

AVIS SUR LE QUATRIEME AMENDEMENT DE LA CONSTITUTION DE LA HONGRIE

Sommaire

Introduction	p. 4
Sur la soumission des constitutions nationales aux normes européennes	p. 5
Sur la reconnaissance d'une autonomie des Constitutions nationales	p. 7
l'identité nationale en droit de l'Union européenne	p. 7
la marge nationale d'appréciation en droit de la Convention européenne	p. 10
Les dispositions relatives au mariage et à la famille	p. 11
Sur la définition du mariage	p. 11
Sur la détermination de la relation familiale	p. 12
Les dispositions relatives au contrôle des révisions constitutionnelles	p. 14
Les dispositions relatives aux crimes du régime communiste	p. 20
Les dispositions relatives aux Eglises	p. 29
Les dispositions relatives aux annonces publicitaires politiques	p. 33
Les dispositions relatives à la dignité	p. 38
Les dispositions relatives à l'enseignement supérieur	p. 43
Les dispositions relatives au logement et à la résidence habituelle sur le domaine public	p. 49
Sur la garantie de l'accès à un logement digne	p. 49
Sur l'illégalité de la résidence habituelle sur le domaine public	p. 51
Les dispositions relatives à la justice constitutionnelle	p. 54
Les dispositions relatives à l'ordre juridictionnel	p. 58
CONCLUSION	p. 62
ANNEXES	p. 64
Annexes de l'Introduction	p. 64
Annexes relatives au mariage et à la famille	p. 70
Annexes relatives à la publicité politique	p. 78
Annexes relatives au logement	p. 97
Annexes relatives à l'ordre juridictionnel	p. 110

**AVIS SUR LE QUATRIEME AMENDEMENT
DE LA CONSTITUTION DE LA HONGRIE**

**Etabli à la demande de S.E. M. János Martonyi,
Ministre des affaires étrangères de la République de Hongrie**

par

Francis DELPÉRÉE, Sénateur, Professeur ordinaire émérite de l'Université catholique de Louvain, Président de l'Académie internationale de droit constitutionnel,

Pierre DELVOLVÉ, Membre de l'Institut, Professeur émérite de l'Université de Paris Panthéon-Assas,

Eivind SMITH, Professeur à l'Institut de droit public et international de l'Université d'Oslo, Président de la Section des sciences sociales et humaines à l'Académie norvégienne des sciences et des lettres, Vice-Président de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel.

La Loi fondamentale de la Hongrie (ci-après la Constitution hongroise), adoptée le 18 avril 2011 par l'Assemblée nationale, a été promulguée le 25 avril 2011. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

Elle a depuis lors fait l'objet de plusieurs amendements.

Le premier amendement, relatif aux dispositions transitoires, a été annulé par la Cour constitutionnelle par sa décision du 28 décembre 2012. Selon le communiqué publié par la Cour, celle-ci a considéré que l'Assemblée nationale a violé la Loi fondamentale en intégrant des dispositions non transitoires parmi les dispositions transitoires de la Loi fondamentale, et a annulé les dispositions contestées en raison de vices formels mais n'en a pas examiné la constitutionnalité quant au fond.

Plusieurs lois adoptées par l'Assemblée nationale ont été déférées à la Cour constitutionnelle et invalidées par celle-ci comme contraires à la Constitution : tel a été le cas de la loi sur la procédure électorale (décision de la Cour constitutionnelle n° 1/2013 - I. 7.), de la loi sur les contrats d'étudiants dans l'enseignement supérieur (décision n° 32/2012 - VII. 4.), de la loi sur la contravention de résidence habituelle sur le domaine public (décision n° 38/2012 - XI. 14.), de loi sur la liberté de conscience et la liberté religieuse, et sur le statut des Eglises et des communautés religieuses (décision n° 164/2011 - XII. 20.).

L'Assemblée nationale a adopté le 11 mars 2012 un quatrième amendement comportant des dispositions qui, les unes, avaient été censurées par la Cour constitutionnelle comme ne pouvant figurer dans des dispositions constitutionnelles transitoires, les autres l'avaient été par la Cour constitutionnelle comme ne pouvant figurer dans des dispositions législatives.

C'est sur ce quatrième amendement que l'avis des soussignés est demandé afin de déterminer s'il est conforme aux normes et standards européens.

La question de la conformité de dispositions législatives prises en exécution du quatrième amendement au regard de la Constitution hongroise ou de normes et standards européens n'entre pas, par contre, dans le champ du présent examen. Mais le cas échéant, l'application qui sera faite par des lois des dispositions résultant du 4^{ème} amendement permettra d'assurer la conformité de celles-ci aux normes et standards européens.

INTRODUCTION

A titre préliminaire, il convient de déterminer s'il est possible aux autorités exerçant le pouvoir constituant de reprendre dans des dispositions constitutionnelles des dispositions préalablement annulées par le juge constitutionnel. S'agissant des dispositions qui avaient été censurées par la Cour constitutionnelle hongroise, la question se dédouble, puisque les unes figuraient dans des dispositions constitutionnelles provisoires, les autres dans des dispositions législatives.

S'agissant des dispositions constitutionnelles qui figuraient dans les dispositions provisoires, il a déjà été relevé par la Cour constitutionnelle hongroise elle-même que leur annulation n'a été prononcée que pour des raisons formelles, non pour des raisons de fond : c'est parce qu'elles étaient définitives et qu'elles n'auraient donc pas dû être adoptées comme dispositions provisoires qu'elles ont été censurées ; leur contenu n'a pas été censuré. Par conséquent, l'autorité de la chose jugée par la Cour constitutionnelle n'empêche pas l'Assemblée nationale de reprendre ces dispositions en les introduisant, non plus dans les dispositions transitoires, mais dans les dispositions définitives de la Constitution.

S'agissant des dispositions législatives jugées contraires à la Constitution par la Cour constitutionnelle, l'autorité de la chose jugée n'empêche pas non plus de les reprendre en les introduisant dans le texte constitutionnel lui-même : précisément, parce que le texte constitutionnel ne permettait pas de prendre ces dispositions par voie législative, le texte constitutionnel est modifié pour permettre de les prendre. On est en présence d'une solution dont on trouve des exemples dans d'autres ordres juridiques. Ainsi, après que le Conseil constitutionnel français a jugé contraires à la Constitution des lois qui imposaient des quotas d'hommes et de femmes pour les élections (décisions n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 et n° 98-407 DC du 14 janvier 1999) et dans les organismes professionnels (n° 2001-445 DC du 19 juin 2001 et 2006-533 du 16 mars 2006), la Constitution a été modifiée (lois constitutionnelles du 8 juillet 1999 et du 23 juillet 2008) pour que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». C'est de la même manière que le 4^{ème} amendement à la Constitution hongroise élève au niveau constitutionnel un dispositif qui n'avait pu être adopté au niveau législatif.

Il reste à savoir si ces modifications de fond peuvent donner prise à un contrôle de constitutionnalité : on retrouvera la question avec l'étude de l'article S, paragraphe 3, de la Loi fondamentale dans la rédaction que lui a donnée le 4^{ème} amendement et on verra que l'exercice du pouvoir de modifier la Constitution n'est pas nécessairement soumis à un contrôle de constitutionnalité.

Dans ces conditions, il n'y a pas d'anomalie d'ordre constitutionnel à avoir repris dans le 4^{ème} amendement des dispositions qui avaient précédemment donné lieu à la censure de la Cour constitutionnelle.

Cette observation laisse entière la question de savoir si, quant au fond, les modifications de la Constitution faisant l'objet du 4^{ème} amendement sont conformes aux standards constitutionnels communément admis dans les Etats démocratiques et aux normes européennes.

Par normes européennes, il faut entendre, d'une part, celles de l'Union européenne d'autre part, celles du Conseil de l'Europe, particulièrement celles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention européenne).

Cette question se pose à propos de toute Constitution : quels sont les rapports entre les constitutions nationales et les normes européennes ?

La question doit être examinée avant même d'entrer dans l'analyse du contenu du 4^{ème} amendement. Elle se dédouble :

Les constitutions nationales sont-elles soumises aux normes européennes ?

Existe-t-il une marge d'autonomie pour les constitutions nationales ?

Sur la soumission des constitutions nationales aux normes européennes

La question se pose à deux étapes : lorsqu'un Etat adhère aux conventions internationales qui créent des normes nouvelles (notamment les normes européennes), peut-il ratifier ces conventions si elles sont contraires à sa Constitution ? Lorsqu'il a adhéré à une convention internationale de laquelle résultent des normes (particulièrement les normes européennes), sa Constitution peut-elle prévaloir sur ces normes ?

A la première question, la réponse est constante : en cas de contrariété entre une convention internationale et des dispositions constitutionnelles, un Etat ne peut ratifier la convention sans avoir au préalable modifié sa Constitution dans des conditions permettant la ratification. Bien des exemples peuvent être donnés dans différents Etats, notamment pour la ratification du Traité de Maastricht.

C'est la seconde question qui est en cause à propos du 4^{ème} amendement à la Constitution hongroise, adopté le 11 mars 2013, d'ailleurs tout autant pour la Constitution elle-même, promulguée le 25 avril 2011, puisque ces dispositions ont été adoptées alors que la Hongrie était devenue membre à la fois de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe et avait ratifié les traités de l'une et de l'autre, particulièrement la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il faut donc déterminer dans quelle mesure le droit de l'Union européenne et celui de la Convention européenne peuvent prévaloir sur les constitutions nationales

Pour le droit de l'Union européenne, la réponse a été donnée par la Cour de justice des Communautés européennes,

d'abord de manière générale dans son arrêt du 15 juillet 1964, Costa c. Enel, aff. 6/64 :

issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même; ... le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté;

puis plus précisément à propos de dispositions constitutionnelles dans l'arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft MB, aff. 11/70 :

3 Attendu que le recours à des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire; que la validité de tels actes ne sauraient être appréciée qu'en fonction du droit communautaire; qu' en effet, le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ;que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État.

L'arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106-77, affirme encore de manière générale que *serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire* – ce qui couvre les dispositions constitutionnelles.

Dans l'affaire 11 janvier 2000 , Kreil, aff. C-285/58, était en cause l'application de la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité entre les hommes et des femmes, au cas du recrutement des femmes dans l'armée allemande, exclu par l'article 12 a de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne (mis en oeuvre par la loi sur le statut des militaires et le règlement de la carrière militaire) ; la Cour a répondu

à la question préjudicielle que la directive s'oppose à l'application de dispositions nationales, telles que celles du droit allemand, qui excluent d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire.

Ainsi le droit de l'Union européenne doit prévaloir sur les constitutions des Etats membres.

On verra les tensions qui sont susceptibles de naître de l'opposition entre cette position du droit de l'Union européenne et celle qu'ont adoptée des juges constitutionnels nationaux, en premier lieu la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne et le Conseil constitutionnel de la République française.

Pour le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a également traité la question des rapports entre Convention européenne et constitutions nationales.

Dans son arrêt du 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie (133/1996/752/951), elle a adopté la position suivante :

29. *La Cour rappelle d'autre part qu'aux termes de l'article 1, les Etats parties « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention ». Avec les articles 14, 2 à 13 et 63, cette disposition délimite le domaine de la Convention razione personae, materiae et loci (arrêt Irlande c. Royaume-Uni du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 90, § 238). Or elle ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Etats membres à l'empire de la Convention. C'est donc par l'ensemble de leur « juridiction » – laquelle, souvent, s'exerce d'abord à travers la Constitution – que lesdits Etats répondent de leur respect de la Convention.*

30. *Aussi l'organisation institutionnelle et politique des Etats membres doit-elle respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles (voir, par exemple, l'arrêt Gitonas et autres c. Grèce du 1er juillet 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-IV) ou simplement législatives (voir, par exemple, l'arrêt Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique du 2 mars 1987, série A n° 113). Dès lors que l'Etat concerné exerce par elles sa « juridiction », elles se trouvent soumises à la Convention.*

Ainsi les Constitutions nationales tenues de respecter les droits et principes inscrits dans la Convention.

Sur la reconnaissance d'une autonomie des Constitutions nationales

Si la formule « autonomie des Constitutions nationales » n'est pas exactement employée par les textes européens, du moins la notion peut-elle être rattachée à certaines formules : celle de l'identité nationale en droit de l'Union européenne ; celle de marge nationale d'appréciation en droit de la Convention européenne.

Sur l'identité nationale en droit de l'Union européenne

Aux termes de l'article 4.2 du Traité sur l'union européenne (repris de l'article I.5 du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe),

L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre.

Commentant cette clause, les auteurs ont souligné qu'elle contribuait à l'établissement d'un statut de l'État dans le droit de l'Union européenne. Ainsi C. Blumann et L. Dubouis (Droit institutionnel de l'Union européenne, LexisNexis, Litec, Paris, 4^{ème} éd., 2010, n° 78), écrivent : « *L'identité nationale n'est pas bien sûr la souveraineté nationale (...). Proclamer la souveraineté des États dans l'ordre juridique de l'Union serait quasiment antinomique avec l'existence même de l'Union qui repose sur des limitations et transferts permanents de compétences. Il reste que l'affirmation de l'identité nationale des États membres n'est pas purement anodine, encore plus par le renvoi qui en est fait aux structures fondamentales. L'Union doit respecter les constitutions nationales, ce qui ne peut pas ne pas avoir d'effet sur la primauté du droit de l'Union. Les juridictions suprêmes nationales peuvent ainsi se voir encouragées dans leur refus d'assurer intégralement la primauté du droit de l'Union lorsqu'il entre en conflit avec la Constitution nationale* ».

Les mêmes auteurs écrivent cependant (n° 79) : « *C'est une vision passéiste qu'expose l'article 4 nouveau du TUE, tel qu'issu du traité de Lisbonne qui, à l'évidence, ne correspond plus à la réalité de l'Europe d'aujourd'hui, ni même plus largement du monde, enserré dans les réseaux d'alliances collectives et soumis aux exigences de la Charte des Nations unies* ».

Avant même que soit adopté l'article 4.2 du Traité sur l'Union européenne, la Cour de justice a été amenée à reconnaître la possibilité de tenir compte d'impératifs formulés par une constitution nationale.

Dans une affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 14 octobre 2004, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH, affaire C-36/02, la Cour de justice des Communautés européennes était interrogée sur la question suivante :

Est-il compatible avec les dispositions du traité instituant la Communauté européenne relatives à la libre prestation des services et à la libre circulation des marchandises que le droit national impose l'interdiction d'une activité économique déterminée — en l'occurrence l'exploitation d'un 'laserdrome' où sont simulés des actes homicides — parce qu'elle est contraire aux valeurs fondamentales consacrées par la constitution?

