* note 2 à la p. 220.

¹⁵ Voir F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1987 à la p. 255 et s.

¹⁶ Voir A. Lajoie, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

¹⁷ Voir Lambert, *supra* note 5 à la p. 33 et s., notamment, sur l'inadéquation du modèle classique monisme/dualisme.

A. Marge implicite

Implicite, en ce sens qu'elle n'est expressément visée ni par l'émetteur de la norme, ni par le récepteur, la notion de marge sous-tend, selon l'hypothèse de travail exposée ci-dessus, tout à la fois le processus d'harmonisation, qui conduit du droit interne au droit international, et celui qui ramène, à l'inverse, du droit international au droit interne, par le jeu d'une sorte de «renationalisation» du droit.

Du droit interne au droit international, l'existence ou l'absence de marge nationale permet de distinguer l'harmonisation de l'unification. Alors que l'unification suppose des règles précises auxquelles les États sont tenus de se conformer à l'identique, l'harmonisation implique seulement un rapprochement autour de principes directeurs communs, définis de façon plus imprécise, de telle sorte qu'il reste une sorte de droit à la différence, chaque État gardant la possibilité d'adopter ses propres règles quant à la mise en œuvre de ces principes, à condition que ces règles soient suffisamment proches du principe de référence pour rester compatibles. La notion de «compatibilité» impliquant (mais implicitement) la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation et l'idée d'un seuil.

À l'échelle mondiale, c'est évidemment la voie la plus réaliste. Une recherche menée depuis quelques années en Chine et dans divers pays d'Islam¹⁸ montre à la fois que l'unification à partir de règles identiques serait impossible et qu'en revanche la possibilité existe d'élaborer des principes communs afin d'engager un processus d'harmonisation, impliquant la reconnaissance, explicite ou implicite, d'une marge nationale.

Une grande partie de la construction européenne obéit à ce schéma, qui était d'ailleurs inscrit à l'origine dans la notion de directive communautaire, par opposition au règlement qui tendrait plutôt vers l'unification à partir de règles identiques. Il est vrai que les pratiques ont quelque peu brouillé les pistes en utilisant les directives comme support de règles de plus en plus précises et détaillées et les règlements comme support de principes parfois imprécis (comme le montre, par exemple, le *Règlement PIF*¹⁹ de 1995 qui prévoit en pratique l'harmonisation, et non l'unification, des sanctions administratives au cas de fraudes contre les intérêts financiers de l'Union européenne). Et l'apparition dans le *Traité de Maastricht*²⁰ du troisième pilier,

¹⁸ Voir M. Delmas-Marty, dir., *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1995-2000.

¹⁹ CE, *Règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*, [1995] J.O. L. 312/1 [ci-après *Règlement PIF*].

²⁰ *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, [1992] J.O. C. 224/1, 1757 R.T.N.U. 3.

intergouvernemental, puis son extension par le *Traité d'Amsterdam*²¹, incitent également à utiliser la voie conventionnelle pour harmoniser les droits nationaux.

Dans le champ pénal, on peut citer deux exemples complémentaires. D'une part la *Convention PIF* de 1995 a-t-elle proposé, à partir d'une étude comparative préalable, une harmonisation, d'ailleurs variable selon qu'il s'agit de la définition des infractions (harmonisation très forte), des sanctions (simple rapprochement des systèmes), de l'attribution de la responsabilité (harmonisation faible) ou de la procédure (laissée à la diversité des systèmes nationaux). D'autre part, le projet de *Corpus juris* a un objectif plus ambitieux au départ, celui d'unifier la répression des fraudes contre les intérêts financiers de l'Union européenne autour d'un ensemble de règles de droit pénal et de procédure pénale. En pratique, il a paru cependant impossible de tout prévoir, aussi le projet comporte-t-il une clause de «complémentarité» des droits nationaux (article 35), destinée à combler d'éventuelles lacunes par retour au droit interne. Façon de réintroduire une marge nationale qui transforme l'unification en harmonisation.

En revanche, lorsqu'on va du droit international au droit interne, l'idée même de marge semble exclue quand la norme internationale est d'emblée imposée comme droit commun. Sauf à constater un retour a posteriori au droit interne, façon de réintroduire une marge nationale. On distinguera plusieurs cas.

D'abord, le recours à des réserves ou à des déclarations interprétatives est une première façon de «renationaliser» une norme d'origine internationale. Les critiques sont particulièrement vives lorsqu'il s'agit de traités relatifs aux droits de l'homme : «le but premier de traités de ce genre n'est-il pas de poser les standards *minima* et uniformes de liberté et de protection pour tous les êtres humains, tous égaux en dignité en quelque endroit qu'ils se trouvent ?»²² Il demeure que jusqu'à présent les réserves sont admises, même si la tendance des organes de contrôle est d'en limiter la recevabilité et d'en donner une interprétation étroite, précisément pour vérifier si la marge que se reconnaissent les États pour «renationaliser» la norme internationale n'est pas excessive. Encore faut-il que la question puisse être posée, ce qui n'est pas le cas pour les pays qui n'ont pas accepté la clause du recours individuel²³.

Mais il y a aussi renvoi du texte international au droit interne. Ainsi lorsque la norme est appliquée par le relais du droit interne, par exemple dans la *Convention*

²¹ *Traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, 2 octobre 1997, [1997] J.O. C. 340/1.

²² G. Cohen-Jonathan, «Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux» (1996) 100 Rev. D.I.P. 915 à la p. 916.

²³ Voir W.A. Schabas, «Les réserves des États-Unis d'Amérique au Pacte sur les droits civils et politiques en ce qui a trait à la peine de mort» (1994) 6 R.U.D.H. 137.

pour la prévention et la répression du crime de génocide²⁴, celui-ci ménage les spécificités nationales, ce qui paraît regrettable mais inévitable²⁵. D'autant que la norme internationale est souvent imprécise, comme par exemple lorsque la même convention se contente d'engager les États parties à prendre les mesures nécessaires pour prévoir «des sanctions pénales efficaces», celles-ci variant considérablement en pratique d'un pays à l'autre. Plus précis, les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda limitent la compétence du tribunal aux seules peines d'emprisonnement, excluant ainsi la peine de mort, mais pour l'emprisonnement ils renvoient à «la grille générale des peines d'emprisonnement»²⁶ appliquées par les tribunaux nationaux. De plus les juridictions nationales restent compétentes, même si le TPI a primauté sur celles-ci. Parallèlement, le *Statut de la Cour pénale internationale* prévoit que la Cour sera «complémentaire des juridictions criminelles nationales»²⁷, mais sans marquer de priorité à son profit. Autant d'occasions qui favorisent un retour partiel au droit interne.

Ces différentes techniques, qui ramènent toutes du droit international au droit interne, ont pour point commun d'admettre en pratique une sorte de marge nationale, mais sans véritable contrôle de son usage (sauf quand il s'agit de réserves invoquées en réponse à un recours individuel). Avec des résultats parfois étonnants. Ainsi le jugement des crimes internationaux par les juges nationaux peut conduire à une plus grande sévérité des peines, dès lors que ces derniers, au Rwanda par exemple, appliquent pleinement le droit interne, y compris la peine de mort, alors que celle-ci ne peut être prononcée au cas des crimes, en principe plus graves, jugés par le TPIR.

C'est dire le risque d'incohérence de ce retour même partiel au droit interne qui peut aboutir à des incompatibilités entre droit interne et droit international. C'est alors que la reconnaissance explicite d'une marge nationale et surtout l'existence d'un contrôle de compatibilité (que les TPI n'ont pas vocation à assurer) devrait permettre une harmonisation qui évite les incompatibilités (avec le droit international comme avec le

²⁴ 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277, R.T. Can. 1949 n° 27 [ci-après *Convention de 1948 sur le génocide*].

²⁵ Voir l'opinion dissidente du juge Brennan dans l'arrêt *Polyukhovich c. Commonwealth of Australia* (1991), 101 A.L.R. 545, 172 C.L.R. 501 (H.C.), commenté par D. Boyle à propos du génocide dans *Les processus d'internationalisation du droit pénal*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 2000 [à paraître].

²⁶ *Statut du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Rés. CS 827, Doc. NU S/RES/827 (1993), art. 24(1) [tel qu'amendé]; *Statut du tribunal pénal international pour le Rwanda*, Rés. CS 955, Doc. NU S/RES/955 (1994), art. 23(1) [tel qu'amendé].

²⁷ 17 juillet 1998, Doc. NU A/CONF.183/9, 37 I.L.M. 999, art. 1.

droit interne des autres États). On prendra ici l'exemple de la jurisprudence européenne²⁸.

B. Marge explicite

La marge nationale d'appréciation n'est pas inscrite dans la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*²⁹, mais la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a dégagé très tôt cette notion dans les affaires où des mesures restrictives, voire dérogoires, sont admises par la Convention, sous la condition que ces mesures apparaissent «nécessaires dans une société démocratique», ou soient prises «dans la stricte mesure où la situation l'exige». Étant noté que le projet de charte des droits fondamentaux destiné à l'Union européenne reprend dans la version actuelle la même formule et l'étend à toutes les limitations, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) pourrait dans l'avenir être incitée à s'inspirer du raisonnement de la CEDH.