La Cour a répondu que:

Le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que cette activité porte atteinte à la dignité humaine.

Toutefois il faut observer que la Cour s'est fondée essentiellement sur l'identité des valeurs qui sont à la base du droit communautaire et de celles qui sont exprimées par la constitution. Ce n'est donc pas la prévalence de la constitution nationale sur le droit communautaire qui a été exactement admise.

Des jurisprudences nationales ont, de leur côté, considéré que le cas échéant les exigences constitutionnelles pourraient l'emporter sur le droit de l'Union européenne.

Les plus célèbres sont celles de la Cour constitutionnelle allemande et du Conseil constitutionnel français.

La Cour constitutionnelle allemande, dans ses arrêts dits *So Lange I et II*, du 29 mai 1974 et du 22 octobre 1986, a affirmé que l'habilitation donnée à la Fédération par l'article 24 § 1 de la Loi fondamentale de transférer des droits de souveraineté à des institutions internationales « *n'est pas sans limite sur le plan constitutionnel. Cette disposition n'habilite pas à renoncer au caractère spécifique de l'ordre constitutionnel en vigueur en République fédérale d'Allemagne, en portant atteinte à sa structure de base, aux structures qui en constituent le fondement, par la voie du transfert de droits de souveraineté à des institutions internationales* ». Si elle a déclaré renoncer à exercer à son contrôle sur le respect des droits fondamentaux par le droit communautaire « *aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la Cour européenne, assurent une protection efficace des droits fondamentaux contre les autorités des Communautés qui puisse être considérée comme essentiellement comparable à la protection qu'exige la loi fondamentale* », cela implique qu'elle exercerait son contrôle dans le cas contraire. C'est exactement ce que la Cour a affirmé dans sa décision du 12 octobre 1993, relative au Traité de Maastricht : « *la Cour constitutionnelle vérifiera si les actes des institutions et organes européens restent à l'intérieur des compétences de souveraineté qui ont été attribués à ceux-ci ou s'ils en sortent* ».

Le Conseil constitutionnel français a statué dans un sens voisin.

Tout d'abord, dans les décisions 2004-496 DC du 10 juin 2004, 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, 2004-498 DC et 2004-499 DC du 29 juillet 2004, il a considéré *qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : " La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences " ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution*. Cela réservait la possibilité de faire prévaloir le cas échéant la Constitution sur une directive communautaire. Cette solution a été précisée ultérieurement.

Dans sa décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil constitutionnel observe *qu'en vertu de l'article I-5, l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » ; dans celle du 27 juillet 2006 (2006-540 DC), il considère que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti*.

Le Conseil d'Etat français a tiré les conséquences de cette position. Dans l'arrêt (Assemblée) du 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique, il a pris position sur l'éventualité d'une contradiction entre un texte transposant une directive européenne et une norme constitutionnelle : *s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit*

communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées – ce qui peut éventuellement conduire à censurer une mesure de transposition d'une directive européenne qui ne serait pas conforme à la Constitution.

Une telle éventualité ne s'est pas présentée, et les juridictions tant allemande que française s'efforcent d'assurer la conciliation des normes européennes et des normes constitutionnelles. Mais leur jurisprudence illustre les risques de tension qui peuvent se produire entre ces deux catégories de normes.

Sur la marge nationale d'appréciation en droit de la Convention européenne

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne comporte pas de clause analogue à celle de l'article 4.2 du Traité sur l'Union européenne, qui réserve l'identité nationale des Etats. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas non plus expressément utilisé cette formule.

La notion n'en est pas pour autant étrangère au droit de la Convention européenne et à la jurisprudence de la Cour européenne : la reconnaissance de la marge d'appréciation des Etats dans la mise en œuvre des principes leur permet de tenir compte de caractéristiques tenant à leur histoire, à leurs structures. En ce sens apparaît à certains égards l'idée d'identité constitutionnelle des Etats.

L'arrêt de la Cour européenne du 7 décembre 1976, Handyside c/ Royaume-Uni, n°5493/72, doit être particulièrement cité à ce sujet. Mais la marge d'appréciation n'est pas illimitée. Cela ne signifie pas que les Etats disposent d'une totale liberté au titre de leur marge nationale d'appréciation. La Cour européenne marque les limites à observer sous son contrôle (v. extrait en annexe).

Beaucoup d'autres arrêts peuvent être cités dans le même sens, en particulier
26 avril 1979 Affaire Sunday Times c/ Royaume-Uni *Requête no 6538/74*
22 octobre 1981 Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni *Requête no 7525/76*
21 février 1986 Affaire James et autres c. Royaume-Uni *Requête no 8793/79*
2 mars 1987 Affaire Mathieu-Mohin et Clerfayt *Requête no 9267/81*
1er juillet 1997 Affaire Ginotas et autres c. Grèce (*Requête no 18747/91 ; 19376/92 ; 19379/92.*

Leurs extraits pertinents sont reproduits en annexe.

C'est au regard des normes et principes résultant des principaux traités européens, ainsi que, le cas échéant, des standards constitutionnels européens, que doivent être appréciées les dispositions du 4^{ème} amendement à la Constitution hongroise.

Seront successivement examinées les dispositions relatives :

- au mariage et à la famille ;
- au contrôle des révisions constitutionnelles ;
- aux crimes du régime communiste ;
- aux Eglises ;
- à la publicité politique ;
- à l'atteinte à la dignité ;
- à l'enseignement supérieur ;
- au logement;
- à la Cour constitutionnelle ;
- à l'ordre juridictionnel.

Les dispositions du 4^{ème} amendement relatives au mariage et à la famille (article 1 du 4^{ème} amendement)

L'article 1 du 4^{ème} amendement dispose :

L'article L), paragraphe (2) de la Loi fondamentale est remplacé par la disposition suivante :

« (1) La Hongrie défend l'institution du mariage en tant qu'union de vie fondée sur un engagement volontaire entre un homme et une femme, ainsi que la famille comme base de la survie de la nation. La relation familiale se base sur le mariage ou sur le rapport entre parent et enfant ».

En réalité, la première phrase figurait déjà dans l'article L 1) de la Constitution du 25 avril 2011 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012). L'amendement consiste en l'adjonction de la phrase « *La relation familiale se base sur le mariage ou sur le rapport entre parent et enfant* ».

La question de la conformité de ces dispositions aux normes européennes se dédouble :

- elle est d'abord celle de la définition du mariage ;
- elle est ensuite celle de la détermination de la relation familiale.

Sur la définition du mariage

Le constituant a manifestement voulu limiter la définition du mariage comme l'union d'un homme et d'une femme et empêcher le législateur de permettre l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe comme l'ont fait ou sont en train de le faire plusieurs

législations notamment en Europe. La Constitution de la Pologne comporte une définition identique (article 18).

Il n'existe pas de norme européenne qui interdise de définir le mariage comme exclusivement l'union d'un homme et d'une femme, et impose en conséquence d'admettre aussi le mariage entre personnes du même sexe.

La Cour européenne des droits de l'homme l'a reconnu dans son arrêt du 24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche, n° 30141/04, dont les passages les plus pertinents sont reproduits en annexe.

A cette occasion, la CEDH a rappelé les dispositions de l'Union européenne. L'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée le 7 décembre 2000 et entrée en vigueur le 1er décembre 2009, affirme « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » : ainsi est laissé à chaque législateur national le soin de définir le mariage, sans lui interdire de le faire comme étant exclusivement l'union d'un homme et d'une femme. Le commentaire reproduit en annexe le confirme.

En conséquence, dès lors que les normes européennes n'imposent pas d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, la Constitution hongroise ne les méconnaît pas en limitant la définition du mariage à l'union d'un homme et d'une femme.

Sur la détermination de la relation familiale

Selon le 4^{ème} amendement, « La relation familiale se base sur le mariage ou sur le rapport entre parent et enfant »,

La Cour européenne des droits de l'homme considère que la relation familiale se détermine non seulement par le mariage, mais également hors mariage par le rapport existant entre un parent et un enfant. Cette conception est clairement exprimée par l'arrêt du 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, aff. 6833/74. Rappelant les termes de l'article 8 de la Convention européenne (*1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale...*), elle souligne qu'ils ne distinguent pas entre famille légitime et famille naturelle. L'article 8 vaut donc pour la vie familiale de la famille naturelle comme de la famille légitime (v. les extraits de l'arrêt reproduits en annexe)

Est notamment consacrée l'égalité des enfants naturels et des enfants légitimes au regard des règles de succession. D'autres arrêts ont encore été rendus en ce sens : 8 octobre 1987, Inze c/ Autriche, aff. 8695/79 ; 29 novembre 1991, Vermeire, aff. 12849/87 ; 13 juillet 2004, Pla et Puncerneau c/ Andorre, aff. 69498/01 . Plus particulièrement l'arrêt du 1^{er} février 2000, Mazurek c/ France, aff. 34406/97, reconnaît l'égalité des enfants adultérins et des enfants légitimes en matière de succession (également 22 décembre 2004, Merger et Cros c/ France, aff. 68864/01).

La formule adoptée par le 4^{ème} amendement selon laquelle « *La relation familiale se base sur le mariage ou sur le rapport entre parent et enfant* », met à égalité, par la conjonction *ou*, qui établit une alternative, la relation familiale fondée sur le mariage et la relation familiale entre parent et enfant, donc la relation familiale hors mariage. A cet égard

est respectée l'exigence résultant de l'article 8 de la Convention européenne, qui, selon les termes de la Cour, « *ne distingue pas entre famille "légitime" et famille "naturelle"* ». La législation et la jurisprudence hongroises en tireront les conséquences en ce qui concerne l'égalité entre les enfants nés dans le mariage et nés hors mariage.

Le 4^{ème} amendement est donc conforme à ce sujet avec les normes européennes.

On peut se poser, s'agissant de la relation familiale, la question de la qualification d'une situation autre que celle fondée sur le mariage ou sur une relation entre parent et enfant.

A vue classique, pareille question ne se poserait pas puisqu'on ne voit pas qu'il puisse y avoir une famille en dehors du mariage ou d'un rapport entre parent et enfant. Cependant l'évolution des mœurs a fait apparaître des cas nombreux de vie commune en dehors de la famille et en dehors de la relation parent et enfant: deux personnes vivent maritalement hors mariage (avec ou sans enfant). L'hypothèse a été rencontrée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans son arrêt du 18 décembre 1986, Johnston et autres c/ Irlande, aff. 9697/82, la Cour juge deux personnes vivant ensemble depuis quinze ans constituent une famille (v. l'extrait en annexe).

Dans l'affaire Keegan c. Irlande, 16969/90, 26 mai 1994, *La Cour rappelle que la notion de "famille" visée par cet article (art. 8) ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens "familiaux" de facto lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage (voir, entre autres, l'arrêt Johnston et autres c. Irlande du 18 décembre 1986, série A no 112, p. 25, par. 55).*

Dans l'arrêt du 2 novembre 2010, ŞERİFE YİĞİT c. Turquie, aff. 3976/05, la Cour dit encore : *La notion de « famille » ne se limite pas aux seules relations fondées sur le mariage mais peut englober d'autres liens « familiaux » de facto lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage (v. l'extrait en annexe).*

Dans son arrêt précité du 24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche, n° 30141/04, la Cour européenne, alors même que, comme on l'a vu plus haut, elle admet que le mariage ne peut n'être reconnu que comme l'union d'un homme et d'une femme, a fini par reconnaître l'existence d'une vie familiale dans un couple de personnes de même sexe : *la Cour considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. (v. l'extrait en annexe)*

Dès lors, selon cette jurisprudence, une relation familiale peut exister dans un couple, hétérosexuel ou homosexuel, indépendamment d'un mariage ou d'une relation parent-enfant.

C'est au regard de cette jurisprudence que fait problème la formule du 4^{ème} amendement selon laquelle *la relation familiale se base sur le mariage ou sur le rapport entre parent et enfant.*

La formule peut être entendue en deux sens.

Dans un sens étroit, elle signifierait qu'il ne peut y avoir de relation familiale autre que fondée sur la famille ou le rapport entre parent et enfant : cela exclurait toute reconnaissance d'autres formes de relation familiale, en particulier celle qui peut résulter de la vie commune de deux personnes. L'expression serait entendue dans un sens exclusif et équivaldrait à une rédaction selon laquelle *la relation familiale ne se base que sur le mariage ou le rapport entre parent et enfant*. Il serait impossible d'admettre tant en législation qu'en jurisprudence toute autre forme de relation familiale.

Une telle interprétation se heurterait aux normes européennes telles qu'elles sont interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme.

Une autre interprétation est cependant possible. L'expression « *se base* » (dans la langue hongroise comme en français) procéderait seulement à un constat – celui que, normalement, la relation familiale s'établit à partir du mariage ou du rapport parent-enfant : il s'agit de la solution de base, consistant plus en une formule sociologique (voire une appréciation) qu'en une norme juridique. Elle n'exclurait pas la reconnaissance éventuelle de relations familiales dans d'autres circonstances.

La portée juridique de la formule serait à la fois positive et négative.

Positivement elle inciterait le législateur à aménager des dispositions assurant la relation familiale dans le cadre du mariage et de la relation parent-enfant. De la même manière que la Cour européenne admet « *reconnaît qu'il est en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle* », il doit être admis qu'il est légitime voire méritoire de soutenir et d'encourager la relation familiale fondée sur le mariage ou les rapports parent-enfant. Mais cela n'exclut pas que la relation familiale - le cas échéant sous une dénomination différente - soit également reconnue dans d'autres situations.

C'est seulement dans cette interprétation que la disposition selon laquelle *la relation familiale se base sur le mariage ou sur le rapport entre parent et enfant* peut être reconnue comme conforme aux normes européennes.

Il reviendra à la Cour constitutionnelle et aux autres juridictions hongroises d'interpréter dans un sens conforme aux normes européennes la notion de famille et celle de relation familiale

Les dispositions du 4^{ème} amendement relatives au contrôle des révisions constitutionnelles (articles 2, 11 et 12, § 3, du quatrième amendement)

A. — Avant l'adoption du quatrième amendement, l'article S, paragraphe 3, de la Loi fondamentale était rédigé de la manière suivante :

(3) « *La nouvelle Loi fondamentale ou la modification de la Loi fondamentale est signée par le président de l'Assemblée nationale, qui la transmet au Président de la République. Dans les cinq jours à compter de sa réception, le Président de la République signe la loi qui lui a été envoyée et ordonne sa publication au Journal officiel* ».

L'article 2, inscrit dans le quatrième amendement de la Loi fondamentale de la Hongrie, est conçu, pour sa part, de la manière suivante :

L'article S, paragraphe 3, de la Loi fondamentale est remplacé par la disposition suivante :

(3) « La Loi fondamentale ou tout amendement apporté à celle-ci est signé par le président de l'Assemblée nationale dans un délai de cinq jours, qui le transmet au Président de la République. Dans les cinq jours de sa réception, le Président de la République signe la Loi fondamentale ou l'amendement à celle-ci qui lui a été transmis et ordonne sa publication au Journal officiel. Si le Président considère que les exigences procédurales prévues par la Loi fondamentale en ce qui concerne l'élaboration de la Loi fondamentale ou l'amendement à celle-ci n'ont pas été respectées, il demandera un examen à ce sujet de la part de la Cour constitutionnelle. Si l'examen de la Cour constitutionnelle ne constate pas la violation des exigences susmentionnées, le Président de la République signera sans délai la Loi fondamentale ou l'amendement à celle-ci, et ordonnera sa publication au Journal officiel ».

Si l'on entreprend de comparer les deux textes, deux différences ne peuvent manquer d'apparaître.

D'une part, il est précisé que le président de l'Assemblée nationale dispose de « cinq jours » pour signer la Loi fondamentale ou un amendement à celle-ci. La modification intervenue peut paraître de bonne méthode. Il n'y a pas lieu de laisser audit président la faculté de retarder indûment la mise en œuvre d'une disposition constitutionnelle qui vient d'être adoptée dans les formes et selon les procédures prescrites par la Loi fondamentale.

D'autre part, il est désormais prévu que le Président de la République puisse, avant de signer la Loi fondamentale ou l'amendement qui lui serait apporté, saisir la Cour constitutionnelle de la question de savoir si « les exigences procédurales... en ce qui concerne l'élaboration » de ces divers documents ont été respectées. Dans ce cas, la Cour statue « sur la violation des exigences mentionnées ». En cas de réponse négative, le Président de la République signe sans délai les textes qui lui ont été soumis.

La solution retenue se concilie avec la pratique constitutionnelle de certains Etats contemporains, notamment en Europe.

Comme l'a relevé le professeur Allan R. Brewer-Carias dans son rapport général au XVIIIe Congrès international de droit comparé (*Constitutional Courts as positive legislators in comparative law*, Washington 2010), nombre d'Etats refusent toute forme de contrôle juridictionnel des dispositions constitutionnelles — que ce soit au stade du projet ou à celui d'un texte déjà adopté mais pas encore sanctionné ou promulgué — .

Cette situation apparaît même comme la plus habituelle. Tant il est vrai que le pouvoir constituant — qu'il soit originel ou dérivé — se considère généralement comme « souverain ». Il échappe, à ce titre, aux vérifications qui porteraient sur tout ou partie de son œuvre¹.

¹ Il n'est pas besoin de rappeler que la Cour suprême des Etats-Unis s'est refusée à contrôler la constitutionnalité de dispositions constitutionnelles (*Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939)). Le Conseil

Sur un plan doctrinal, la question reste néanmoins posée. Selon la formule de Claude Klein, il s'agit même de « l'une des questions les plus contemporaines de la théorie constitutionnelle actuelle »². D'un point de vue pratique, il y a lieu aussi d'observer qu'à l'intervention de leur Cour constitutionnelle, un certain nombre d'Etats organisent, aujourd'hui, une forme de contrôle plus ou moins étendu et plus ou moins automatique sur la procédure qui a été mise en œuvre à l'occasion de l'adoption ou de la révision — totale ou partielle — de la Constitution.

Comme le soulignent un collectif d'auteurs réunis pour la rédaction du *Cahier n° 27 du Conseil constitutionnel* (« Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », Paris, Dalloz, 2009), une telle solution n'est pas retenue en droit français. Le Conseil constitutionnel « ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle » (Déc. n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *JORF*, 29 mars 2003, p. 5570).

Cette opération prend place, par contre, en droit allemand (Loi fondamentale, art. 93)³, autrichien (Constitution, art. 138.2) et italien (Constitution, art. 134)⁴. Comme l'écrit de manière générale A. Brewer-Carias, « Constitutional courts, being constitutional organs leading with constitutional questions, in many cases interfere, not with the ordinary Legislator, but with the 'Constitutional Legislator', that is with the Constituent Power, enacting constitutional rules when resolving constitutional disputes between State organs, or even mutating in a legitimate way the Constitutions by means of adapting their provisions, giving them concrete meaning » (*op. cit.*, p. 36),

Dans ces cas, l'analyse du juge constitutionnel peut porter sur la forme⁵. Elle peut également avoir égard au fond de la réforme intervenue — auquel cas, la Constitution tend notamment à instaurer ce qu'il est convenu d'appeler des « garanties de pérennité constitutionnelle »⁶ —.

constitutionnel français raisonne de la même manière (*Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, 92-313, DC, 23 septembre 1992, *JORF*, 1992, p. 13307).

² C. KLEIN, « Le contrôle des lois constitutionnelles. Introduction à une problématique moderne », *CCC*, 2009, p. 9. Adde : C. GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Bosnie-Herzégovine », *CCC*, 2009, p. 32 : « Contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, c'est aller à la fois jusqu'au bout de la logique de l'Etat constitutionnel et jusqu'à ses limites ».

³ O. LEPSIUS, « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *CCC*, 2009, p. 13.

⁴ M. LUCCIANI, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie », *CCC*, 2009, p.

27.

⁵ Comme le souligne à bon escient M. LUCCIANI, « la doctrine italienne (...) a toujours admis la justiciabilité des lois constitutionnelles pour vice de forme, en particulier pour non-respect de la procédure prévue par l'article 138 de la Constitution » (*op. cit.*, p. 28). Voy. aussi la suggestion formée par G. CARCASSONNE : « Ne pourrait-on imaginer que le juge (constitutionnel) affirme que l'exercice du pouvoir de réviser la Constitution n'est limité que par les conditions de temps, de forme et de procédure que celle-ci énonce... ? Point ici de supra-constitutionnalité mais point non plus de blanc-seing donné, par avance, à n'importe que révision votée n'importe comment, par n'importe qui, dans n'importe quelles circonstances » (« Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit », *CCC*, 2009, p. 47).

⁶ D'autres constitutions, telle celle du Portugal (article 288), énumèrent également un ensemble de dispositions qu'elles considèrent comme irrévocables.

Il est néanmoins observé que, dans l'un comme dans l'autre cas, le juge constitutionnel a cru bon d'adopter une attitude de *self-restraint* ou d'autolimitation et ne s'est pas opposé au droit des autorités politiques de faire évoluer la Constitution dans le sens qu'elles jugeaient le plus adéquat.

L'on relève également que la Constitution turque habilite la Cour constitutionnelle à examiner les amendements constitutionnels. Dans ce cas, le juge constitutionnel n'est, cependant, autorisé à examiner ces modifications que du seul point de vue de la forme et de la procédure (article 148/2)⁷.

Du droit constitutionnel comparé, il résulte donc clairement qu'un pouvoir de contrôle de la substance d'amendements constitutionnels ne fait nullement partie de l'héritage constitutionnel européen. En étendant le pouvoir de contrôle de la Cour constitutionnelle, sur demande du Président de la République, à l'aspect formel de tels amendements, la Loi fondamentale de la Hongrie se place donc incontestablement à l'intérieur des limites admises par la vue contemporaine de l'Etat de droit.

B. — Avant l'adoption du quatrième amendement, l'article 9, paragraphe 3, alinéa i, de la Loi fondamentale était rédigé de la manière suivante :

(Le Président de la République)

« peut transférer une loi adoptée à la Cour constitutionnelle pour que celle-ci examine sa conformité avec la Loi fondamentale ou peut renvoyer une loi à l'Assemblée nationale en vue d'une nouvelle délibération ».

L'article 11, inscrit dans le quatrième amendement de la Loi fondamentale de la Hongrie, est, pour sa part, rédigé en ces termes:

L'article 9, paragraphe 3, alinéa i, est remplacé par la disposition suivante :

(Le Président de la République)

« peut transférer la Loi fondamentale adoptée et tout amendement de celle-ci à la Cour constitutionnelle pour que celle-ci examine sa conformité avec les exigences procédurales relatives à son élaboration, telles que prévues par la Loi fondamentale, et peut transférer une loi adoptée à la Cour constitutionnelle pour que celle-ci examine sa conformité avec la Loi fondamentale, ou peut la renvoyer à l'Assemblée nationale en vue d'une nouvelle délibération ».

La nouvelle disposition inscrite dans l'article 9, paragraphe 3, tient compte de la révision qui est intervenue de l'article S, paragraphe 3. Elle appelle le même commentaire.

C. — Avant l'adoption du quatrième amendement, l'article 24, paragraphes 4 et 5, de la Loi fondamentale de la Hongrie était rédigé de la manière suivante :

(4) La Cour constitutionnelle est composée de quinze membres élus pour une durée de douze ans par l'Assemblée nationale, à la majorité des deux tiers des députés. L'Assemblée nationale élit, à la majorité des deux tiers des députés, le président de la Cour

⁷

L'arrêt du 30 juillet 2008 a été publié au *Journal officiel* du 22 octobre.

constitutionnelle, parmi les membres de celle-ci. Le mandat du président dure jusqu'à l'expiration de son mandat de juge constitutionnel. Les membres de la Cour constitutionnelle ne peuvent être membres d'aucun parti et ne peuvent mener aucune activité politique.

(5) Les règles détaillées de compétence, d'organisation et de fonctionnement de la Cour constitutionnelle sont déterminées par une loi organique ».

L'article 12, § 3, inscrit dans le quatrième amendement de la Loi fondamentale de la Hongrie, est, pour sa part, rédigé de la manière suivante :

L'article 24, paragraphes (4) et (5) de la Loi fondamentale sont remplacés par les dispositions suivantes :

« (4) Une disposition d'une norme juridique dont le contrôle n'a pas été sollicité, ne peut être examinée ou annulée par la Cour constitutionnelle qu'au cas où le contenu de celle-ci est étroitement lié à la disposition d'une norme juridique dont le contrôle est sollicité.

(5) La Cour constitutionnelle ne peut contrôler la Loi fondamentale ou aucun amendement de celle-ci qu'à l'égard des exigences procédurales relatives à son élaboration et à sa promulgation, sous les conditions fixées par la Loi fondamentale. Ce contrôle peut s'effectuer:

a) sur l'initiative du Président de la République, s'agissant de la Loi fondamentale adoptée, mais non encore promulguée, ainsi que de tout amendement de la Loi fondamentale ;

b) sur l'initiative du Gouvernement, d'un quart des députés, du président de la Cour Suprême (Kúria), du Procureur général ou du médiateur des droits fondamentaux, dans un délai de trente jours à compter de la date de sa promulgation. »

A l'article 24 de la Loi fondamentale, les paragraphes (6) à (9) suivants sont ajoutés :

(6) Concernant l'initiative prévue au paragraphe (5), la Cour constitutionnelle délibère en urgence, mais au plus tard dans trente jours. Si la Cour constitutionnelle constate que la Loi fondamentale ou l'amendement de celle-ci ne respecte pas les exigences procédurales prévues au paragraphe (5), la Loi fondamentale ou l'amendement de celle-ci

a) fera l'objet d'une nouvelle délibération par l'Assemblée nationale dans les cas prévus au paragraphe (5), alinéa a) ;

b) fera l'objet d'une annulation par la Cour constitutionnelle dans les cas prévus au paragraphe (5), alinéa b).

(7) Aux termes d'une loi organique, la Cour constitutionnelle auditionne le rédacteur de la norme juridique, l'initiateur de la loi ou leurs représentants, et se procure de leur opinion si l'affaire concerne un grand nombre de personnes. Cette partie de la procédure est publique.

(8) La Cour constitutionnelle est composée de quinze membres élus pour une durée de douze ans par l'Assemblée nationale, à la majorité des deux tiers des députés. L'Assemblée nationale élit, à la majorité des deux tiers des voix des députés, le président de la Cour constitutionnelle parmi les membres de celle-ci. Le mandat du président dure jusqu'à l'expiration de son mandat de juge constitutionnel. Les membres de la Cour constitutionnelle ne peuvent être membres d'aucun parti et ne peuvent mener aucune activité politiques

(9) Les règles détaillées de compétence, d'organisation et de fonctionnement de la Cour constitutionnelle sont déterminées par loi organique».

Le nouveau texte appelle plusieurs commentaires. Ceux-ci sont formulés dans l'ordre retenu pour les amendements adoptés.

— En ce qui concerne le paragraphe 4, il est communément admis qu'une Cour constitutionnelle saisie d'un litige n'est appelée à intervenir que dans le cadre de cette saisine

et qu'elle n'est pas habilitée à se saisir *ex officio* d'un ensemble de dispositions législatives qui ne lui auraient pas été déférées par les autorités habilitées à susciter son intervention. Elle n'est pas compétente pour statuer *ultra petita*.

Ce principe ne doit, cependant, pas recevoir une interprétation formaliste. C'est la matière contenue dans la règle contestée qui fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. La juridiction constitutionnelle peut, dans ces conditions, substituer une référence correcte à une mention qui ne le serait pas. Si nécessaire, elle peut également procéder au contrôle par voie de conséquence d'une disposition dont le contenu est intimement lié à celui de la disposition dont elle est sollicitée de vérifier la constitutionnalité⁸.

— En ce qui concerne le paragraphe 5, alinéa a, il s'inscrit dans le prolongement de la révision qui est intervenue de l'article S, paragraphe 3. Il est assorti du même commentaire.

— En ce qui concerne le paragraphe 5, alinéa b, la Loi fondamentale entend permettre au gouvernement, à un quart des députés, au président de la Cour suprême, au Procureur général ou au médiateur des droits fondamentaux d'intervenir de la même manière. Dans un délai de trente jours à compter de la promulgation des dispositions constitutionnelles, ils sont habilités à contester les modes d'élaboration et de promulgation de la Loi fondamentale ou de ses amendements.

Telle qu'elle est aménagée, cette intervention peut paraître singulière. Si l'on tend à considérer que, comme en République fédérale d'Allemagne, le chef de l'Etat doit veiller « au fonctionnement démocratiques des organes de l'Etat » (article 9, paragraphe 1^{er}) et peut être investi en cette qualité d'une compétence particulière — à savoir veiller notamment au respect d'un ensemble de procédures, y compris constitutionnelles, dans un système parlementaire qui, il faut le rappeler, pratique le monocamérisme —, l'on aperçoit moins à quel titre d'autres autorités investies, dans des conditions distinctes, d'une fonction politique, juridictionnelle ou administrative pourraient être habilitées à intervenir dans les mêmes conditions.

Pourtant on voit mal comment un tel élargissement du droit de saisine pourrait constituer une violation des standards communément admis de l'Etat de droit.