Cette dernière considère que les États sont en principe mieux placés en ces matières que le juge international. Elle ne renonce toutefois pas pour autant à tout contrôle, mais limite celui-ci en fonction d'un seuil de compatibilité qui détermine l'ampleur de la marge. La jurisprudence de la CEDH offre l'occasion de préciser la notion de marge nationale, d'observer son fonctionnement et d'analyser les critiques qu'elle suscite.

La notion de marge nationale d'appréciation fut évoquée pour la première fois par la Commission européenne des droits de l'homme, présidée alors par le juge britannique Sir H. Waldock, dans l'affaire *Lawless c. Irlande*³⁰. La Cour, à l'instar de la Commission, a reconnu aux États une marge nationale d'appréciation, en ce qu'elle a recherché d'office si les dérogations à l'article 5 (notamment des gardes à vue de plusieurs mois sans présentation au juge) avaient été prises, en raison de la situation irlandaise, «dans la stricte mesure où la situation l'exige»³¹. Mais c'est seulement dans l'affaire linguistique belge que la Cour précise les fondements de sa doctrine, en soulignant qu'elle «ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de ga-

²⁸ Voir M. Delmas-Marty, «Le rôle du juge européen dans la renaissance du jus commune : signification et limites» dans P. Mahoney, dir., *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2000, 397.

²⁹ 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [ci-après *Convention européenne des droits de l'homme* ou la Convention].

³⁰ (1961), 3 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 25 à la p. 57 et s.

³¹ *Ibid.* aux pp. 56-59.

rantie collective instauré par la Convention»³². Ce caractère subsidiaire résulte notamment du principe de double compétence juridictionnelle, qui n'admet la recevabilité d'un recours à Strasbourg qu'après «d'épuisement des voies de recours internes». Ainsi formulé, l'argument devrait jouer en toute circonstance, or le fonctionnement de la marge montre qu'il ne s'applique pas de façon uniforme.

Quant à son fonctionnement, il apparaît en effet d'emblée que la marge nationale «ne saurait [...] être reconnue par la Cour "de manière générale" à l'autorité nationale dans sa jurisprudence»³³. En pratique, la marge n'est reconnue ouvertement que dans les deux domaines des dérogations³⁴ et des restrictions «nécessaires» dans une «société démocratique»³⁵. Sans doute parce que, dans les deux cas, le juge européen dispose lui-même d'une marge d'interprétation, car il s'agit de principes imprécis ; sans doute aussi parce que l'état de nécessité invoqué à l'appui des limitations aux droits fondamentaux renvoie assez largement à la notion d'ordre public et que son appréciation ne saurait échapper totalement aux États sans remettre en cause le principe de souveraineté nationale. Des auteurs ont évoqué aussi un recours implicite à la marge nationale dans la jurisprudence relative à l'article 5, à partir de la notion de régularité de la mesure privative de liberté³⁶, elle-même imprécise. En somme, la subsidiarité conduirait à la marge nationale d'appréciation pour des raisons à la fois techniques (l'imprécision qui donne une certaine liberté au juge international) et politiques (la sensibilité des États à certains thèmes touchant à l'ordre public national).

Il s'agit cependant d'une simple «marge» d'appréciation dont la Cour rappelle qu'elle «va [...] de pair avec un contrôle européen»³⁷. Autrement dit, entre les deux termes de l'alternative *obligation de conformité* et *appréciation souveraine* des États, la marge nationale introduit une troisième formule, l'*obligation de compatibilité*, au sens le plus précis du terme. Alors que la conformité va de pair avec l'exigence d'identité

³² Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (1968), 6 Cour Eur. D.H. (Sér. A) I à la p. 35.

³³ W.J. Ganshof van der Meersch, «Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme» dans F. Matscher et H. Petzold, dir., *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1988, 201 à la p. 209 ; voir aussi F. Ost, «Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme» dans M. Delmas-Marty, dir., *Raisonner la raison d'Etat*, Paris, Presses universitaires de France, 1989, 405 à la p. 440.

³⁴ Voir *Convention européenne des droits de l'homme*, supra note 29, art. 15.

³⁵ *Ibid.*, art. 8-11 ; voir aussi *Protocole additionnel n° 1*, art. 1, 3.

³⁶ C. Ficheral et A.-D. Olinga, «La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme» (1995) 6 R.T.D.H. 567 ; *Lüdi c. Suisse* (1992), 238 Cour Eur. D.H. (Sér. A) I [ci-après *Lüdi*].

³⁷ *Handyside c. Royaume-Uni* (1976), 24 Cour Eur. D.H. (Sér. A) I à la p. 23, 24 E.H.R.R. 143.

(c'est-à-dire l'exigence de pratiques nationales strictement conformes à la conduite prescrite par la norme internationale), la compatibilité repose sur une exigence de proximité (c'est-à-dire l'exigence de pratiques suffisamment proches de la norme internationale pour être jugées compatibles). La décision de compatibilité impose donc de situer la pratique en cause sur une échelle graduée et de fixer un seuil. C'est pourquoi la marge implique un changement de logique juridique, de la logique binaire classique à une logique de gradation évoquant les sous-ensembles flous. Ce changement aurait dû entraîner un surcroît de transparence dans la motivation des décisions et un surcroît de rigueur dans le raisonnement de la Cour. Or s'il est vrai que dans son principe la marge d'appréciation «[n'est] plus guère contestée», il semble bien que «la manière dont le juge européen en tient compte [...] demeure en revanche problématique»³⁸.

Les critiques concernent il est vrai à la fois la marge d'interprétation du juge européen, quand il «codétermine» le sens d'une notion imprécise comme la «nécessité démocratique», et la marge nationale consentie par le juge émetteur de la norme aux États récepteurs.

S'agissant de la marge d'interprétation du juge européen, le terme «nécessité» renvoie d'abord à l'idée de proportionnalité et la CEDH confronte *d'un côté* la situation invoquée à l'appui des mesures restrictives (des sanctions pénales ou disciplinaires par exemple) à travers l'existence d'un «besoin social impérieux» et la présentation de «motifs pertinents et suffisants», *et de l'autre* la gravité de la mesure instaurée, gravité à la fois intrinsèque (nature et durée ou montant de la mesure) et extrinsèque (existence ou absence d'autres mesures moins restrictives et aussi efficaces). Quant au terme «démocratique», il renvoie tout à la fois à l'existence d'un contrôle (le plus souvent judiciaire, mais parfois administratif ou même parlementaire) et au respect de «l'esprit démocratique» (pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture). Ce n'est pas la pluralité des critères qui soulève des critiques, car elle permet de déterminer le sens d'une notion au départ imprécise, mais une rigueur insuffisante dans leur application. On constate par exemple que la Cour se dispense d'un véritable examen de l'état de nécessité dans certaines affaires où celui-ci est en quelque sorte présumé : affaires de drogue³⁹, de banditisme mafieux⁴⁰, ou de terrorisme⁴¹. Tout se passe comme si l'état de nécessité était alors d'une évidence telle que l'État concerné n'aurait pas à s'en expliquer : «l'intensité du danger que représentent de telles activités criminelles semble

³⁸ Picheral et Olinga, *supra* note 36 à la p. 569.

³⁹ Voir *Lüdi*, *supra* note 36.

⁴⁰ Voir *Raimondo c. Italie* (1994), 281A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1.

⁴¹ Voir *Brannigan c. Royaume-Uni* (1993), 258B Cour Eur. D.H. (Sér. A) 29 ; *Murray c. Royaume-Uni* (1994), 300A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1.

imposer une présomption quasi-irréfragable de suffisance des motifs»⁴². Implicitement, le juge européen souscrit alors à une conception subjective de la dangerosité que ni le droit interne, ni la Convention ne paraissent imposer.

Mais l'essentiel des critiques s'attache à la marge nationale et à sa variabilité. La Cour européenne semble guidée par des considérations d'opportunité : «par le souci de ne pas choquer, de rendre son rôle acceptable non pas par l'objectivité de sa mission, mais par la timidité politique de ses interventions»⁴³. Il est à noter que l'on reproche à la Cour tantôt de freiner l'intégration européenne par une marge nationale trop large, qui aboutit à la fragmentation de l'espace européen⁴⁴, tantôt de forcer l'intégration par une marge nationale trop étroite, qui marquerait la prédominance d'une conception que certains estiment trop libérale et individualiste des droits de l'homme⁴⁵. Mais deux excès ne font pas une décision juste : «[i]l n'est pas admissible que la marge d'appréciation de l'autorité nationale s'étende, en dehors de tout principe et de toute règle qui gouvernent l'interprétation en droit international de toutes les notions et toutes les situations que la Cour peut rencontrer»⁴⁶. Ici encore la subjectivité du juge risque de l'emporter sur l'objectivité affichée, ce qui remet en cause la prévisibilité de la décision, donc la validité formelle du système.