— En ce qui concerne le paragraphe 6, alinéa a, il organise la procédure à suivre en cas de saisine de la Cour constitutionnelle pour violation des règles de procédure relatives à l'élaboration et à la promulgation de la Loi fondamentale ou de l'un de ses amendements. Il détermine aussi la suite de la procédure ainsi engagée.

Comme on l'a déjà relevé, si la Cour constitutionnelle estime que les griefs ne sont pas fondés, elle le fait savoir au Président de la République ; celui-ci signe sans délai le texte incriminé et ordonne sa publication au *Journal officiel*.

Si elle estime, au contraire, que les griefs sont fondés, il appartient à l'Assemblée nationale, mieux informée sur les exigences procédurales qui doivent être respectées, d'organiser une « nouvelle délibération » à propos de la Loi fondamentale ou de l'un de ses

⁸ La Cour constitutionnelle de Belgique procède, par exemple, à des annulations conséquentes à l'annulation principale qu'elle prononce : elle agit de la sorte avec des règles qu'elle considère comme « inséparablement liées » aux dispositions qu'elle annule, par exemple celles qui déterminent leur entrée en vigueur ou celles qui abrogent d'autres normes (CA, n° 47 du 25 février 1988 et n° 73 du 22 décembre 1988).

amendements et de se prononcer, en toute connaissance de cause, dans les conditions de forme et de fond inscrites dans la Loi fondamentale.

— En ce qui concerne le paragraphe 6, alinéa b, il appelle les mêmes réserves que celles formulées en ce qui concerne le paragraphe 5, alinéa b. L'observation prend d'autant plus de relief encore qu'en la circonstance, la mise en cause de la volonté exprimée par le pouvoir constituant peut aboutir, si la Cour constitutionnelle juge la prétention fondée, à l'« annulation » de la disposition contestée. Or ceci ne fait en principe qu'élargir les garanties procédurales au-delà de ce qui s'imposerait au regard du droit constitutionnel européen comparé.

— En ce qui concerne le paragraphe 7, un ensemble d'auditions devant la Cour constitutionnelle sont prévues, à savoir celles du « rédacteur de la norme juridique » ou de « l'initiateur de la loi ou leurs représentants ». Si l'affaire « concerne un grand nombre de personnes », leur opinion peut également être recueillie. La réalisation d'une telle opération peut sembler lourde. Elle répond pourtant aux vœux de la doctrine publiciste qui regrette généralement que l'auteur de la loi contestée, notamment s'il détient un mandat parlementaire, ne soit qu'exceptionnellement associé au débat juridictionnel alors que ce dernier va pourtant porter sur la loi dont il a pris l'initiative.

— En ce qui concerne le paragraphe 8, il reproduit le texte de l'article 24, paragraphe 4, de la Loi fondamentale. L'élection des membres d'une Cour constitutionnelle par l'assemblée parlementaire, statuant à une majorité qualifiée, est de pratique usuelle. Leur désignation pour une période déterminée est de règle commune, sauf — en ce qui concerne les cours constitutionnelles européennes — en Autriche et en Belgique.

— En ce qui concerne le paragraphe 9, il reproduit le texte inscrit dans l'article 24, paragraphe 5, de la Loi fondamentale. Lui aussi répond à l'usage courant en la matière. En général, les règles constitutionnelles se contentent d'organiser l'institution de justice constitutionnelle mais renvoient, comme elles le font pour les autres autorités de justice, à une loi organique qui aura pour tâche d'établir des règles plus détaillées quant à son organisation et à son fonctionnement.

Il convient néanmoins que la Constitution énonce elle-même les règles fondamentales qui sont relatives à la composition et aux attributions de la Cour constitutionnelle.

Les dispositions du 4^{ème} amendement relatives aux crimes du régime communiste (article 3 du 4^{ème} amendement)

La « déclaration » relative aux crimes du régime communiste

Par l'article 3 du quatrième amendement, un nouvel article U a été inséré dans la partie « Fondements » de la Loi fondamentale :
« Article U)

(1) La structure étatique fondée sur l'impératif du droit, établie du plein gré de la nation suivant les premières élections libres en 1990, est incompatible avec la dictature communiste précédente. Le Parti socialiste ouvrier hongrois et ses prédécesseurs en droit, ainsi que toute organisation politique instaurée dans le but de les servir sous l'égide de l'idéologie communiste étaient des organisations criminelles dont les dirigeants sont responsables, de manière imprescriptible:

- a) du maintien et de la gestion du système répressif, des infractions commises et de la trahison de la nation ;*
- b) de la dissolution, avec l'aide de l'armée soviétique, des tentatives démocratiques visant à réaliser le multipartisme dans les années suivant la Seconde Guerre mondiale ;*
- c) de l'élaboration d'un régime juridique fondé sur l'exercice exclusive du pouvoir et sur l'illégitimité ;*
- d) de la dissolution de l'économie basée sur la liberté de la propriété, ainsi que de l'endettement du pays ;*
- e) d'avoir soumis l'économie, la défense, la diplomatie et les ressources humaines de la Hongrie à des intérêts étrangers ;*
- f) de la destruction systématique des valeurs de la tradition de civilisation européenne ;*
- g) de la privation des citoyens et de certains groupes de citoyens de leurs droits fondamentaux ou de la limitation grave desdits droits, de leur emprisonnement illégal, de leur traînage dans des camps de travail forcé, de leur torture, de leur traitement inhumain ; de la privation arbitraire des citoyens de leurs biens ; de la privation totale des libertés des citoyens, de la soumission de l'expression politique et de la volonté aux contraintes de l'État ; de la discrimination des personnes à l'égard de leur origine, de leur conviction philosophique et politique, de leur obstruction dans leur promotion et dans leur réussite fondée sur leurs connaissances, assiduité et talent ; de l'instauration et du fonctionnement de la police secrète visant à suivre et à influencer la vie privée des personnes de manière illégale ;*
- h) de la répression sanglante, en collaboration avec des occupants soviétiques, de la révolution et de la guerre d'indépendance éclatées le 23 octobre 1956, ainsi que de la terreur et des représailles subséquentes, de la fuite de deux-cents mille Hongrois de leur patrie ;*
- i) de tous les crimes de droit commun ayant été inspirés par des mobiles politiques et n'ayant pas été poursuivis par la justice en raison de mobiles politiques.*

Les organisations politiques qui, durant la transition démocratique, ont été reconnues juridiquement en tant qu'ayants causes du Parti socialiste ouvrier hongrois partagent la responsabilité de leurs prédécesseurs en tant qu'héritiers des fortunes illégalement accumulées.

(2) Eu égard aux éléments énumérés au paragraphe (1), l'exploration réaliste du fonctionnement de la dictature communiste et le sens de l'équité de la société doivent être assurés conformément aux dispositions des paragraphes (3) à (10).

(3) Pour que l'État puisse préserver la commémoration relative à la dictature communiste, une Commission de la commémoration nationale est instituée. La Commission de la commémoration nationale dévoile le fonctionnement du pouvoir dans la dictature communiste, le rôle des personnes et des organisations possédant le pouvoir communiste, et publie les résultats de son activité dans des rapports compréhensifs et dans d'autres documents.

(4) Les possesseurs du pouvoir communiste sont tenus d'accepter les allégations factuelles relatives à leur rôle et à leurs actes liés au fonctionnement de la dictature communiste, à l'exception des allégations fondamentalement mensongères faites intentionnellement ; leurs données à caractère personnel relatives à leur rôle et à leurs actes susmentionnés peuvent être divulguées.

(5) *Les pensions ou les autres allocations étatiques accordées, au titre de la législation, aux dirigeants de la dictature communiste identifiés par la loi peuvent être diminuées dans une proportion fixée par la loi ; sous les conditions déterminées par la loi, les revenus qui en sont issus doivent être consacrés à la mitigation des préjudices causés par la dictature communiste, ainsi qu'au culte de la mémoire des victimes.*

(6) *Toute prescription est considérée comme exclue dans le cas de la punissabilité des crimes graves spécifiés par la loi, qui ont été commis durant la dictature communiste à l'encontre de la Hongrie ou de personnes, au nom de l'État-parti, au bénéfice de celui-ci ou avec le consentement de celui-ci, et qui n'ont pas fait l'objet de poursuites judiciaires pour des motifs politiques, sans le respect du code pénal en vigueur au moment de la perpétration.*

(7) *La punissabilité des crimes spécifiés au paragraphe (6) est prescrite après l'expiration de la période prévue par la loi pénale en vigueur au moment de la perpétration, calculée à partir de la date d'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, sous réserve que la prescription eusse eu lieu avant le 1^{er} mai 1990 conformément au code pénal en vigueur au moment de la perpétration.*

(8) *La punissabilité des crimes spécifiés au paragraphe (6) est prescrite entre la date de la perpétration et le 1^{er} mai 1990, après l'expiration de la période courant à partir de la date d'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, sous réserve que la prescription eusse eu lieu pendant la période écoulée entre le 2 mai 1990 et le 31 décembre 2011 conformément à la loi pénale en vigueur au moment de la perpétration, et que l'auteur de crime n'ait pas fait l'objet de poursuites.*

(9) *Aucun nouveau titre de dédommagement assurant des allocations pécuniaires ou d'autres allocations patrimoniales ne peut être stipulée par la législation ni aux personnes privées de leur vie ou de leur liberté de manière illégale pour des motifs politiques, ni aux personnes ayant subi des dommages de propriété causés inégalement par l'État avant le 2 mai 1990.*

(10) *Les documents de l'État-parti communiste, des organisations sociales et de la jeunesse instaurées par l'intermédiaire ou sous l'influence de celui-ci, ainsi que les documents des syndicats produits durant la dictature communiste constituent la propriété de l'État et doivent être déposés dans des archives, de la même manière que les actes archivés des organismes investis d'une mission de service public. »*

Le fondement politique de l'article U de la Loi fondamentale de la Hongrie se comprend très facilement. Les explications fournies par les autorités hongroises y concourent d'ailleurs de façon à la fois énergique et exemplaire. On y peut notamment lire :

« La Hongrie a vécu pendant plus que quarante ans sous le régime politique dictatorial communiste. Pendant cette période, les représentants de l'Etat-parti ont commis de nombreux crimes, notamment lors de leurs prises de rôle dans la répression de la Révolution de 1956.

Le constituant a trouvé important de déclarer politiquement que la responsabilité des acteurs du régime de l'Etat-parti est indiscutable en garantissant ainsi la possibilité, par exemple, de réduire leurs pensions de retraite (pour les dirigeants les plus importants). ...

La condamnation des crimes des régimes communistes est une particularité des Etats postcommunistes, postsocialistes. La Déclaration de foi nationale de la Loi fondamentale déclare l'imprescriptibilité des crimes inhumains commis sous les régimes national-socialiste et communiste. Cette déclaration ne faisait pas l'objet de critique dans l'avis du juin 2011 de la Commission de Venise. L'amendement de la Loi fondamentale définit les crimes commis sous le régime communiste en fondant la responsabilité politique de leurs auteurs.

La dénonciation des régimes nazis et communistes est également présente, dans une formulation plus courte, dans les constitutions polonaises et croates aussi. »

Les vingt-et-un articles de la partie « Fondements » de la Loi fondamentale contiennent des dispositions dont le caractère est assez hétérogène.

La dénomination principale (« fondements ») pourrait inviter à penser qu'il s'agit en premier lieu d'une énumération de valeurs ou de principes sans conséquence juridique directe. Une telle impression s'accommoderait sans problème avec l'idée que le pouvoir constituant dérivé a souhaité inclure une telle déclaration dans le texte de la Loi fondamentale afin qu'y soient exposés les valeurs et principes ayant guidé son œuvre. En effet, ceux-ci seraient même susceptibles d'influencer les pouvoirs constitués dans leurs efforts d'application des autres parties de la Constitution, notamment de façon indirecte (via l'interprétation « téléologique »).

Il semble cependant que le préambule de la Constitution soit l'émanation principale d'une telle volonté. Quant au chapitre « Fondements », il s'agit en réalité d'un mélange de déclarations de valeurs (à titre d'exemple, voir l'article C (1) (« Le fonctionnement de l'Etat hongrois repose sur la séparation des pouvoirs ») et de normes juridiques parfaitement opératoires (à titre d'exemple, voir l'article A (« Le nom de notre patrie est « Hongrie » »)). Tout au long du chapitre, le caractère (et le dosage éventuel) varie d'une disposition à l'autre.

Le caractère quelque peu hétéroclite de l'ensemble de ce chapitre implique la nécessité de lire toute disposition en tenant compte de la possibilité qu'il s'agit effectivement de normes juridiques contraignantes.

Quant à la « déclaration » relative aux crimes du régime communiste sur laquelle on est appelé à se prononcer ici, il convient d'observer, d'abord, que le préambule déjà contient quelques phrases qui, de façon tout à fait univoque, condamnent « les crimes contre l'humanité commis envers la nation hongroise et ses citoyens sous les dictatures ... du communisme » tout en déclarant la « Constitution communiste » de 1949 « nulle et non avenue » parce que ayant « instauré un régime tyrannique ». A l'aide d'expressions diverses, un certain nombre d'autres Etats post-communistes ayant adopté une nouvelle constitution bien avant la Hongrie ont fait de même.

A cet égard, le nouvel article U est de nature à approfondir la condamnation déjà prononcée dans le préambule de la Constitution actuelle. Or le nouvel article innove en reconnaissant explicitement la responsabilité des acteurs du régime de l'Etat communiste. C'est précisément à cet égard que les dispositions en question méritent un examen attentif.

D'un point de vue technique, le premier trait qui saute aux yeux est le volume impressionnant de l'article U pris dans son ensemble. En fait, il est essentiellement composé d'une énumération en 9 points des « crimes » commis par le régime communiste hongrois (paragraphe 1^{er} lettres a – i)

et

d'un nombre assez élevé de dispositions relatives aux questions de responsabilité (paragraphe 2 à 10, auxquelles s'ajoutent les deuxième et dernière phrases du paragraphe 1^{er}).

La lecture de l'ensemble apparaît assez compliquée, ce qui serait gênant surtout dans la mesure où il pourrait ne pas s'agir seulement de déclarations de valeurs. Dans un Etat de

droit, il importe toujours que les normes juridiques portant soit sur la responsabilité civile et pénale de personnes physiques soit sur celle de personnes morales (en l'espèce, celles supposées liées à l'ancien régime communiste) aient une lisibilité pas trop brouillée.

En troisième lieu, certaines parties-clefs du texte apparaissent (sous réserve évidente de problèmes éventuels de traduction) comme assez floues. Un exemple en est fourni déjà dans la deuxième phrase du paragraphe 1^{er}, qui énonce que « les dirigeants » sont responsables de manière imprescriptible : S'agit-il de tous les « dirigeants » (y compris ceux de la jeunesse communiste, de comités de quartier ...), des « grands chefs » seulement, ou d'une catégorie se situant entre les deux extrêmes ? Dans la mesure surtout où l'article U serait susceptible d'avoir des répercussions juridiques directes sur des personnes concernées, de telles imprécisions sont gênantes.