Le constat semble tenir à une certaine confusion des facteurs qui commandent les variations de la marge d'appréciation, peut-être même à une confusion entre la marge d'interprétation du juge européen et la marge nationale des États. Il semble en effet que la Cour, lorsqu'elle évoque l'étendue de la marge d'appréciation, renvoie simultanément aux deux. Dire que «l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte», renvoie en réalité la Cour à sa propre marge d'interprétation ; en revanche ajouter que : «la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard»⁴⁷, vaut davantage pour la marge nationale des États. L'existence d'un dénominateur commun est d'ailleurs liée aux buts légitimes invoqués à l'appui des mesures restrictives : la Cour indique par exemple que «le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à

⁴² Picheral et Olinga, *supra* note 36 à la p. 573.

⁴³ Voir O. de Schutter, «L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme : un essai de démolition» (1992) 70 R.D.I. de sciences diplomatiques et politiques 83.

⁴⁴ Voir P. Wachsmann, «La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme/Arrêt *Otto-Preminger-Institut*» (1994) 6 R.U.D.H. 441.

⁴⁵ Voir M.-T. Meulders-Klein, «Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe continentale» (1993) 23 Droit et société 163 ; M.-T. Meulders-Klein, «Vie privée, vie familiale et droits de l'homme» (1992) 44 R.I.D.C. 767.

⁴⁶ Ganshof van der Meersch, *supra* note 33 à la p. 209.

⁴⁷ *Rasmussen c. Danemark* (1984), 87 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 à la p. 15.

l'article 10 § 2»⁴⁸ et que la marge est plus étroite quand il s'agit de protéger l'autorité du pouvoir judiciaire («à une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond un contrôle européen plus étendu»⁴⁹), et plus large quand d'autres buts sont invoqués comme la protection de la morale ou de la religion. Or précisément, il y a convergence des garanties relatives à l'autorité judiciaire, en revanche les questions de morale et de religion font l'objet de fortes divergences.

En outre, le dénominateur commun devrait inclure les valeurs (méta-juridiques) qui surdéterminent les règles, écrites et jurisprudentielles. La Cour les évoque, mais séparément, par exemple à propos de poursuites pénales pour délit d'homosexualité entre adultes⁵⁰ :

l'étendue de la marge d'appréciation dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu. Or la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8, des ingérences des pouvoirs publics⁵¹.

Bien qu'il s'agisse de morale, et malgré les divergences juridiques, l'évolution sociale converge vers plus de tolérance et cette convergence permet de restreindre la marge nationale au point que celle-ci deviendrait «une marge nationale éteinte»⁵².

Mais ce lien entre l'étendue de la marge et l'existence d'un dénominateur commun (juridique et sociologique) n'est pas toujours déterminant. On note aussi des cas où la Cour semble, sans raison objective, le relativiser, voire l'abolir. Ainsi dans l'affaire *B. c. France* la Cour, relevant de fortes différences juridiques, notamment entre droit anglais et français, et constatant qu'il n'existe pas encore de consensus social en Europe quant au transsexualisme, conclut cependant que la situation française est incompatible avec le respect dû à la vie privée, «même eu égard à la marge d'appréciation»⁵³. En elle-même la formule indique seulement que la Cour a bien reconnu une marge nationale, mais estimé que la violation reprochée à la France dépassait le seuil acceptable. Mais la comparaison avec d'autres arrêts (comme par exemple l'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*⁵⁴) révèle d'inexplicables disparités dans

⁴⁸ *Sunday Times c. Royaume-Uni* (1979), 30 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 à la p. 36 [ci-après *Sunday Times*].

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Voir aussi *Norris c. Irlande* (1988), 142 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 ; *Modinos c. Chypre* (1993), 259 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1.

⁵¹ *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1981), 45 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 à la p. 21.

⁵² Ficheral et Olinga, *supra* note 36 à la p. 592.

⁵³ (1992), 232C Cour Eur. D.H. (Sér. A) 28 à la p. 53 ; voir aussi C. Lombois, «La position française sur le transsexualisme, devant la Cour européenne des droits de l'homme» D.1992.Chron.323.

⁵⁴ (1994), 295A Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1.

l'application des facteurs définis par la Cour elle-même comme déterminant l'ampleur de la marge. Inexplicables et inexplicées, tant il est vrai qu'ici la validité formelle se mêle de validité axiologique et renvoie à la «[n]ostalgie des anciennes formes de légitimité»⁵⁵, à tel point que le pluralisme juridique reste tributaire du pluralisme social : «[i]l semble en tout cas qu'il faudra plus de temps pour comprendre comment le juge reçoit les valeurs que les groupes sociaux construisent à son intention, que pour saisir ce qu'il en fait»⁵⁶.

C'est dire que l'existence d'une marge nationale explicite et d'un système de contrôle est nécessaire au pluralisme mais pas suffisante pour construire un droit commun suffisamment ordonné pour être prévisible. Encore faut-il assurer une cohérence à la fois synchronique (dans chaque décision) et diachronique (d'une décision à l'autre).

II. Pluralisme ordonné : les conditions de validité logique

L'expression «pluralisme ordonné» suggère deux idées apparemment antagonistes : le mot «pluralisme» renvoie à la dispersion, au libre mouvement, alors que le terme «ordonné» invite au contraire à penser en termes de structuration, voire de contrainte. Le pari de vouloir «ordonner» le pluralisme est audacieux : le mot ordre semble indiquer, et l'étymologie y invite, qu'il serait question de *faire rentrer le pluralisme dans le rang*⁵⁷ ... Mais il ne s'agit précisément pas d'*aligner* les divers éléments qui le composent : il est question ici de respecter le pluralisme, tout en permettant son expression harmonieuse ; en d'autres termes, il s'agit de *composer* une mosaïque, ce qu'on ne saurait faire en jetant ses divers éléments au hasard, mais en les combinant de telle manière qu'il en ressorte un *dessin d'ensemble*, le plus harmonieux possible.

Mais une mosaïque ne se compose pas par juxtaposition des éléments : il faut une matière qui les lie, en même temps qu'elle les tient à distance. Il faut laisser entre eux une certaine *marge*, pour qu'ils ne s'entrechoquent pas. Pour autant, cela ne saurait suffire à composer le dessin : encore faut-il *organiser* les éléments, structurer un tant soit peu l'ensemble.

C'est en ce sens que l'on peut concevoir d'ordonner, d'organiser le pluralisme tout en respectant la diversité : la préservation des individualités n'est pas incompatible avec la création d'un schéma qui les dépasse, et les englobe, sans les gommer. La création d'un tel schéma, en droit international, ne se conçoit qu'au prix de la préservation d'un certain «jeu» entre les systèmes appelés à intervenir : cependant, si la

⁵⁵ Lajoie, *supra* note 16 à la p. 201.

⁵⁶ *Ibid.* ; voir aussi A. Lajoie et al., «Pluralisme juridique à Kahnawake ?» (1998) 39 C. de D. 681.

⁵⁷ Ordre vient du latin *ordo*, la ligne, le rang : *Le nouveau Petit Robert*, 1996, s.v. «ordre».

marge est trop lâche, les éléments ne seront pas assez resserrés pour que l'on voie apparaître le schéma d'ensemble. Il faut donc réaliser un équilibre entre la nécessaire *préservation d'une marge et sa maîtrise*, sa mesure, d'autant que le schéma doit rester lisible, cohérent, puisque précisément c'est un schéma que l'on veut réaliser : on ne saurait, dans ces conditions, se contenter du désordre. Une étude de la notion de marge permettra de mettre en évidence son fonctionnement global, et de faire ressortir l'exigence logique que sous-tend l'objectif d'ordre ; mais il ne suffit pas de poser cette exigence ; encore faut-il avoir conscience des conditions minimales de son accomplissement.

A. La notion de marge

Le mot «marge», on l'a dit⁸⁸, contient à la fois l'idée de *latitude* et de *mesure* : c'est exactement cette idée que recouvre la notion de marge en droit international, lorsqu'il s'agit de rapprocher des politiques étatiques, sans toutefois les unifier. Il s'agit à la fois de se rassembler autour de principes communs, voire de règles communes, mais aussi de permettre le respect du pluralisme, ce qui se traduit inévitablement par la possibilité, pour les États, de bénéficier d'une certaine marge de liberté. D'ailleurs, les règles communes sont elles-mêmes suffisamment imprécises pour être interprétées avec une certaine souplesse : ici encore, on trouve l'idée de marge. Il est possible de préciser quelque peu la notion en distinguant entre marge d'interprétation et marge d'appréciation, ce qui permet d'envisager différentes combinaisons entre ces deux types de marge, et de poser la question de la conciliation entre existence d'une marge et principe de cohérence.

1. Marge d'interprétation et marge d'appréciation

Tout au long du processus qui va de l'édiction de la norme à son application interviennent divers acteurs : l'émetteur de la norme, que nous appellerons «normateur», constitue le premier maillon de la chaîne. La norme est généralement destinée à deux catégories de destinataires, que nous désignerons par destinataire «intermédiaire» et destinataire «final».

Le destinataire intermédiaire est un récepteur de la norme : il peut n'être que le vecteur de transmission, celui qui reçoit la norme pour la dire ensuite au destinataire final, se limitant en quelque sorte à un rôle de transmission en l'état ; il peut également contribuer à l'élaboration de la norme, et joue alors le double rôle de récepteur et d'émetteur. C'est le cas, le plus souvent, lorsque la norme exige une interprétation : le juge bénéficie, explicitement ou non, d'une certaine marge d'interprétation.