Cela mis à part, il reste que le paragraphe 1^{er}, en énumérant une série de méfaits commis sous le régime communiste, revêt essentiellement un caractère descriptif. Malgré le caractère assez détaillé de l'énumération, qui de plus contient certains éléments qui n'entrent guère dans les catégories établies de « crimes contre l'humanité », celle-ci s'inscrit dans la lignée d'un certain nombre de textes solennels préexistants dénonçant le passé communiste en Europe.

Il en va différemment des paragraphes 2 à 10, qui – d'après leur forme – dépassent largement la catégorie de dénonciations de principe. Ils semblent aussi nettement dépasser la catégorie de déclarations de valeurs.

En effet, on y trouve au moins deux séries de dispositions qui semblent être d'effet juridico-pratique direct.

En premier lieu, il s'agit de l'établissement d'une « Commission de la commémoration nationale » relative à la dictature communiste (paragraphe 3). Une telle disposition n'est évidemment pas susceptible de poser problème en soi ; au contraire, la démarche est très facilement compréhensible.

Il n'en va cependant pas de même d'autres dispositions, qui doivent être confrontées à plusieurs sortes de principes, qui tous font partie non seulement des normes de l'Union européenne et de la Convention européenne mais tout autant des standards européens, notamment en matière pénale. Il s'agit des principes

- de la légalité des délits et des peines
- de la non rétroactivité de la loi pénale ;
- des droits des personnes.

Le principe la légalité des délits et des peines interdit de punir une personne pour des infractions qui n'avaient pas été définies au moment où des faits ont été commis. Seuls des faits commis ultérieurement peuvent donner lieu à répression. Ce principe est exprimé par bien des constitutions nationales (v par ex. art. 8 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; art. 103.2 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne ; art. 25.1 de la Constitution espagnole ; art. 25 de la Constitution italienne) ; il est rappelé notamment par l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi rédigé :

Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

L'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, consacré aux *Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines*, stipule de son côté :

1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée.

La Constitution hongroise n'a pas manqué de dire à l'article XXVIII :

4) Nul ne peut être déclaré coupable ni puni pour des actions qui ne constituaient pas, au moment de leur commission, un acte délictueux en vertu du droit hongrois ou – dans le cadre d'un traité international ou d'un acte juridique de l'Union européenne – du droit d'un autre état.

Toutefois les mêmes textes admettent une exception.

Selon le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention européenne,

Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

L'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne admet de même que 2. *Le présent article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux reconnus par l'ensemble des nations.*

La Constitution hongroise a pu ainsi ajouter au paragraphe 4 de l'article XXVIII un paragraphe 5) ainsi rédigé :

(5) Le paragraphe (4) n'exclut pas qu'une personne soit poursuivie et punie pour des actions qui, au moment de leur commission, constituaient un acte délictueux selon les dispositions connues du droit international.

La Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle a eu à connaître d'affaires relatives à la condamnation d'anciens agents de régimes communistes, a admis la possibilité de les poursuivre (22 mars 2001, Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne, Requêtes nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98; du même jour, K.H. W. c/ Allemagne, Requête n° 37201/97;. 17 mai 2010, Kononov c/ Lettonie, Requête no 36376/04). Elle admet dans certains cas la légitimité de poursuites pénales contre les personnes ayant commis des crimes sous le régime antérieur – permettant "d'appliquer et interpréter les dispositions légales existantes à l'époque des faits à la lumière des principes régissant un Etat de droit" (contra 19 septembre 2008, Korbely / Hongrie, Requête n° 9174/02). Dans tous les cas doit être assurée la prééminence du droit.

On peut observer que la nouvelle rédaction de l'article U, si elle condamne sévèrement au paragraphe 1) les crimes commis sous le régime communiste et leurs auteurs, n'établit en réalité aucune incrimination nouvelle à ce sujet. Elle constitue une déclaration de principe ; elle ne comporte aucune définition de nouvelles infractions ni aucune peine nouvelle pour les infractions commises. Les exceptions au titre des principes généraux admis par les nations civilisées n'ont pas été utilisées.

Le premier principe du droit pénal (la légalité des délits et des peines) est donc respecté.

Le deuxième principe (celui de la non rétroactivité de la loi pénale) peut être en cause au regard des règles de prescription établies par le nouvel article U.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de statuer sur la question de la prescription dans son arrêt du 22 juin 2000, Coëme et autres c. Belgique, (Requêtes nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96).

D'une part,

146. La prescription peut se définir comme le droit accordé par la loi à l'auteur d'une infraction de ne plus être poursuivi ni jugé après l'écoulement d'un certain délai depuis la réalisation des faits. Les délais de prescription, qui sont un trait commun aux systèmes juridiques des Etats contractants, ont plusieurs finalités, parmi lesquelles garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions et empêcher une atteinte aux droits de la défense qui pourraient être compromis si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur le fondement d'éléments de preuve qui seraient incomplets en raison du temps écoulé (arrêt Stubbings et autres c. Royaume-Uni du 22 octobre 1996, Recueil 1996-IV, pp. 1502-1503, § 51).

D'autre part,

149. La prolongation du délai de prescription introduit par la loi du 24 décembre 1993 et son application immédiate par la Cour de cassation ont, certes, eu pour effet d'étendre le délai durant lequel les faits pouvaient être poursuivis et ont été défavorables pour les requérants, en déjouant notamment leurs attentes. Pareille situation n'entraîne cependant pas une atteinte aux droits garantis par l'article 7 car on ne peut interpréter cette disposition comme empêchant, par l'effet de l'application immédiate d'une loi de procédure, un allongement des délais de prescription lorsque les faits reprochés n'ont jamais été prescrits.

Ainsi les délais de prescription non expirés peuvent être prolongés sans que le principe de non rétroactivité de la loi pénale soit violé.

Dans la mesure où les paragraphes 7 et 8 de l'article U ne font que prolonger des délais de prescription qui n'étaient pas encore expirés, ils ne méconnaissent pas le principe de non rétroactivité de la loi pénale.

Le paragraphe 6 est plus problématique car il paraît exclure toute prescription pour les crimes qu'il couvre, y compris lorsque des délais de prescription sont déjà expirés. On comprend que la gravité des crimes commis et l'indulgence dont ils ont été couverts sous le régime communiste conduisent à ne pas admettre qu'ils puissent rester impunis.

On rencontre en droit comparé des dispositions déclarant imprescriptibles certains crimes et permettant donc d'en poursuivre les auteurs alors même que des textes antérieurs auraient permis de faire courir les délais de prescription. Tel est le cas par exemple en France pour les crimes contre l'humanité (art. 213-5 du code pénal).

Mais les crimes en cause doivent être d'une gravité telle que le jeu de l'exception soit totalement inadmissible.

Pour admettre que le paragraphe 6 puisse permettre de poursuivre les auteurs de crimes déjà couverts par la prescription, il faut établir qu'ils ont atteint ce degré de gravité. Il appartiendra au législateur, auquel il revient de mettre en œuvre ces dispositions, de prendre les précautions nécessaires pour ne pas violer le principe de non rétroactivité de la loi pénale. Il reviendra aussi au juge, amené à connaître de litiges particuliers, d'assurer une conciliation entre ces différents principes juridiques.

En troisième lieu, des principes relatifs aux droits des personnes sont en cause avec l'article U, à plusieurs titres.

Tout d'abord, les anciens dirigeants communistes sont tenus de tenir pour vraies *les allégations factuelles relatives à leur rôle et à leurs actes liés au fonctionnement de la dictature communiste, à l'exception des allégations fondamentalement mensongères faites intentionnellement.*

Il y a là une présomption de vérité qui, dans les termes où elle est exprimée, paraît irréfragable, c'est-à-dire insusceptible de preuve contraire.

Une telle solution est difficilement acceptable, quel qu'en soit l'objet.

Cet objet peut concerner les informations générales concernant des événements. Elles permettent de savoir ce qui s'est passé, de connaître les circonstances, d'identifier les acteurs et les comportements. A cet égard, elles relèvent essentiellement de l'histoire. Or si les recherches historiques permettent de faire apparaître la vérité historique, il n'y a pas de vérité historique officielle. On ne peut imposer aux consciences d'y adhérer.

L'objet des allégations factuelles peut concerner des personnes, considérées en tant que telles, isolément. Les faits en cause sont ceux qu'ont commis ces personnes elles-mêmes. En leur imposant de reconnaître pour vraies ces allégations, le texte viole à la fois la liberté d'opinion et la présomption d'innocence : contraindre à une personne de tenir un fait pour vrai lui impose une constatation et une appréciation ; en même temps si ce fait correspond à une incrimination, elle impose à cette personne de se déclarer par là même coupable.

Cette disposition ne peut donc être admise.

Ensuite, les données à caractère personnel relatives au rôle et aux actes des anciens dirigeants communistes peuvent être divulguées. Cela confirme la portée personnelle de l'alinéa relatif aux allégations factuelles. Cette disposition comporte deux menaces : l'une pour la présomption d'innocence, comme il vient d'être dit, l'autre, pour le droit à la protection de la vie privée.

On peut comprendre la volonté des pouvoirs publics de faire ressortir au grand jour le comportement des anciens dirigeants communistes, mais ce ne peut être au détriment de la présomption d'innocence et du respect de la vie privée.

Cette disposition doit donc, dans l'hypothèse la plus favorable, être interprétée et appliquée comme ne permettant pas de porter atteinte à l'une et à l'autre.

Enfin l'article U 5) permet de décider la diminution des pensions et autres indemnités allouées aux anciens dirigeants communistes. Les sommes produites par cette diminution *doivent être consacrées à la mitigation* (traduction : réparation) *des préjudices causés par la dictature communiste, ainsi qu'au culte de la mémoire des victimes.*

C'est le principe du droit au respect des biens, formulé par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne qui se trouve mis en cause. Les prestations sociales font partie des biens couverts par cet article (en ce sens notamment CEDH 26 novembre 2002, Buchen c/ République tchèque, affaire 36541/97, à propos d'une pension de retraite).

Le protocole additionnel autorise la privation du droit de propriété pour cause d'utilité publique et la réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général. La réduction des pensions et autres indemnités ne relève exactement d'aucune de ces deux hypothèses. Mais on peut soutenir que la privation du droit de propriété résultant de la diminution des pensions et allocations pour affecter les sommes correspondantes à la réparation de préjudices et au culte de la mémoire des victimes constitue une privation du droit de propriété pour cause d'utilité publique. A ce titre, elle serait conforme à l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel.

Comme l'on a déjà eu l'occasion de remarquer, l'appréciation globale des dispositions constitutionnelles en question dépend en grande partie de l'utilisation effective qui pourrait en être faite. Une interprétation de certaines dispositions privilégiant le caractère symbolique ou celui de déclaration de valeurs plutôt que celle de normes juridiques opératoires pourrait largement atténuer les aspects controversés de l'article U.

A fortiori, il en ira de même dans la mesure où la loi ordinaire relative au droit civil et pénal serait appliquée même là où le texte constitutionnel n'y fait pas explicitement référence. Or tout ceci ne suffit pas à faire s'évaporer tout doute quant au bien-fondé de certaines des dispositions par rapport aux standards constitutionnels et européens communément admis. En particulier, il en va ainsi en ce qui concerne les dispositions du paragraphe 4 relatives à l'obligation d'« accepter les allégations factuelles » et à la divulgation des données à caractère personnel. C'est pourquoi il conviendrait que les dispositions en cause soient interprétées dans le sens le plus conforme aux normes européennes et aux standards européens.

Les dispositions du 4^{ème} amendement relatives aux Eglises (article 4 du 4^{ème} amendement)

Avant l'adoption du quatrième amendement, l'article VII, paragraphes 2 et 3, de la Loi fondamentale était rédigé de la manière suivante :

(2) L'Etat fonctionne de manière séparée des Eglises. Les Eglises sont indépendantes.

(3) Les règles détaillées relatives aux Eglises sont fixées par loi organique.

La Profession de foi nationale dont on sait qu'elle est « incorporée » dans la Loi fondamentale et qui, aux termes de l'article R, § 3, sert d'instrument de référence pour son interprétation, n'est, pour sa part, pas modifiée. Si elle commence par ces mots « *Bénis les Hongrois, ô Seigneur !* » et si elle n'hésite pas à reconnaître « *la vertu unificatrice de la chrétienté* », elle affiche une claire volonté, celle de respecter les « *différentes traditions religieuses* » du pays.

L'article 4, inscrit dans le quatrième amendement de la Loi fondamentale de la Hongrie, est, en ce qui le concerne, désormais rédigé de la manière suivante :

(1) L'article VII, paragraphes 2 et 3 de la Loi fondamentale sont remplacés par les dispositions suivantes :

L'Assemblée nationale peut reconnaître en tant qu'Eglise, par loi organique, certaines organisations poursuivant des activités religieuses, avec lesquelles l'Etat entretient une coopération pour atteindre des objectifs collectifs. Le dépôt de plainte constitutionnelle vis-à-vis des dispositions de ladite loi organique relative à la reconnaissance des Eglises est admis.

L'Etat fonctionne de manière séparée des Eglises et des autres organisations poursuivant des activités religieuses. Les Eglises et les autres organisations poursuivant des activités religieuses sont indépendantes.

(2) A l'article VII de la Loi fondamentale, le paragraphe 4 suivant est ajouté :

Les règles détaillées relatives aux Eglises sont fixées par loi organique. La loi organique peut soumettre la reconnaissance des organisations poursuivant des activités religieuses au fonctionnement de longue durée, au soutien de la société et à l'aptitude à la coopération visant des objectifs collectifs ».

Ces dispositions appellent divers commentaires. Ceux-ci s'efforcent de prendre en compte les différents points de vue qui méritent d'être envisagés à l'occasion de cette discussion.

A. — En ce qui concerne les citoyens, il convient de relever que l'article VII, paragraphe 1^{er}, de la Loi fondamentale n'est en aucune manière modifié. Il proclame de manière solennelle que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion* » (première phrase). Il ajoute, dans une seconde phrase, que « *ce droit implique la liberté de choisir ou de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester ou non sa religion ou sa conviction, seul ou en communauté, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, la pratique du culte et l'accomplissement de rites* ».

Ces dispositions s'inscrivent dans le prolongement des formulations que retiennent les constitutions nationales les plus récentes ainsi que les textes internationaux les mieux établis lorsqu'ils statuent dans le même domaine — l'on renvoie, en particulier, à la Convention européenne des droits de l'homme (articles 9 et 14), au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (articles 18 et 2) et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (articles 10 et 21) — . L'on rappelle également l'arrêt de principe *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993 (CEDH, série A, n° 260-A, § 31).

Ces dispositions liminaires servent de toile de fond à l'ensemble des considérations qui peuvent être émises à propos du texte de l'article VII.

Il n'est pas sans intérêt de relever que l'article XV, paragraphe 2, de la Loi fondamentale précise encore que « *la Hongrie assure à tous le respect des droits fondamentaux sans discrimination fondée notamment sur (...) la religion* ».

Ces dispositions liminaires servent de toile de fond à l'ensemble des considérations qui peuvent être émises à propos du texte de l'article VII.

B. — En ce qui concerne l'Etat, un principe fondamental est utilement rappelé. Il convient qu'il « *fonctionne de manière séparée des Eglises* », ce qui paraît de règle dans la société politique moderne (CEDH, 31 juillet 2001, *Refah Partisi c. Turquie*, RTDH, 2002, pp. 981-1008). Voy. notamment, à titre d'exemple, l'article 41, alinéa 4, de la Constitution portugaise.

Pour que les choses soient claires, il est précisé que ce principe d'indépendance vaut non seulement à l'égard des Eglises reconnues (infra) mais aussi à l'égard « *des autres organisations poursuivant des activités religieuses* ».

L'on aurait pu penser que la règle s'imposerait, elle aussi, d'elle-même. La précision n'est pas pour autant inutile. On la trouve aussi exprimée dans les Constitutions de l'Espagne (art. 16, § 3), de l'Italie (art. 8), de la Lituanie (article 43-1), de la Pologne (art. 25, §§ 4 et 5) et de la Suède (chapitre VIII, art. 6).

C. — En ce qui concerne les Eglises, auxquelles il convient d'ajouter, par identité de motifs, les autres organisations poursuivant des activités religieuses, le principe d'indépendance est également réaffirmé. L'on peut considérer que le principe doit s'entendre tant en ce qui concerne leur organisation que leur fonctionnement.

Dans cet esprit, elles peuvent choisir leur dénomination, désigner les ministres des cultes, assumer un ensemble d'activités sociales, requérir des financements, créer des institutions privées...

Il n'y a pas lieu pour les pouvoirs publics d'interférer dans l'exercice de leurs activités, moins encore dans l'aménagement de leurs institutions propres.

D. — L'on vient de souligner qu'un même régime d'indépendance valait pour les Eglises et d'autres organisations poursuivant des activités religieuses.

Une distinction — qui n'est pas que terminologique — doit néanmoins être introduite entre ces deux catégories de personnes. En réalité, seules « *certaines* » organisations religieuses méritent d'être appelées « *Eglises reconnues* » aux yeux de la Loi fondamentale. Elles se sont adressées aux autorités de l'Etat. Celui-ci a pris à leur égard une mesure spécifique. Le législateur, agissant à l'entremise d'une loi organique, les a reconnues en tant que telles.

Aux termes de la Loi fondamentale, un recours peut être formé auprès de la Cour constitutionnelle si la reconnaissance sollicitée n'a pas été accordée par l'Assemblée.

Cette distinction est commune à plusieurs Etats européens (*supra*, B).

Une question mérite néanmoins d'être soulevée. Revient-il à la Constitution de définir elle-même les critères auxquelles la reconnaissance législative d'une Eglise est subordonnée ? L'opération a pour objet de ne pas laisser au législateur un choix discrétionnaire, en l'occurrence, purement politique ou administratif, difficilement admissible dans un domaine qui touche à l'exercice des droits de l'homme. Elle présente aussi l'avantage de ne pas inciter les pouvoirs publics à procéder à des analyses de « validité » des opinions religieuses professées (CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis et autres c. Grèce*, R. 1994-IV, §§ 40-47). Elle évite encore les incohérences ou les discriminations.

Il faut se féliciter d'une démarche qui vise à assurer une plus grande objectivation de la décision parlementaire.

Est-ce à dire que les critères retenus dans le quatrième amendement sont de ceux qui peuvent fonder valablement une décision législative de reconnaissance ? Force est de constater qu'ils correspondent à ceux qui sont communément utilisés dans les Etats qui établissent une reconnaissance à un titre ou à un autre des Eglises ou d'organisations similaires.

En ce qui concerne le « *fonctionnement de longue durée* », l'on peut souhaiter que l'Etat, amené à reconnaître un certain nombre d'Eglises, ne soit pas obnubilé par des effets de mode mais tienne compte, comme l'indique le bon sens et comme l'enseigne, en l'occurrence, la Profession de foi nationale, des traditions religieuses qui sont propres à une société déterminée.

En ce qui concerne le « *soutien de la société* », l'on peut aussi comprendre que l'Etat ne souhaite pas entretenir des rapports privilégiés avec des organisations religieuses qui s'inscriraient en marge de la société, voire contesteraient, sur des points essentiels, son organisation politique, refuseraient l'autorité de l'Etat ou mettraient en question l'exercice des

droits constitutionnels les mieux établis, notamment la liberté religieuse reconnue à chaque personne (CEDH, arrêt *Refah Partisi*, cité)⁹..

En ce qui concerne l'aptitude d'une Eglise à participer à la réalisation d'objectifs d'intérêt général, l'on peut encore comprendre que, de manière plus positive, l'Etat collabore avec des formations qui lui permettent d'atteindre, dans des secteurs déterminés comme ceux de la santé ou de l'enseignement, les objectifs généraux qu'il a lui-même définis mais pour lesquels il peut requérir, dans une logique de subsidiarité, le concours d'organisations sociales. Comme le relève la doctrine belge ou suisse, « la signification sociale de la communauté religieuse » doit servir de critère déterminant pour une reconnaissance de droit public.

Le soutien d'une Eglise auprès de l'ensemble de la population, le nombre de ses adeptes et sa collaboration au règlement de problèmes sociétaux méritent donc d'être pris en considération. Ils justifient notamment que cette Eglise reconnue bénéficie d'une « aide de l'Etat »¹⁰.

Il va de soi qu'il n'y a pas lieu, en l'espèce comme dans d'autres domaines, de se contenter de proclamations générales mais qu'il convient de vérifier, dans la pratique, comment ces principes légitimes, et même généreux, sont mis en œuvre.

A cet égard, l'objectivité des distinctions établies et l'absence de discriminations non justifiées au vu des critères préétablis devraient être assurées.

E. — Il va de soi que le principe d'indépendance réciproque entre l'Etat et les Eglises reconnues ne fait pas obstacle à ce que l'Etat entreprenne de collaborer activement avec ces dernières. C'est précisément parce que l'Etat et les Eglises reconnues sont indépendants l'un des autres qu'ils sont à même de participer à la poursuite de finalités générales que l'Etat a librement définies mais pour lesquelles il sollicite le concours d'un ensemble de forces politiques, sociales, culturelles et, en l'occurrence, religieuses.

Dans une communication faite au Parlement européen sur « Religions et Constitutions en Europe », le professeur d'Onorio a relevé que « le principe de la coopération entre l'Etat et les religions (était) proclamé par neuf constitutions sous différentes formes : en Allemagne (art. 137 et 138 de Weimar), en Autriche (art. 15 de la Loi fondamentale de 1867), en Espagne (art. 16, § 3), en Italie (art. 8) et en Pologne (art. 25, §§ 4 et 5)... ; il en est de même au Luxembourg (art. 22)..., en Suède... (art. 6 du chapitre VIII de la Constitution révisée en 2000), en Finlande..., en Belgique dont la Constitution ne cite aucune religion mais fixe à

⁹ « A l'instar du Gouvernement, la Cour admet que le système multi-juridique, tel que proposé par le R.P., introduirait dans l'ensemble des rapports de droit une distinction entre les particuliers fondée sur la religion, les catégoriserait selon leur appartenance religieuse et leur reconnaîtrait des droits et libertés non pas en tant qu'individus, mais en fonction de leur appartenance à un mouvement religieux. Selon la Cour, un tel modèle de société ne saurait passer pour compatible avec le système de la Convention (...) : il supprime le rôle de l'Etat en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions dans une société démocratique... » (point 69).

¹⁰ La question est traitée très largement dans les ouvrages et études de doctrine. On consultera notamment le document de travail publié par le Sénat français dans la série « Législation comparée » et intitulé « Le financement des communautés religieuses » (septembre 2001) : « Les contrastes de la situation française fournissent l'occasion d'examiner le régime du financement des communautés religieuses chez quelques-uns de nos voisins. L'Allemagne, l'Angleterre, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas et le Portugal ont été retenus. Ces huit pays ont, en effet, connu des évolutions historiques très différentes, notamment sur le plan religieux » (p. 2).

charge des fonds publics les ‘traitements et pensions des ministres des cultes’ (art. 181), disposition similaire en vigueur au Luxembourg (art. 106), ce qui conduit les deux Etats à la reconnaissance juridique des diverses religions pratiquées sur leur sol » (*R.D.Public*, 2006, p. 715, ici p. 722)¹¹.

Le principe d’indépendance réciproque de l’Etat et des Eglises reconnues ne saurait signifier que ceux-ci s’ignorent ou s’excluent. L’article 17 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne s’inscrit, pour autant que de besoin, dans cette manière d’aborder la problématique des religions reconnues.

Dans son avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie, la Commission européenne pour la démocratie pour le droit a, par ailleurs, rappelé les *Lignes directrices visant l’examen des lois affectant la religion ou les convictions religieuses* (2004) : « Une législation peut reconnaître les différences tenant au rôle joué par diverses religions dans l’histoire d’un pays donné, tant que ces différences ne servent pas de prétexte au maintien d’une discrimination ». Elle en a déduit que l’article VII de la Loi fondamentale était « compatible avec l’article 9 de la CEDH » (Avis n° 621, CDL-AD, 2011, 016). Les amendements qui sont apportés à cette disposition ne sauraient que conforter cette appréciation.

Les dispositions du 4^{ème} amendement relatives aux annonces publicitaires politiques (article 5 du 4^{ème} amendement)

L’article 5 du 4^{ème} amendement dispose :

(1) L’article IX, paragraphe (3) de la Loi fondamentale est remplacé par la disposition suivante :

« (3) En vue d’assurer les informations appropriées et l’égalité des chances aux fins du développement de l’opinion publique démocratique, la diffusion de publicités politiques dans les services publics médiatiques est uniquement admise sans rémunération. Aux termes d’une loi organique, dans toute période de campagne, avant l’élection des députés de l’Assemblée nationale et l’élection des députés du Parlement européen, la publicité politique diffusée par

¹¹ Du même auteur, *La liberté religieuse dans le monde. Analyse doctrinale et politique*, Ed. Universitaires, 1989. Dans une littérature abondante, voy. aussi ACADEMIE INTERNATIONALE DE DROIT CONSTITUTIONNEL, *Constitution et religions*, Tunis, 1994 ; *Constitution et religion* (éd. J. ILIOPOULOS-STRAGAS), Athènes, Sakkoulas, 2002 ; *Constitution et religion*, Annuaire international de justice constitutionnelle, 2000, pp. 401-510 ; W. COLE DURHAM et S. FERRARI, *Laws on religion and the State in Post-Communist Europe*, Leuven, Peeters, 2004 ; S. FERRARI, « Constitution et religion », in *Traité international de droit constitutionnel* (dir. M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD), Paris, Dalloz, 2012, t. III, pp. 437 à 478 ; J. ROBERT, *La liberté religieuse et le régime des cultes*, Paris, PUF, 1977. Adde : C. SAGESSER, *Cultes et laïcité*, Bruxelles, Ed. CRISP, 2011 : en Belgique, « la procédure dite de reconnaissance d’un culte ou d’une organisation philosophique non confessionnelle repose sur la décision souveraine du Parlement, éclairée par l’application d’une jurisprudence administrative » (p. 23).

ou dans l'intérêt des organisations candidates établissant une liste nationale à l'élection générale des députés de l'Assemblée nationale ou établissant une liste aux élections des députés du Parlement européen est uniquement admise par voie de services publics médiatiques, à conditions égales. »

Auparavant l'article IX paragraphe 3 disposait :

3. Les règles détaillées relatives à la liberté de la presse et à l'autorité de surveillance du marché des services médiatiques des publications et des télécommunications sont fixées par loi organique.

Il faut observer que le 4^{ème} amendement ne change rien aux alinéas 1 et 2 de l'article IX, ainsi rédigés :

(1) Tout individu a droit à la liberté d'expression.

(2) La Hongrie reconnaît et protège la liberté et la diversité de la presse et assure les conditions de la libre information nécessaire à la constitution de l'opinion publique démocratique.

La liberté d'expression, et en particulier la liberté de la presse et la liberté de l'information sont ainsi expressément reconnues. Le remplacement de l'alinéa 3 par de nouvelles dispositions fait disparaître la formule antérieure selon laquelle *Les règles détaillées relatives à la liberté de la presse et à l'autorité de surveillance du marché des services médiatiques des publications et des télécommunications sont fixées par loi organique* – ce qui pouvait faire craindre que la liberté de la presse et de l'information étaient subordonnées à l'adoption d'une loi organique. Désormais l'ambiguïté est levée : la liberté de la presse et la liberté de l'information sont reconnues en elles-mêmes, par le seul dispositif des alinéas 1 et 2 ; il n'y a pas à attendre des dispositions législatives pour qu'elles soient effectives.

Les termes du nouveau dispositif de l'alinéa 3 doivent être explicités.

En premier lieu, il faut préciser ce qu'il faut entendre par « publicité politique ». Il s'agit en réalité de propagande politique, destinée à exposer les idées, vues et projets politiques de certains groupes, et particulièrement des partis politiques, et à vanter les mérites des candidats en vue d'inciter les électeurs à voter pour eux. Elle se distingue de la simple information politique, portant à la connaissance du public des informations sur des événements politiques ; cette information pouvant être assortie d'analyses et de commentaires à caractère objectif ; elle deviendrait « propagande » si ces analyses et commentaires comportaient des prises de position en faveur de candidats.

La publicité politique, dès lors qu'elle est payée par ceux qui la font réaliser, devient une publicité politique payante, ou encore une publicité politique commerciale.

En second lieu, le texte du nouvel alinéa 3, en parlant de « services publics médiatiques », vise évidemment ceux qui sont organisés par les pouvoirs publics (qu'ils dépendent directement d'eux ou qu'ils comportent une organisation distincte, mais avec un statut les insérant dans la sphère publique).

Il ne précise pas ce qu'il faut entendre, dans la traduction française, par « services médiatiques ». Il s'agit de ceux qui constituent des moyens de communication offrant au public des prestations pouvant être non seulement des informations mais aussi tout autre

contenu. Ces services sont certainement constitués par la radio et la télévision ; il faut y ajouter aujourd'hui les systèmes d'information par internet. La presse écrite (qui a été pendant longtemps la forme exclusive d'information publique) doit être rangée aussi, et même d'abord, parmi les médias.