⁸⁸ Voir Introduction, ci-dessus.

Ainsi, par exemple, à l'intérieur d'un système juridique national, le normateur serait le législateur, et le récepteur serait le juge, qui «dit le droit», c'est-à-dire qui, dans une conception très simplifiée⁵⁹, se contente d'actualiser la règle, face au cas concret qui lui est soumis. Mais il se peut également que le juge dispose d'une «marge de liberté statutaire»⁶⁰ qui lui permette d'interpréter la règle, ce qui l'amène à participer à la détermination de la norme : c'est l'hypothèse de la co-détermination. Dans ce cas, le «récepteur» devient à son tour «émetteur».

Le destinataire final, qui est le justiciable, n'a pas en principe de pouvoir d'appréciation⁶¹ : il est soumis à la règle, qui l'assujettit, il ne peut décider de s'en écarter.

Le schéma est plus complexe lorsque se superpose au système juridique national un (voire plusieurs) système supranational : on peut concevoir a priori l'existence de trois maillons au moins. Le normateur, sorte de «législateur supranational» qui émet la norme, le «juge supranational», qui peut être simple récepteur, mais peut disposer aussi d'une *marge d'interprétation* de la norme et devient alors également émetteur, et le destinataire final qui est un État (en réalité plusieurs États). Ici, on peut envisager deux sous-hypothèses : soit l'État est totalement asservi à la norme supranationale, et comme simple récepteur il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, soit il bénéficie d'une *marge d'appréciation*, qui lui est déléguée par le «législateur» ou par le «juge».

Il est même possible d'affiner davantage le schéma, en distinguant au niveau national le rôle du législateur de celui du juge, et en imaginant que dans le cas où l'État disposerait d'une marge d'appréciation, le législateur national pourrait en disposer sans laisser la moindre marge d'interprétation au juge national, ou au contraire en laissant au juge une telle possibilité. Apparaissent alors deux sortes de marges qui introduisent, chacune à leur niveau, une certaine souplesse dans la prise de décision :

- 1° La *marge d'interprétation* concerne le destinataire intermédiaire, qui est récepteur, mais aussi émetteur de la norme qu'il interprète, dans la mesure de cette marge d'interprétation qui lui est explicitement donnée, ou implicitement laissée : il est alors dispensé d'une obligation de conformité dans le «dire» de la norme.

⁵⁹ Sur ce point, pour une vision beaucoup plus riche, voir G. Timsit, «La transdiction à l'œuvre : Étude de cas» *Enquête* n° 7 (1999) 233.

⁶⁰ Voir G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986 à la p. 157.

⁶¹ Sous réserve des remarques faites en introduction.

- 2° La marge d'*appréciation* concerne le destinataire final, qui se voit autorisé à faire un pas de côté, à ne pas ajuster précisément sa conduite sur la norme, à ne pas se soumettre exactement à la règle.

Ces deux marges sont indépendantes, puisqu'elles ne concernent pas les mêmes acteurs, et on peut alors envisager de les combiner.

2. Combinaison des marges

En limitant la description aux trois maillons principaux (désormais désignés comme suit : «Normateur», «Juge», «État»), on peut envisager quatre possibilités au moins :

- 1° Soit le Normateur ne prévoit (ou ne laisse) aucune liberté «statutaire» au profit du Juge, qui ne laisse aucune marge d'appréciation aux États ;
- 2° Soit le Normateur ne prévoit (ou ne laisse) pas de liberté pour le Juge, mais laisse une marge d'appréciation aux États ;
- 3° Soit le Normateur prévoit (ou laisse) une marge d'interprétation au profit du Juge, qui ne laisse pour autant aucune liberté aux États ;
- 4° Soit le Normateur prévoit (ou laisse) une marge d'interprétation au profit du Juge qui lui-même prévoit (ou laisse) une marge d'appréciation au profit des États.

Ces combinaisons peuvent être illustrés à l'aide d'un schéma, dans lequel un rectangle plus large, à un niveau donné, correspond à l'existence d'une marge, le rectangle étroit figurant l'absence de marge :

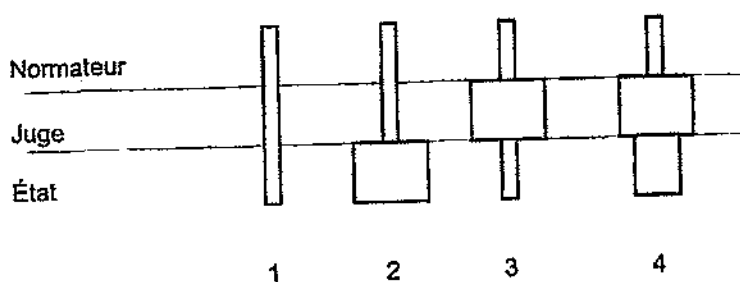


Figure 1

Le premier cas de figure serait illustré par le protocole sur l'abolition de la peine de mort : il n'existe aucune marge, à quelque degré que ce soit.

Le deuxième cas correspondrait à la délégation directe par le Normateur d'une marge d'appréciation laissée aux États, sans que le Juge se voie reconnaître une marge d'interprétation. Une approximation est fournie par certaines directives communautaires, qui laissent explicitement aux États le choix de prendre ou maintenir des mesures qui s'écartent, sur certains points, des prescriptions de la directive (en supposant que le Juge n'ait, quant à lui, aucune marge d'interprétation, ce qui est peu vraisemblable),

ajouter ici le cas de la *Convention de 1948 sur le génocide*, lorsqu'elle laisse aux États le soin de prévoir des «sanctions pénales efficaces»⁶².

Le troisième cas est illustré, par exemple, par la plupart des textes de la *Convention européenne des droits de l'homme*, tel l'article 6 : c'est parfois le Normateur qui laisse une marge implicite d'interprétation au Juge européen, car les textes sont *imprécis* (et donc la prédétermination est faible) ; on se trouve dans une hypothèse de forte co-détermination, le Juge prenant part activement à l'élaboration de la norme, cette part lui étant, dans cette hypothèse, *laissée* par le Normateur. Pour autant, le Juge ne laisse pas de marge nationale d'appréciation aux États, si bien que tout écart à la norme européenne (telle qu'interprétée par le Juge) est sanctionné⁶³. Il arrive également que, sans que le Normateur l'ait prévu, le Juge *s'octroie* une marge, alors même que le texte est *précis*, et n'appelle donc pas, a priori, d'interprétation : c'est le cas de la jurisprudence relative à la «matière pénale», où le Juge a fait entrer les sanctions administratives, afin de permettre l'extension du contrôle européen, en principe limité aux seules sanctions pénales. Ici, la marge d'interprétation n'est pas prévue, ni même laissée par le Normateur ; elle est créée par le Juge, qui pour autant ne permet pas aux États de disposer d'une marge d'appréciation. Le phénomène mérite d'être souligné, car il tend à instituer une véritable *autonomie des notions* : ce qui est «pénal» pour le Juge ne coïncide pas avec ce qui est pénal pour les États, ni même avec ce qui ferait l'objet d'une commune qualification. Il ne s'agit donc pas de réduire la notion au plus petit commun dénominateur entre les États, mais au contraire de l'étendre, à une notion floue créée par le Juge.

Enfin, le quatrième cas peut être illustré par l'application qui est faite par la Cour des articles 8 à 11 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, où le Juge, s'agissant des restrictions nécessaires aux droits et libertés consacrés par ces textes, reconnaît explicitement une marge nationale d'appréciation aux États ; les concepts auxquels renvoient ces textes étant eux-mêmes imprécis, la Cour européenne bénéficie implicitement d'une marge d'interprétation, si bien que l'on voit apparaître successivement deux degrés de liberté : celui du Juge (marge d'interprétation) et celui du destinataire final (marge nationale d'appréciation).

Dans ces conditions, et particulièrement dans le dernier cas, qui cumule niveaux d'intervention de la marge, il est légitime de se demander si l'application de la norme

⁶² *Supra* note 24, art. 5.

⁶³ Voir par ex. S. Soler, note sous *Reinhardt c. France*, CEDH, 31 mars 1998, Sem. Jur. 1999.Jur.10074. La Cour a statué dans cet arrêt qu'en l'absence de *communication identique* des documents (rapport du conseiller rapporteur et projet d'arrêt rédigé par celui-ci) à l'avocat général d'une part, et aux conseils des parties d'autre part, la procédure devant la Cour de cassation française n'est pas «équitable» au sens de l'article 6 § 1. La marge d'appréciation de la France n'existe que relativement aux procédures qui permettront de faire disparaître ce défaut d'identité...

ne risque pas d'être totalement désordonnée, imprévisible, arbitraire, étant donné l'existence d'une certaine liberté laissée aux différents acteurs. Or, si l'existence d'une marge est indispensable pour tenir compte du pluralisme, encore faut-il que ce pluralisme soit suffisamment ordonné, organisé, pour éviter l'arbitraire : ceci ne peut être réalisé sans une forte exigence quant à la validité logique du raisonnement opéré.