Les services médiatiques sont ainsi, dans une formule plus ramassée en français contemporain, les médias. Parmi eux certains sont publics (ce sont ceux que le nouvel alinéa 3 de l'article IX appelle « services publics médiatiques »). D'autres sont privés.

A partir de cette analyse, la portée de l'alinéa 3 peut être précisée comme suit :

D'une part, la publicité (= propagande) politique fait l'objet de deux restrictions :

- dans les médias publics, elle est uniquement admise sans rémunération; elle ne peut donc y être payante;
- pour toute campagne en vue de l'élection des députés à l'Assemblée nationale ou au Parlement européen, elle n'est admise que par voie de médias publics, à conditions égales, dans les conditions que doit fixer une loi organique.

D'autre part, en contrepoint,

- la propagande politique non payante est possible dans les médias publics, non seulement pendant les campagnes électorales (où elle peut seule y être faite) mais aussi en dehors de ces campagnes ;
 - la propagande politique, payante ou non, est possible dans les médias privés (presse écrite, radio, télévision, internet) en dehors des campagnes électorales ;
 - il ne peut pas y avoir de propagande politique, payante ou non, dans les médias privés pendant les campagnes électorales ;
 - l'information politique (distincte de la propagande politique) par tous les médias (publics ou privés) est libre en toute période.

Ces dispositions peuvent être comparées à celles d'autres législations.

C'est d'abord la législation française, de laquelle les rédacteurs de l'alinéa 3 issu du 4^{ème} amendement ont voulu s'inspirer.

D'une part, l'article L. 52-1 du code électoral français (applicable à toutes les élections : locales, législatives, présidentielles, européennes) dispose :

Pendant les six mois précédant le premier jour du mois d'une élection et jusqu'à la date du tour de scrutin où celle-ci est acquise, l'utilisation à des fins de propagande électorale de tout procédé de publicité commerciale par la voie de la presse ou par tout moyen de communication audiovisuelle est interdite.

A compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin. Sans préjudice des dispositions du présent chapitre, cette interdiction ne s'applique pas à la présentation, par un candidat ou pour son compte, dans le cadre de l'organisation de sa campagne, du bilan de la gestion des mandats qu'il détient ou qu'il a détenus. ...

Cette disposition implique a contrario

- qu'une propagande politique sous forme de publicité commerciale dans les médias, si elle est interdite en France dans les six mois précédant les élections, y est possible en dehors des campagnes électorales ;
- qu'une propagande politique dans les médias sous une forme autre que la publicité commerciale est possible même pendant les campagnes électorales ;
- que l'information politique est libre.

D'autre part, selon les dispositions de l'article L. 167-1 du code électoral pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale et de l'article 19 de la loi du 7 juillet 1977 pour l'élection des députés au Parlement européen, les partis et groupements politiques peuvent utiliser les émissions du service public de la communication audiovisuelle pendant la campagne électorale.

Mais cela n'institue pas un monopole des médias publics pour la propagande politique pendant la campagne électorale : la propagande politique non payante est possible sur les médias privés.

Plus généralement l'état du droit relatif à la publicité politique dans différents Etats a été présenté par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 février 1998, BOWMAN C/ ROYAUME UNI, N° 141/1996/760/961, dans des termes reproduits en annexe. Il fait apparaître la diversité des solutions : interdiction ou autorisation de la publicité politique payante, octroi ou non d'un temps d'antenne gratuit aux partis ou aux candidats.

La réglementation de la publicité politique doit être appréciée au regard de deux clauses de la Convention européenne des droits de l'homme.

La première est celle de l'article 10 (Liberté d'expression) de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi rédigée :

1 Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

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

La seconde clause est celle de l'article 3 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, intitulé Droit à des élections libres.

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser la portée de ces stipulations dans deux arrêts qu'il importe de citer.

Dans celui du 19 février 1998, BOWMAN C/ ROYAUME UNI, N° 141/1996/760/961, relatif à une amende infligée à une personne qui avait fait diffuser des tracts sur les positions relatives à l'avortement de candidats à l'élection législative, en application de l'article 75 d'une loi de 1983 interdisant à quiconque, hormis le candidat ou son agent, d'engager des dépenses pour favoriser l'élection d'un candidat. La requérante alléguait la violation de son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention. La Cour a procédé à une analyse dont les passages pertinents sont reproduits en annexe et qui l'a conduite à la conclusion de la violation de l'article 10.

L'arrêt du 11 décembre 2008, AFFAIRE TV VEST AS & ROGALAND PENSJONISTPARTI c. NORVÈGE, n° 21132/05 a été rendu à propos d'une amende pour violation de l'interdiction légale de diffusion de messages publicitaires politiques pour le parti des retraités en violation de l'interdiction de la publicité politique à la télévision, publique aussi bien que privée. A l'issue d'une analyse approfondie (V. l'extrait en annexe), la Cour est arrivée à la conclusion suivante : 78. *En bref, la Cour estime qu'il n'y a pas de rapport de proportionnalité raisonnable entre le but légitime visé par l'interdiction de la publicité politique et les moyens employés pour y parvenir. En conséquence, nonobstant la marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales, la restriction que cette interdiction et l'amende infligée ont porté à l'exercice par les requérants de leur liberté d'expression ne peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, au sens du paragraphe 2 de l'article 10, à la protection des droits d'autrui. Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.*

La Cour a donc jugé à l'unanimité qu'il y avait eu violation de l'article 10 de la Convention. , en insistant notamment sur le caractère électoral marginal du tout petit « Parti des retraités » et les difficultés qui en résultait pour lui d'avoir accès aux émissions ordinaires des grands médias, notamment en période électorale.

Si l'on peut synthétiser la jurisprudence de la Cour en la matière, on peut dire qu'en reconnaissant aux Etats une marge d'appréciation, elle juge nécessaire une adaptation de la publicité politique, spécialement en matière électorale, d'une part aux exigences de la liberté d'expression, d'autre part à celles de la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté deux recommandations, l'une en 199, l'autre en 2007, relatives à la couverture des campagnes électorales par les médias. Elles sont reproduites en annexe. Elles soulignent la nécessité que cette couverture soit équitable, équilibrée et impartiale. Elles n'excluent ni la publicité payante ni la possibilité de la limiter.

Le dispositif résultant de la rédaction de l'alinéa 3 de l'article IX de la Constitution hongroise par le 4^{ème} amendement, tel que la portée en a été identifiée plus haut,

permet l'exercice de la liberté d'expression par les solutions suivantes :

- l'information politique (distincte de la propagande politique) par tous les médias (publics ou privés) est libre en toute période ;
- la propagande politique non payante est possible dans les médias publics, non seulement pendant les campagnes électorales (où elle peut seule y être faite) mais aussi en dehors de ces campagnes ;
- la propagande politique, payante ou non, est possible dans les médias privés en dehors des campagnes électorales ;

établit trois limitations :

- dans les médias publics, la propagande politique est uniquement admise sans rémunération; elle ne peut donc y être payante;
- il ne peut pas y avoir de propagande politique, payante ou non, dans les médias privés pendant les campagnes électorales ;
- pour toute campagne en vue de l'élection des députés à l'Assemblée nationale ou au Parlement européen, elle n'est admise que par voie de médias publics, à conditions égales, dans les conditions que doit fixer une loi organique.

L'interdiction d'une propagande politique payante dans les médias publics en toute période (électorale ou non) et dans les médias privés pendant les campagnes électorales peut se justifier par le but de ne pas favoriser les partis, groupes, personnes, disposant de moyens financiers importants, et d'éviter ainsi une inégalité entre les candidats.

Pendant les campagnes électorales, l'interdiction d'une propagande politique même non payante dans les médias privés, et la réservation de la propagande politique (non payante) aux médias publics peut se justifier par le but d'assurer des conditions de propagande égales entre les concurrents, selon les conditions qui seront fixées par une loi organique. On pourrait poser la question de savoir s'il est justifié d'interdire une publicité même non payante dans les médias privés : mais la question ne se pose pas car les médias privés n'assurent pas de publicité non payante.

Les dispositions du 4^{ème} amendement relatives à la dignité

(article 5 §2 du 4^{ème} amendement)

L'article 5 paragraphe 2 du quatrième amendement de la Loi fondamentale ajoute les paragraphes suivants à l'article IX de la Loi fondamentale :

« (4) L'exercice de la liberté d'opinion ne peut pas porter atteinte à la dignité humaine d'autrui.

(5) L'exercice de la liberté d'opinion ne peut porter atteinte ni à la dignité de la nation hongroise, ni à la dignité des communautés nationales, ethniques, raciales ou religieuses. Aux

termes de la loi, toute personne appartenant à de telles communautés est en droit de saisir une juridiction pour intenter une action en réparation pour les préjudices subis en raison de l'expression d'opinion portant atteinte à la communauté et à sa dignité humaine. »

Restent inchangés les paragraphes 1 à 3, ainsi rédigés :

(1) Tout individu a droit à la liberté d'expression.

(2) La Hongrie reconnaît et protège la liberté et la diversité de la presse et assure les conditions de la libre information nécessaire à la constitution de l'opinion publique démocratique.

(3) Les règles détaillées relatives à la liberté de la presse et à l'autorité de surveillance du marché des services médiatiques des publications et des télécommunications sont fixées par une loi organique.

Selon la traduction en français par les autorités hongroises du paragraphe 4 de l'article 5, celui-ci parlerait de la liberté d'opinion. En réalité la liberté en cause est la liberté d'expression. Les nouveaux paragraphes de l'article 5 viennent compléter les précédents, qui traitent, le premier de la liberté d'expression en général, le deuxième et le troisième de la liberté de la presse (aspect essentiel de la liberté d'expression). Les paragraphes 4 et 5 nouveaux concernent certains contenus de l'expression d'opinions. C'est donc au regard de la liberté d'expression qu'ils doivent être examinés.

Ils peuvent être rapprochés de la Décision n° 36/1994 (IV. 24.) de la Cour constitutionnelle hongroise dans laquelle la Cour a affirmé que « la liberté d'opinion doit être assurée indépendamment de la prise des valeurs ou de la part de vérités dans les opinions exprimées. La liberté d'opinion est une liberté matérielle qui cède uniquement devant quelques droits fondamentaux importants. La loi en question, restreignant la liberté d'opinion peut se justifier lorsqu'elle vise directement la mise en valeur et la protection des droits fondamentaux subjectifs d'autrui ».

Ils doivent être rapprochés aussi d'autres dispositions de la Loi fondamentale :

- le paragraphe 3 de l'article I : *Les règles relatives aux droits et devoirs fondamentaux sont fixées par une loi. Un droit fondamental ne peut être restreint, afin de faire valoir un autre droit fondamental ou de protéger une valeur constitutionnelle, que dans une mesure absolument nécessaire et proportionnelle au but à atteindre et dans le respect du contenu essentiel du droit fondamental ;*

- l'article II première phrase : *La dignité humaine est inviolable ;*

- le paragraphe 1 de l'article XXIX : *Les minorités ethniques vivant en Hongrie sont des éléments constitutifs de l'État. Chaque citoyen hongrois, membre d'une minorité nationale ou ethnique, a le droit d'assumer et de préserver librement son identité. Les minorités ethniques vivant en Hongrie ont droit au développement de leur propre culture, à l'utilisation de leur langue maternelle, à l'enseignement dans leur langue maternelle et à l'utilisation de leur nom dans leur propre langue,*

ainsi que les formules de la Profession de foi nationale qui constitue le préambule de la Loi fondamentale, voulant *préserver l'unité intellectuelle et morale de notre nation* et

reconnaissant les minorités ethniques comme parties de la communauté politique hongroise et (...) éléments constitutifs de la nation.

Les paragraphes 4 et 5 nouveaux de l'article IX doivent être appréciés en relation avec ces autres dispositions.

Ils doivent l'être essentiellement au regard du principe de la liberté d'expression, exprimé non seulement par le paragraphe 1 de l'article IX, mais aussi par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme couvrant la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées, et l'article 11 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

Ces textes prévoient la possibilité de certaines restrictions.

L'article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne stipule :

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

Plus généralement l'article 52 de la Charte européenne, déterminant la Portée et interprétation des droits et des principes, précise

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

La Cour européenne a précisé la ligne d'application de ces dispositions dans son arrêt du 7 décembre 1976, Handyside c/ RoyaumeUni, requête no 5493/72:

49. L'article 10 par. 2 (art. 10-2) n'attribue pas pour autant aux États contractants un pouvoir d'appréciation illimité. Chargée, avec la Commission, d'assurer le respect de leurs engagements (article 19) (art. 19), la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une "restriction" ou "sanction" se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10 (art. 10). La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa "nécessité". Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante. A cet égard, la Cour se réfère à l'article 50 (art. 50) de la Convention ("décision prise ou (...) mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité") ainsi qu'à sa propre jurisprudence (arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, série A no 22, pp. 41-42, par. 100).

Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique". La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou

inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi.

D'un autre côté, quiconque exerce sa liberté d'expression assume "des devoirs et des responsabilités" dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé. En recherchant, comme en l'espèce, si des "restrictions" ou "sanctions" tendaient à la "protection de la morale" qui les rendait "nécessaires" dans une "société démocratique", la Cour ne saurait faire abstraction des "devoirs" et "responsabilités" de l'intéressé.

Les restrictions à la liberté d'expression que les paragraphes 4 et 5 nouveaux de l'article IX prévoient d'établir portent sur trois objets :

- la dignité humaine d'autrui;
- la dignité de la nation hongroise
- la dignité des communautés nationales, ethniques, raciales ou religieuses.

La dignité humaine est au cœur des droits de l'homme : comme l'écrit le Professeur Renucci (Droit européen des droits de l'homme, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd. 2012, n°1), « *Dans le cadre des droits de l'homme, la notion de dignité est essentielle car elle apparaît comme le 'principe matriciel' par excellence qui constitue le socle des droits fondamentaux, voire leur raison d'être* ». Si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne la proclame pas expressément, la Cour européenne des droits de l'homme souligne que *A la lumière des instruments internationaux (paragraphes 22-24 ci-dessus) et de sa propre jurisprudence, la Cour souligne notamment que la tolérance et le respect de l'égalité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste* (4 décembre 2003, Gündüz c/ Turquie, Requête n° 35071/97); l'article 1er de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est consacré à la dignité humaine et proclame: *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.*

Ainsi les restrictions à la liberté d'expression peuvent être justifiées par la protection de la liberté humaine. Il faut seulement déterminer dans quelles conditions (cf infra).