3. Existence d'une marge et exigence logique

L'existence d'une marge d'interprétation, pour celui qui *participe* à la détermination de la norme (co-détermination), ou d'appréciation, pour celui qui est *assujéti* à la norme, doit être conciliée, sous peine d'arbitraire, avec une application raisonnée, cohérente de la règle. Or, l'existence d'une marge oblige à changer de registre : ce qui se concevait, en l'absence de marge, en termes de stricte *conformité* à la règle, doit être pensé en termes de *compatibilité*, de proximité suffisante⁶⁴.

Une culture relativement modeste en matière de logique conduit à croire qu'un raisonnement ne saurait être rigoureux qu'à la condition qu'il permette de trancher entre le vrai et le faux, entre le conforme et le non conforme : il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée, il ne saurait exister d'autre possibilité. Cependant, la logique ne s'est pas figée au temps d'Aristote (lequel d'ailleurs avait déjà posé les bases d'une logique bien plus riche que ce qu'on nomme «logique binaire», celle du «tout ou rien»), et il apparaît aujourd'hui que l'on peut raisonner de manière parfaitement rigoureuse à partir de notions imprécises, en se privant certes de principes logiques qui n'appartiennent qu'à la logique binaire⁶⁵, mais en gagnant infiniment au plan de la richesse du raisonnement, plus souple, plus proche du raisonnement humain que celui d'une machine trop élémentaire, peu perfectionnée, qui ne saurait traiter que le «oui» ou le «non».

C'est d'un tel raisonnement «souple» qu'il est question lorsqu'il s'agit d'ordonner le pluralisme : le fait même du pluralisme exclut l'idée de conformité, d'identité, puisque précisément il s'agit de tenir compte de la diversité des systèmes. On peut, on *doit* donc se contenter d'une suffisante *proximité* entre la conduite prescrite et la conduite examinée, sous peine de condamner le pluralisme. Seulement, le pluralisme doit être *ordonné*, organisé de manière cohérente, si on veut éviter que, sous le prétexte de la pluralité, de la complexité, on se contente de l'arbitraire. Il faut donc réaliser un équilibre entre la préservation du pluralisme (et donc de la nécessaire

⁶⁴ Plus précisément, alors qu'en l'absence de marge, seules sont validées les conduites *strictement conformes* à ce qui est prescrit par la norme (exigence d'identité), on s'autorise ici à valider les comportements *suffisamment proches* de la conduite prescrite par la norme (exigence de compatibilité) ; voir la partie I.B, ci-dessus.

⁶⁵ Tel le principe du tiers exclu ; voir *infra* note 70.

souplesse du raisonnement) et l'exigence de cohérence, sans laquelle la prévisibilité, la lisibilité du système ne seraient plus possibles. Or la cohérence du raisonnement, qui est nécessaire afin d'ordonner le pluralisme, est conciliable avec l'existence d'une marge, qui permet de le respecter : la logique floue permet de conjuguer les deux impératifs⁶⁶.

B. Le fonctionnement de la marge

La seule existence d'une marge n'est nullement inconciliable avec l'exigence logique : simplement, elle ne permet pas de raisonner en termes de logique binaire, laquelle ne saurait rendre compte des nuances et de la richesse du raisonnement opéré lorsqu'on admet l'existence d'une marge. La logique floue, en revanche, est parfaitement adaptée, et permet de rendre compte des raisonnements qui tiennent compte de l'existence d'une marge. Cependant, une analyse succincte du fonctionnement de la marge d'interprétation et de la marge nationale d'appréciation montre les progrès qui restent encore à accomplir pour que le pluralisme soit réellement «ordonné».

Un bref aperçu sur ce qu'est la logique floue permettra de sérier les problèmes suscités, au plan de l'exigence de cohérence, par l'existence d'une marge, à quelque degré qu'elle se situe : il suffira d'examiner un exemple correspondant au cas le plus crucial, celui dans lequel à une marge d'interprétation du Juge se superpose une marge d'appréciation des États.

⁶⁶ Il convient de souligner l'analogie, ici, avec ce qu'écrit B. Bouchon-Meunier à propos des «commandes floues» dans son ouvrage *La logique floue et ses applications*, Paris, Addison-Wesley France, 1995 à la p. 212 :

La commande floue est intéressante pour les raisons suivantes :

- La commande est simple à réaliser, donc flexible et *facilement adaptable* aux conditions de fonctionnement du processus ou à une utilisation particulière. Un petit nombre de règles est généralement suffisant pour décrire le système.
- La *synthèse* de l'avis de plusieurs experts est *plus facilement réalisée*.
- La coordination de plusieurs objectifs est possible.
- Elle est reconnue comme robuste, c'est-à-dire qu'elle *résiste bien aux perturbations* qui peuvent affecter le processus.
- Les utilisateurs jugent qu'elle *permet une grande précision* et généralement des économies d'énergie [nos italiques].

Bien qu'il ne s'agisse pas, ici, d'automatique, on ne peut que remarquer les convergences entre les avantages de la «commande floue» et les buts que l'on peut s'assigner lorsqu'on se propose d'ordonner le pluralisme... Nous avons souligné certains termes, mais d'autres auraient pu l'être, comme par exemple l'économie d'énergie, qu'il conviendrait évidemment de transposer à la question qui nous occupe.

1. Logique et flou

La logique classique repose sur quelques opérations élémentaires, qu'il est aisé de traduire grâce à quelques éléments de théorie des ensembles :

À la *vérité d'une proposition*⁶⁷ (par exemple «untel est Anglais») correspond l'*appartenance à un ensemble* (ce qui s'écrit : $x \in A$, A désignant l'ensemble des Anglais). À la *fausseté* de la proposition (et donc à la vérité de sa négation) correspond la non-appartenance à cet ensemble ($x \notin A$, ce qui revient à l'appartenance au «complémentaire» de l'ensemble A [les non-Anglais]).

À la *conjonction* («et») de deux propositions a et b correspond l'*intersection* de deux ensembles (par exemple, untel est Anglais *et* blond se traduit par $x \in A \cap B$), et à la *disjonction* («a ou b»⁶⁸) correspond la *réunion* des ensembles A et B ($x \in A \cup B$).

Grâce à ces opérations élémentaires, il est possible d'en réaliser de bien plus complexes, et, par exemple, de combiner de multiples critères : ainsi «a et b et c et d» ne peut être une proposition vraie que si les quatre propositions élémentaires le sont, ce qui est très contraignant. Ce cas de figure est réalisé, par exemple, lorsque l'on examine l'actualisation, par une personne présumée coupable, des éléments constitutifs d'une infraction, aggravée par des circonstances exigées cumulativement⁶⁹.

En revanche, pour que la proposition «a et (b ou c)» soit réalisée, il faut que a soit vraie, mais il n'est pas nécessaire que b le soit (mais il faut, si b est fausse, que c soit réalisée).

La logique classique est particulièrement simple, parce qu'une proposition quelconque ne peut être que vraie ou fausse : il n'existe pas de troisième possibilité⁷⁰. Cette netteté, mais aussi cette rigidité, proviennent d'une conception simpliste des ensembles, qui voudrait que dans un univers donné, un élément quelconque de l'univers appartienne ou n'appartienne pas à l'ensemble considéré (par exemple, les Anglais : on a ou on n'a pas la nationalité anglaise). Cette conception permet de procéder à des

⁶⁷ Une proposition est un énoncé susceptible de vérité ou de fausseté. Par exemple, «Tout flatteur vit aux dépens de celui qui l'écoute» est une proposition (en théorie : il faudrait que ce soit démontrable), alors que «Hé bien, dansez, maintenant !» n'est pas une proposition, puisqu'on ne peut envisager d'attribuer à cet énoncé une quelconque «valeur de vérité».

⁶⁸ Au sens large : c'est-à-dire soit a soit b soit les deux. Ainsi, lorsqu'on exige d'une personne qu'elle soit titulaire de tel diplôme ou qu'elle ait au moins cinq ans d'expérience, il est évident qu'on examinera la candidature de la personne qui est à la fois diplômée et expérimentée. Dans ce cas, le «ou» est inclusif. Le «ou» exclusif (que nous noterons «ou») signifie «a et non b» ou «b et non a».

⁶⁹ Par exemple, a = le sujet a commis un homicide, b = l'intention de commettre l'infraction est établie, c = la préméditation est prouvée, d = la victime est un mineur de quinze ans.

⁷⁰ C'est le principe du tiers exclu, qui veut qu'une porte soit nécessairement ouverte ou fermée... ou une lampe nécessairement allumée ou éteinte.

classements nets des éléments de l'univers⁷¹ : on est ou on n'est pas Anglais, telle conduite est ou n'est pas conforme à la règle, la maison est ou n'est pas à moins de cent mètres de la plage⁷², etc.

La théorie des sous-ensembles flous permet d'introduire la souplesse dans le raisonnement, sans pour autant lui faire perdre sa rigueur : ainsi, l'*armature logique* (et notamment le mode de combinaison des diverses propositions) est préservée, mais les énoncés peuvent s'accommoder de l'imprécis ou de l'incertain, ce qui est le cas dans la plupart des raisonnements humains, et spécialement dans la plupart des raisonnements juridiques, ne serait-ce qu'en raison de l'imprécision des concepts mis en œuvre par les textes⁷³. Par exemple, on substituera à l'exigence rigide «cherche maison, entre 0 et 100 mètres de la plage», qui n'admet que deux réponses, deux «valeurs de vérité», la demande «cherche maison proche de la plage» : d'un tel énoncé, on peut, selon le cas, dire qu'il est «tout à fait vrai», ou «tout à fait faux», mais aussi qu'il est relativement proche (ou éloigné) de la vérité.

Il n'en reste pas moins que, *par exemple*, l'exigence d'un cumul (conjonction) de critères n'est nullement affecté par le passage à des énoncés imprécis⁷⁴, de même que le fait que la proposition «a et b» soit fausse dès lors que a est fausse ou b est fausse⁷⁵ : simplement, on considérera que la proposition «a et b» est fausse lorsque a, ou b, sont «trop éloignées de la vérité», à un seuil que l'on aura fixé.

En effet, en logique floue, la vérité d'une proposition est susceptible de degrés, les valeurs de vérité ne se limitant pas à 0 (pour faux) et 1 (pour vrai), mais

⁷¹ Encore que, dans l'exemple considéré, il n'y ait pas véritable classement, puisque l'on peut être binational...

⁷² L'exemple est emprunté à Bouchon-Meunier, *supra* note 66, qui propose de nombreuses illustrations permettant de saisir intuitivement cette logique fort élaborée. La lecture de l'ouvrage nécessite cependant de solides connaissances mathématiques.

⁷³ Il suffit, entre autres exemples, de considérer l'art. 242 C. civ. : le divorce pour faute peut être demandé par un des époux pour des faits imputables à l'autre «lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune». Si la structure logique de ce texte est apparente (trois conditions figurent dans l'extrait cité, que l'on pourrait symboliser ainsi «(g ou r) et i», où g représente la gravité, r le caractère renouvelé, et i le caractère intolérable du maintien de la vie commune), il est clair que les concepts (grave, renouvelé, intolérable) sont d'une grande imprécision... Le phénomène n'est donc nullement spécifique aux corps de règles étudiés ici.

⁷⁴ Par exemple : l'avion doit décoller de Montpellier en fin de matinée, et permettre d'arriver à Paris largement avant l'heure de la conférence (exemple transposé de Bouchon-Meunier, *supra* note 66 à la p. 177).

⁷⁵ Par exemple, l'avion a décollé bien trop tard pour que l'on puisse encore parler de «fin de matinée», ou il a bien décollé en fin de matinée mais il a dû se poser à Poitiers, et n'a pas permis d'arriver avant l'heure de la conférence, ou... les deux !

s'échelonnent sur un intervalle de valeurs continues comprises entre 0 et 1, qui correspondent aux degrés d'appartenance de l'élément considéré à l'ensemble qui sert de référence.

Il serait possible de comparer «l'armature logique» à la structure d'un circuit électrique : la vérité d'une proposition a étant représentée par la fermeture de l'interrupteur noté a (position 1), la fausseté correspondant à l'ouverture de l'interrupteur (position 0), la proposition « a et b » se représente par le montage *en série* des deux interrupteurs a et b ⁷⁶ ; pour que le courant électrique «passe» dans le circuit (et que, par conséquent, la lampe témoin L s'allume), il faut et il suffit que les deux interrupteurs soient fermés (position 1), comme l'indique la figure de gauche ; si l'un d'eux est ouvert (position 0) ce qui correspond à a est fausse ou b est fausse, le courant ne circule pas, et la lampe reste éteinte.

Le passage de cette logique binaire (interrupteur ouvert ou fermé, lampe allumée ou éteinte) à la logique floue se traduit *non pas par un changement de structure* du circuit, mais par le remplacement des interrupteurs par des rhéostats, qui vont permettre de faire *varier continûment* l'intensité du courant électrique entre la valeur 0 et la valeur 1, en déplaçant le curseur : c'est le principe du variateur de lumière. On comprend aisément que l'intensité lumineuse de la lampe L qui représente « a et b » sera fonction de la résistance qu'opposent les deux rhéostats au passage du courant : il suffit que l'intensité soit très faible en raison de a pour que la lampe éclaire faiblement... Si la structure est inchangée, les valeurs de l'intensité du courant électrique ne sont plus réduites à deux possibilités (le courant passe ou le courant ne passe pas), mais varient entre 0 et le maximum, représenté par la valeur 1.

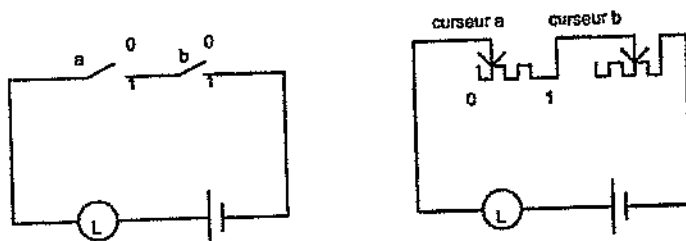


Figure 2

La différence entre ensembles nets et ensembles flous (et donc entre logique binaire et logique floue) est aisément perceptible grâce à un schéma :

⁷⁶ Pour « a ou b », il faudrait concevoir un montage en parallèle.

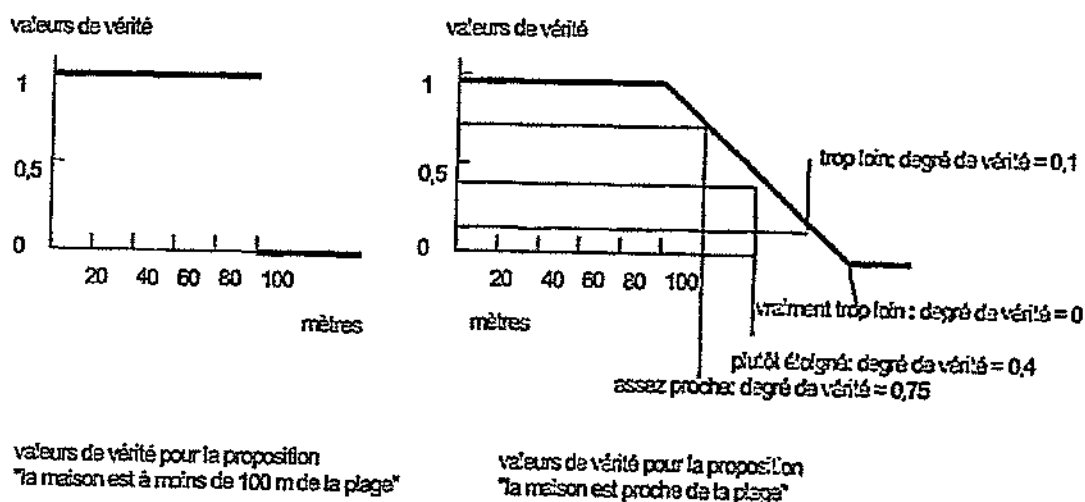


Figure 3

Sur le premier dessin, la proposition est soit vraie, soit fausse, et dès l'instant où l'on a décidé que seules les maisons situées entre 0 et 100 mètres de la plage répondraient à l'exigence, la décision est aisée : soit la proposition est vraie, et la maison est conforme à la demande, soit la condition n'est pas réalisée, et la maison proposée n'est pas conforme.

Dans la situation représentée par le deuxième dessin, le raisonnement s'effectue en deux temps :

- 1° On doit d'abord déterminer ce que l'on entend par «proche» : il faut alors préciser les cas où la proposition est incontestablement vraie (ici entre 0 et 100 mètres), mais aussi les cas où elle est «plus ou moins vraie», et ceux où elle devient tout à fait fausse (par exemple ici à partir de 190 mètres), ce qui revient à déterminer la *longueur* de la ligne horizontale située à l'ordonnée 1 (proposition vraie : entre 0 et 100 mètres) ainsi que la *pente* de la ligne oblique⁷⁷, et par conséquent le point où elle rejoint l'axe horizontal. Cette première démarche permet d'effectuer un «classement» des maisons «proches» de la plage.
- 2° On doit ensuite déterminer un seuil d'acceptabilité : faut-il se contenter d'une maison pour laquelle la «valeur de vérité» n'est que de 0,1, par exemple ? Va-t-on «placer la barre plus haut» et exiger une valeur de vérité plus impor-

⁷⁷ Pour simplifier : cette ligne pourrait être courbe, et par exemple les valeurs pourraient décroître lentement dans un premier temps — jusqu'à 150 mètres par exemple —, et plus rapidement ensuite.

tante ? La détermination du seuil d'acceptabilité permet de décider quelles propositions seront retenues et quelles propositions seront rejetées.

En réalité, le plus souvent, les deux étapes sont confondues : la plupart des décisions que nous prenons quotidiennement pourraient être décrites selon ce modèle, et s'effectuent très rapidement en fonction d'un grand nombre de paramètres imprécis, sans que l'on puisse véritablement séparer les deux étapes⁷⁸, mais selon un processus parfaitement cohérent, malgré la complexité des données.

L'exemple de la «maison proche de la plage» est évidemment transposable aux décisions concernant la compatibilité d'une conduite avec une norme imprécise, posée par le Normateur et interprétée par le Juge ; on se limitera, pour l'illustrer, à reporter sur un axe horizontal les «valeurs de vérité» de la proposition «la conduite est conforme» ou «la conduite est compatible» :

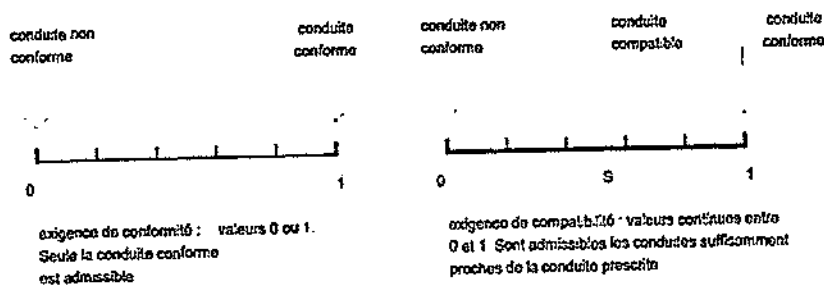


Figure 4

En théorie, le Juge situe la conduite examinée sur l'échelle graduée entre les valeurs extrêmes 0 et 1, en fonction de divers paramètres précis ou non, qu'il combine, puis fixe un seuil *S* de compatibilité en deçà duquel la conduite sera déclarée incompatible avec la norme. En réalité, les deux opérations sont effectuées en même temps, et il est difficile de les dissocier.

En revanche, et notamment dans le cas d'une étude de jurisprudence, il convient de bien distinguer ici entre deux aspects du raisonnement : le *mode de combinaison* des propositions élémentaires qui composent le raisonnement, et le *caractère flou* de ces propositions.

En effet, si l'imprécision des propositions élémentaires suggère immédiatement l'idée d'un risque évident d'insuffisance de rigueur du raisonnement, à l'instant même où la décision est prise (perspective *synchronique*), il faut se situer dans une perspec-

⁷⁸ Par exemple : «Vais-je traverser ? La voiture n'arrive-t-elle pas trop vite ? La chaussée n'est-elle pas trop glissante ? Reste-t-il beaucoup de temps avant que le feu passe au rouge ?», etc.

tive *diachronique* pour être en mesure d'envisager que des *variations* du *mode de combinaison* des éléments puissent provoquer également des incohérences.

Le risque d'incohérence d'une suite de décisions fondées sur des raisonnements en logique floue peut provenir d'une *moindre exigence*, sous prétexte que l'on combine des éléments imprécis, relativement au *mode de combinaison* lui-même (ce que nous avons nommé «*l'armature logique*») : dans ce cas, d'une décision à l'autre, la *combinaison elle-même serait instable* (par exemple, après avoir toujours exigé «a et b et c», on exige désormais, sans que cela ne soit prévisible, ni même justifié, «a ou b ou c»).

Mais, à supposer même que le mode de combinaison soit suffisamment stable⁷⁹, un autre risque d'incohérence apparaît dès lors que la répartition des valeurs de vérité ou le seuil d'acceptabilité varient de façon arbitraire, imprévisible.

Ces deux risques vont être examinés à l'aide d'illustrations permettant d'observer le fonctionnement de la marge d'appréciation du Juge, ou de la marge d'appréciation des États.

2. Marge d'interprétation

Dans le cadre des articles 8 à 11 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, des restrictions nécessaires aux droits et libertés consacrés par ces textes sont admises, sous certaines conditions : il faut, prévoit la Convention, que la restriction soit «prévue par la loi» (critère *a*), qu'elle poursuive un des buts légitimes prévus par les textes⁸⁰ (critère *b*), et qu'elle soit «nécessaire, dans une société démocratique» (critère *c*, lui-même composé de divers critères cumulatifs d'origine jurisprudentielle⁸¹, qui constitue une sorte de «module» relativement autonome). Une mesure nationale restreignant les droits et libertés prévus par la Convention est déclarée compatible avec la norme si la valeur de «a et b et c» est «suffisamment proche de 1», ce que nous noterons «a et b et c» pour simplifier. La mesure sera déclarée incompatible si «non a» ou «non b» ou «non c», étant entendu que par exemple «non c» ne signifie pas la valeur de *c* est égale à 0, mais «la valeur de *c* est trop faible». Ainsi, dès lors

⁷⁹ On ne peut exiger la stabilité absolue dans des systèmes évolutifs ; or, la jurisprudence constitue un de ces systèmes...

⁸⁰ Sécurité nationale, intégrité territoriale, sûreté publique, défense de l'ordre et prévention du crime, protection de la santé et de la morale, etc. Ces critères sont alternatifs, mais le «ou» est évidemment inclusif ; voir *supra* note 68.

⁸¹ Le critère *c* est réalisé si l'équilibre entre diverses exigences est réalisé : il faut que la mesure soit justifiée par un besoin social impérieux et qu'il existe des motifs légitimes et que la gravité de la mesure ne soit pas disproportionnée et qu'il existe un contrôle et que l'esprit démocratique (pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture) soit respecté...

que la mesure soumise à l'examen de la Cour n'est pas jugée suffisamment «prévue par la loi», il n'est pas nécessaire de vérifier si elle poursuit des «butés légitimes» et si elle est «nécessaire dans une société démocratique»³².

Il est clair que les critères retenus par la Cour sont imprécis, parce que le Normateur a lui-même eu recours à des concepts imprécis. Le Juge bénéficie donc d'une certaine marge d'interprétation implicite, ce qui en soi est un facteur de risque d'arbitraire. Par ailleurs, le Juge lui-même a élaboré, au fil des décisions, une combinaison assez complexe de critères³³ susceptible de varier d'une décision à l'autre, ce qui engendre également un risque d'incohérence, qui n'est pas lié au caractère flou des critères, mais à la complexité de leur combinaison, ou plus exactement à d'éventuelles *variations* dans le mode de combinaison, la probabilité d'une instabilité pouvant paraître plus élevée à mesure que la complexité de la combinaison augmente³⁴. C'est ce facteur de risque, commun à la logique binaire et à la logique floue, qu'il convient d'illustrer en premier, précisément parce qu'il n'est pas spécifique au raisonnement en environnement flou.

a. Stabilité de la combinaison de critères

On a vu que, s'agissant des restrictions aux libertés prévues par les articles 8 à 11 de la Convention, la Cour européenne a posé, avec le Normateur, des critères cumulatifs, eux-mêmes composés de sous-critères, afin de décider de la compatibilité ou de

³² Voir par ex. *Malone c. Royaume-Uni* (1984), 82 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1 à la p. 36, où la Cour, après avoir constaté «non a» («le droit anglais [...] est] assez obscur et sujet à des analyses divergentes [...] et il] n'indique pas avec assez de clarté [...]»). Dans cette mesure fait défaut le *degré minimal* de protection juridique» [nos italiques]) déclare qu'elle «n'estime pas devoir déterminer plus avant en quoi consistent les autres garanties exigées par le paragraphe 2 de l'article 8 ni si le système litigieux les offrait en l'occurrence», *ibid.* à la p. 37. En résumé, «non a» implique «non [a et b et c]».

³³ Ainsi, le premier critère visé par le Normateur, «prévue par la loi», se décompose, selon le Juge, en deux sous-critères eux-mêmes composés : la légalité de la mesure dépend de la nature de la loi (critère a_1) et de sa qualité (critère a_2), et plus précisément du fait que la mesure est prévue par «la loi ou la jurisprudence de l'Etat en cause», et que cette «loi» est «suffisamment accessible et suffisamment précise et prévisible».

³⁴ Ce n'est d'ailleurs qu'une hypothèse, qui resterait à vérifier : il se peut en effet que la complexité de l'armature logique contribue à sa stabilité, la variation d'un «module» composant la «formule» pouvant être compensée par la variation en sens inverse d'un autre «module». Tout dépend ici du poids des critères en jeu, et du *degré de contrainte* (lié à la présence de certains connecteurs logiques entre les éléments) de la combinaison : par exemple, si à une combinaison «a et (b ou c)» on substitue «a et b», les perturbations seront sans doute moindres que si à la conjonction «a et (b et c)» on substitue «a et b». En effet, dans le premier cas, le fait que la condition c ne soit pas remplie peut être compensé, dans l'éventualité où la condition b est réalisée, si bien que, dans ce cas, la disparition du critère c passe inaperçue, ce qui n'est pas le cas dans la deuxième hypothèse.

l'incompatibilité d'une pratique avec le droit européen. Notamment, à propos du critère *c*, elle examine en principe l'existence d'un «besoin social impérieux» (critère *c*₁), de «motifs légitimes» (critère *c*₂) qu'elle met en balance avec la gravité de la mesure examinée (*c*₃ = la mesure est disproportionnée, il en existe d'autres moins rigoureuses qui permettraient d'atteindre le but recherché). On pourrait résumer cette composante (très simplifiée, ici) du raisonnement (la «nécessité») par la formule suivante : «*c*₁ et *c*₂ et non *c*₃», formule que l'on devrait retrouver, si la jurisprudence est cohérente, à chaque fois que la Cour doit statuer sur le caractère nécessaire d'une restriction aux libertés, puisqu'elle a elle-même posé cette combinaison de critères, au fil des décisions.

Or, l'examen de la jurisprudence révèle que dans les affaires de terrorisme ou de drogue notamment, le Juge s'abstient de contrôler le critère *c* : ainsi, il a pu affirmer, après avoir vérifié que la mesure était prévue par la loi, et qu'elle poursuivait la prévention d'infractions pénales, que «sa nécessité dans une société démocratique n'inspire aucun doute à la Cour»⁸⁵. À l'évidence, indépendamment du caractère imprécis des critères habituellement mis en œuvre, cela constitue en soi une faille dans la cohérence de la jurisprudence⁸⁶. Si on peut se féliciter de ce que la Cour laisse transparaître une combinaison très minutieuse de critères, au fil des décisions, ce qui rend particulièrement lisible sa jurisprudence, on peut regretter que parfois elle n'en tienne pas compte aussi scrupuleusement qu'à l'ordinaire, puisque ce faisant, alors même que les conditions sont favorables à la décision de compatibilité de la mesure avec les exigences de la norme européenne, elle dévalorise le rôle des filtres extrêmement fins et fortement organisés qu'elle a mis en place.

À supposer même que l'armature logique, la combinaison de critères soit suffisamment stable d'une décision à l'autre pour éviter l'arbitraire, apparaît un autre facteur de risque, qui tient à l'évidence à l'imprécision des critères élémentaires mis en œuvre par le Juge.

b. Imprécision des critères et variation du seuil de compatibilité

Le reproche que l'on pourrait adresser à la jurisprudence de la Cour européenne ne réside pas dans le fait que les critères soient imprécis, et que la place exacte du seuil de décision soit indémontrable : en effet, l'existence même de ce seuil est acceptée, puisque la marge d'interprétation est admise. En soi, l'existence de

⁸⁵ *Lüdi, supra* note 36 à la p. 19.

⁸⁶ Tout se passe presque comme si le Juge tenait pour équivalentes les deux propositions «a et b et c» et «a et b». Plus précisément, c'est au plan de la *vérification* que se situe la difficulté : il n'est pas dît que *c* soit indifférent, mais il est évident que la valeur de vérité de *c* ne fait l'objet d'aucune vérification précise.

l'imprécision, et du seuil, ne constitue pas un obstacle à la cohérence du raisonnement.

De même, si on peut critiquer le fait que, dans tel ou tel cas, le seuil fixé pour déclarer telle mesure compatible avec la norme soit trop élevé ou trop bas, c'est là un jugement de valeur qui ne procède pas véritablement d'une exigence logique.

Ce qui en revanche est contestable, au plan de la logique, est que d'une décision à l'autre, le degré de contrainte, d'exigence *varie* sans aucune cohérence. Le seuil de décision ne saurait varier selon la subjectivité du Juge : c'est pourtant exactement ce qui se produit, lorsque le Juge décide de laisser aux États une marge nationale d'appréciation plus ou moins étroite.

3. Marge nationale d'appréciation

Le contrôle exercé par le Juge sur les conduites des États varie de façon inversement proportionnelle à la marge d'appréciation qui est laissée aux instances étatiques.

On pourrait s'attendre, puisqu'il s'agit d'ordonner le pluralisme, mais aussi d'harmoniser les positions, à ce que le critère de l'existence ou de l'absence d'une convergence des positions nationales constitue un facteur lourd. À une forte cohésion des solutions nationales (spontanée, ou réalisée sous l'influence du droit européen) devrait correspondre une faible marge d'appréciation, et donc un contrôle fort⁸⁷. À l'inverse, à une forte dispersion des solutions nationales devrait correspondre une marge d'appréciation plus large, et partant un contrôle moins rigoureux, puisqu'il faut ordonner, certes, mais respecter le pluralisme. Ce critère, plutôt *objectif*, serait lié, précisément, au degré de rapprochement des politiques des États, au moment où telle conduite est appréciée au regard de la norme ; le degré de liberté qu'il convient de laisser aux États dépendrait, pour l'essentiel, du degré de proximité des pratiques nationales.

⁸⁷ C'est ce qu'affirme la Cour, par exemple, dans l'affaire *Sunday Times*, *supra* note 48 à la p. 36 :

le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés par l'article 10 § 2. L'affaire *Handyside* concernait la «protection de la morale». L'idée que les États contractants «se font des exigences de cette dernière», a constaté la Cour, «varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque», et «les autorités de l'État se trouvent mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences». Il n'en va pas exactement de même de la notion, beaucoup plus *objective*, d'«autorité» du pouvoir judiciaire. En la matière, une assez grande *concordance de vues* ressort du droit interne et de la pratique des États contractants. Elle se reflète dans une série de clauses de la Convention, dont l'article 6, qui n'ont pas d'équivalent pour la «morale». A une *liberté d'appréciation moins discrétionnaire* correspond donc ici un contrôle européen plus étendu [nos italiques].

Or, il est permis de se demander si la Cour européenne sépare réellement sa marge d'interprétation, et la marge d'appréciation *des États*. Cette séparation est souvent opérée : par exemple, en matière de morale, les positions des États sont suffisamment dispersées pour que l'on doive laisser une marge d'appréciation assez large, ce qui est habituellement décidé par la Cour européenne⁸⁵. En revanche, alors qu'à propos de certains sujets socialement sensibles comme le transsexualisme, les droits nationaux sont très divergents, ce qui devrait conduire à laisser aux États une certaine liberté d'appréciation, la marge en ce domaine semble bien étroite⁸⁶. Sans doute une telle attitude traduit-elle la subjectivité du Juge : comment expliquer ce changement dans l'ampleur de la marge laissée aux États, sinon par le jugement de valeur porté par le Juge, qui l'emporterait sur le critère de la convergence des droits nationaux ? Si on se réfère à la subjectivité des États contractants pour justifier l'ampleur de la marge, et au caractère objectif d'une notion pour restreindre la marge nationale d'appréciation, il est clair que l'on devrait, en ce domaine, si la convergence des solutions étatiques n'a pas évolué, atténuer, et non renforcer, le contrôle européen...

Il est tout à fait admissible que la marge des États varie en fonction de facteurs fixés par le Juge : par exemple, il est concevable que la marge soit étroite lorsqu'il s'agit de protéger le pouvoir judiciaire, et plus large en matière de protection de la morale et de la religion ; d'ailleurs, on voit resurgir ici les critères utilisés au titre du «but légitime», qui fait l'objet d'une appréciation par la Cour. Ce qui est contestable en revanche est que la combinaison de ces critères soit instable, et varie en fonction de considérations qui, précisément, ne relèvent pas de l'appréciation des États, mais de celle du Juge...

Par ailleurs, il serait souhaitable, afin d'éviter l'arbitraire, que le Juge explicite *les critères* qu'il met en œuvre, et la *manière dont il les combine*, afin de déterminer la largeur de la marge nationale d'appréciation : certes, la Cour européenne annonce des critères, ce qui pourrait donner à l'interprète l'espoir d'élaborer des représentations schématiques du même type que celles qui ont été élaborées à propos de la marge d'interprétation⁸⁷, et donc de vérifier au moins la stabilité de la structure du raisonnement tenu pour déterminer cette marge ; mais on constate que les critères indiqués par le Juge sont très imprécis, ou du moins que ceux qu'il rend observables semblent lui laisser tout pouvoir d'appréciation.

⁸⁵ Voir *ibid.*

⁸⁶ Voir *B. c. France*, *supra* note 53.

⁸⁷ On peut parvenir à des formules assez élaborées qui servent de «grille de lecture» des décisions de la Cour ; une analyse fine de tous les critères à l'œuvre, à propos de la marge d'interprétation, aboutit à une formule contenant une quinzaine de critères, combinées par des conjonctions et des disjonctions, ce qui permet de vérifier la *permanence de la structure du raisonnement* d'une décision à l'autre.

On perçoit alors que les problèmes soulevés par la variabilité de la marge nationale d'appréciation sont plus complexes que ceux qui ont déjà été évoqués à propos de la décision de compatibilité ; si l'on observe la même instabilité de l'armature logique, s'ajoutent ici la grande imprécision des critères, mais aussi leur nature même : on peut se demander si le choix des critères place la marge d'appréciation du côté des États...

Conclusion

Indispensable, la notion de marge ne peut être ordonnée qu'au prix d'un surcroît de transparence dans la motivation des décisions. Mais la transparence ne suffit pas, elle doit s'accompagner d'un surcroît de rigueur, tant dans l'emploi des critères multiples et de leur pondération que dans l'usage d'une logique de gradation qui implique les notions de proximité et de seuil de compatibilité.

Ce n'est pas le changement de logique qui met en cause la validité formelle de ce droit commun pluraliste encore en gestation, mais la méconnaissance de ces exigences. En somme, si le pluralisme juridique reste tributaire du pluralisme social, c'est qu'il se cherche encore. Entre un pluralisme de juxtaposition, fait de systèmes normatifs concurrents et non hiérarchisés entre eux, et le monisme utopique de systèmes strictement hiérarchisés et unifiés, il y a sans doute place pour construire, à partir de systèmes harmonisés par un jeu plus souple de marges autorisant des hiérarchies enchevêtrées, un véritable pluralisme ordonné.