Plus discutables sont les restrictions à la liberté d'expression en ce qui concerne les atteintes à la dignité de la nation hongroise. Car si importante que soit la reconnaissance d'une nation et si justifié que soit l'aménagement d'un statut la protégeant, la notion de dignité d'une nation est imprécise. Il y a un risque que des discours politiques critiquant l'action des pouvoirs publics soient considérés comme portant atteinte à cette dignité. La Cour européenne des droits de l'homme est très attentive au respect de la liberté d'expression en matière politique. Elle dit par exemple dans l'arrêt du 22 octobre 2007, *Lindon et autres c/ France*, requêtes n° 21279/02 et 36448/02:

46. L'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours et du débat politique – dans lequel la liberté d'expression revêt la plus haute importance (Brasilière c. France, no 71343/01, § 41, 11 avril 2006) – ou des questions d'intérêt général (voir notamment les arrêts Sürek c. Turquie (no 1) [GC], no 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV, et Brasilière, ibidem).

On voit mal d'ailleurs comment l'insertion des mots « *atteinte à la dignité de la nation hongroise* » peut être justifiée dans une disposition qui porte essentiellement sur la protection de diverses minorités. Il est de toute façon nécessaire que la loi précise de manière très

rigoureuse en quoi peut consister l'atteinte à la dignité de la nation hongroise en tenant pleinement compte de la nécessité de la liberté d'expression en ce domaine.

En ce qui concerne la dignité des communautés nationales, ethniques, raciales ou religieuses, on doit faire une distinction entre deux catégories.

La première concerne les communautés nationales. En réalité c'est plutôt au singulier que l'expression doit être considérée : il s'agit de la communauté nationale. En ce sens, elle ne se distingue pas de la nation hongroise. On renvoie donc à ce qui vient d'être dit à ce sujet.

La seconde catégorie est constituée par les communautés ethniques, raciales ou religieuses, qui se distinguent d'une part de la communauté nationale, d'autre part les unes des autres. Il s'agit souvent de minorités qui, en tant que telles, méritent d'être protégées. Des restrictions à la liberté d'expression pourraient à ce titre être justifiées. Le but de protéger les membres des minorités « ethniques, raciales ou religieuses » contre les expressions haineuses, etc. pour cause de leur appartenance à une telle minorité, se situe à l'intérieur des standards constitutionnels et européens généralement admis.

Dans l'affaire déjà citée Gündüz c/ Turquie, jugée le 4 décembre 2003, relative à des propos d'un membre d'une communauté religieuse considérés comme des discours de haine à l'égard d'autres groupes, la Cour européenne a affirmé qu'

40... en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse), si l'on veille à ce que les « formalités », « conditions », « restrictions » ou « sanctions » imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi (en ce qui concerne le discours de haine et l'apologie de la violence, voir, mutatis mutandis, Sürek c. Turquie (n° 1) [GC], n° 26682/95, § 62, CEDH 1999-IV).

1. Par ailleurs, nul doute que des expressions concrètes constituant un discours de haine, comme la Cour l'a noté dans l'affaire Jersild c. Danemark (arrêt du 23 septembre 1994, série A n° 298, p. 25, § 35), pouvant être insultantes pour des individus ou des groupes, ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 de la Convention.

Mais,

2. En conclusion, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce et nonobstant la marge d'appréciation des autorités nationales, la Cour considère que l'atteinte portée au droit à la liberté d'expression du requérant ne se fondait pas sur des motifs suffisants au regard de l'article 10.

Par conséquent, il y a matière à une appréciation très précise des circonstances pour constater une atteinte à la dignité d'un groupe donné. Le texte du paragraphe 5 est trop général pour permettre une telle appréciation.

Au demeurant, les dispositions des paragraphes 4 et 5 de l'article IX appellent, en vertu du paragraphe 3 de l'article I cité plus haut, l'adoption d'une loi pour les mettre en œuvre : seule une loi peut déterminer les restrictions à la liberté d'expression.

Dans l'arrêt Lindon et autres c/ France du 22 octobre 2007, déjà cité, la Cour européenne a eu l'occasion de préciser ce qu'il faut entendre par loi :

41. La Cour rappelle que l'on ne peut considérer comme une « loi » au sens de l'article 10 § 2 qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit pouvoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique.

La Cour rappelle également que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier ; aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte (voir, par exemple, *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, § 35, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, et *Chauvy et autres c. France*, no 64915/01, §§ 43-45, CEDH 2004-VI).

Le paragraphe 3 de l'article I, déjà cité, dispose expressément qu' *Un droit fondamental ne peut être restreint, afin de faire valoir un autre droit fondamental ou de protéger une valeur constitutionnelle, que dans une mesure absolument nécessaire et proportionnelle au but à atteindre et dans le respect du contenu essentiel du droit fondamental.*

Il importe donc que la loi prise pour l'application des paragraphes 4 et 5 se conforme très exactement à ces conditions pour que le nouveau dispositif qu'ils établissent soit considéré lui-même comme conforme aux normes et standards européens.

Les dispositions du 4^{ème} amendement relatives à l'enseignement supérieur (articles 6 et 7 du 4^{ème} amendement)

Au sujet de l'enseignement, le 4^{ème} amendement comporte deux séries de dispositions, respectivement à son article 6 et à son article 7, portant l'un sur les institutions, l'autre sur les étudiants de l'enseignement supérieur.

Les dispositions relatives aux institutions d'enseignement supérieur

Par l'article 6 du quatrième amendement, le paragraphe suivant est inséré dans l'article X du chapitre « Liberté et responsabilité » de la Loi fondamentale :

« (3) La Hongrie protège la liberté scientifique et artistique de l'Académie hongroise des sciences et de l'Académie hongroise des arts. Les établissements de l'enseignement supérieur

sont autonomes en ce qui concerne le contenu et la méthodologie des recherches et de la formation, leur régime organisationnel est réglementé par la loi. Le régime de gestion des établissements publics de l'enseignement supérieur est fixé par le Gouvernement dans les limites de la loi, la gestion est surveillée par le Gouvernement. »

Restent inchangées les dispositions initiales des paragraphes 1, 2 et 4 :

(1) La Hongrie protège la liberté de recherche scientifique et de création artistique ainsi que la liberté de l'apprentissage et, dans le cadre fixé par la loi, celle de l'enseignement afin d'acquérir des savoirs au plus haut niveau.

(2) L'État n'est pas autorisé à décider en matière de vérités scientifiques. Seules les personnes qui exercent une profession scientifique définissent la valeur des recherches scientifiques.

(4) Les établissements d'enseignement supérieur sont indépendants relativement au contenu et aux méthodes de recherche et d'enseignement qu'ils mettent en oeuvre, seules leur organisation et leur gestion sont fixées par la loi.

D'ailleurs la première phrase du paragraphe 3 reprend exactement celle de la version initiale. C'est donc seulement la seconde phrase qui lui a été ajoutée par le 4^{ème} amendement.

La seule nouveauté substantielle par rapport au texte antérieur consiste donc dans l'ouverture de la possibilité pour le gouvernement de fixer le « régime de gestion des établissements publics de l'enseignement supérieur » et de surveiller leur « gestion » dans les limites de la loi.

Les dispositions précédentes n'ont pas été soumises à des critiques substantielles. On a du mal à voir pourquoi l'appréciation devrait changer dès maintenant.

Reste à savoir si les modifications matérielles que l'on vient d'esquisser se prêtent à une appréciation différente.

Au vu du droit comparé européen, la nécessité de recourir au pouvoir législatif afin de fixer « le régime organisationnel » des établissements de l'enseignement supérieur, en combinaison avec l'autorisation faite à la loi de le faire, n'a rien d'extraordinaire. Pour les établissements publics, il s'agit au contraire d'une pratique normale dans beaucoup de pays. Pour les établissements privés (de formes diverses), il s'agit d'une pratique courante dès que les établissements en question sont autorisés à délivrer des diplômes reconnus par l'Etat et, *a fortiori*, dans la mesure où ils profitent de subventions publiques directes ou indirectes (par le financement des étudiants).

Etant donné que l'hypothèse de répercussions de l'organisation de tels établissements sur l'enseignement et la recherche ne peut pas être complètement écarté, il convient cependant de rappeler que le test final de la conformité du droit national aux standards européens dépendra, comme toujours, des textes législatifs adoptés, et notamment de leur mise en oeuvre.

En ce qui concerne « le régime de gestion », il convient d'abord de noter que l'autorité du gouvernement en la matière est explicitement limitée aux établissements publics, institutions travaillant comme partie de l'appareil public et financées selon les modalités fixées par le budget de l'Etat.

Dès lors que le critère principal (« gestion ») semble essentiellement viser les aspects financiers de la gestion de tels établissements, l'on aura du mal (toujours sous réserve de répercussions éventuellement inacceptables sur la liberté d'enseignement et de recherche) à y voir un problème à cet égard par rapport aux standards constitutionnels et européens communément admis.

Cette appréciation serait encore renforcée dans la mesure où la direction des établissements en question aura le droit de saisir la justice en cas de prétendues ingérences illégales ou même inconstitutionnelles de la part du ministre compétent.

Ainsi, sous réserve des observations insérées ci-dessus, les dispositions en question n'ont rien d'anormal.

Les dispositions relatives aux étudiants

Par l'article 7 du 4^{ème} amendement, le paragraphe (3) suivant est ajouté à l'article XI de la Loi fondamentale:

« (3) La loi peut subordonner l'aide financière octroyée au titre de la participation à l'éducation supérieure à la prise d'un emploi ou à l'exercice d'une activité entrepreneuriale pendant une durée déterminée, tel que prévus par le droit hongrois ».

L'article XI auquel est ajouté ce paragraphe 3 dispose :

(1) Tout citoyen hongrois a droit à la culture.

(2) La Hongrie assure ce droit par le déploiement et la généralisation de la culture, par le biais de l'enseignement primaire gratuit et obligatoire, de l'enseignement secondaire gratuit et accessible à tous et de l'enseignement supérieur accessible à tous en fonction de ses mérites et du soutien matériel, fixé par la loi, accordé aux personnes bénéficiaires de l'enseignement.

Des informations fournies par les autorités hongroises, il apparaît que les étudiants hongrois admis à l'enseignement supérieur ont le choix entre un financement privé (à l'aide des parents, d'institutions non-étatiques, etc.), un régime de prêts étatiques (plus ou moins subventionnés, mais en principe accessibles à tous) ou de bourses (avec la gratuité de l'enseignement) permettant de financer une partie plus ou moins importante des frais d'études. La disposition nouvelle soumise à examen ne concernerait que cette dernière hypothèse.

Puisqu'il pourrait s'agir d'une limitation à la liberté fondamentale relative à la circulation des personnes, et à la suite d'une intervention de la Cour constitutionnelle hongroise insistant sur la nécessité de donner à de telles règles une forme législative, c'est désormais au pouvoir législatif que la Loi fondamentale donne, par la nouvelle disposition, la possibilité d'en fixer les modalités.

On peut supposer qu'une partie importante du motif ayant entraîné l'idée d'introduire une telle possibilité dans la Loi fondamentale, c'est-à-dire au même niveau hiérarchique que celui des dispositions relatives à l'accès à l'enseignement supérieur, réside dans la crise financière actuelle non seulement en Hongrie mais dans une grande partie de l'Europe. Or même en temps « normal », il est bien connu que certains Etats où l'enseignement est réputé

de qualité et propose des conditions d'études avantageuses, fournissent une partie de professionnels (dont des médecins) à des pays étrangers dont les finances ne sont pas forcément plus mauvaises. Dans certaines disciplines scientifiques au moins, la Hongrie semble se retrouver précisément dans une telle situation. L'on comprend qu'une telle situation soit considérée comme un problème à la fois politique et financier.

A l'appui de leur démarche, les autorités hongroises évoquent l'exemple de l'École Nationale de la Magistrature en France, dont les étudiants signent un contrat selon lequel, à la suite d'une formation gratuite pendant 31 mois, ils doivent travailler pendant dix ans dans les structures de l'ordre juridictionnel français. Les mêmes solutions se retrouvent pour les études dans d'autres écoles (École polytechnique, École nationale d'administration notamment). Dans un grand nombre d'autres pays, des règles similaires s'imposent aux élèves de hautes écoles destinées à pourvoir certains services régaliens (armées, police, affaires étrangères ...) d'un nombre suffisant de fonctionnaires compétents.

Si de tels exemples ne concernent que les « écoles de service », non les établissements d'enseignement supérieurs « de droit commun », il n'est pas exclu de s'en servir pour appliquer la même solution à ces derniers, compte tenu à la fois de l'effort financier consenti par l'État pour permettre aux étudiants de suivre des études et des besoins de professionnels dans le pays.

Les modalités du dispositif prévu doivent cependant être précisées par la loi.

Concrètement, si *La loi peut subordonner l'aide financière octroyée au titre de la participation à l'éducation supérieure à la prise d'un emploi ou à l'exercice d'une activité entrepreneuriale pendant une durée déterminée, tel que prévus par le droit hongrois*, en réalité c'est au moment où l'aide financière est octroyée que le bénéficiaire sera informé de la condition mise à son octroi ; mais ce n'est qu'après la fin de ses études que la condition pourra être vérifiée : à ce moment seulement pourra s'apprécier la condition de l'exercice en Hongrie de l'activité professionnelle pour laquelle les études bénéficiant de l'aide ont été accomplies. Techniquement l'aide sera assortie d'une condition résolutoire.

Ce dispositif doit être apprécié au regard de la liberté d'exercice d'une activité professionnelle (particulièrement la liberté du travail et la liberté d'établissement) d'une part et de la liberté de circulation dans l'Union européenne d'autre part.

En premier lieu, il convient de souligner qu'il ne serait pas question de « travail forcé » en ce sens qu'une obligation d'accomplir un travail déterminé en Hongrie pendant une certaine période pourrait être imposée : les intéressés ne sont tenus ni de travailler ni de travailler en Hongrie, mais seulement de rembourser l'aide financière s'ils vont travailler ailleurs.

Si les étudiants veulent travailler dans un autre pays, ils peuvent durant leurs études renoncer à bénéficier d'une aide financière et, après leurs études, s'ils s'installent à l'étranger rembourser l'aide financière dont ils ont bénéficié.

Si les étudiants ne trouvent pas un travail approprié à leurs études en Hongrie compte tenu de l'état du marché du travail, ils ne devraient pas avoir à rembourser l'aide financière s'ils en trouvent un à l'étranger.

Ainsi la liberté professionnelle ne se trouverait pas entravée.

La liberté de circulation se trouve en cause en ce que l'obligation de rembourser l'aide financière reçue par les étudiants pendant leurs études s'ils se rendent à l'étranger pour travailler les inciterait à ne pas se déplacer.

La Cour de justice des Communautés européennes a eu plusieurs fois l'occasion de souligner que les étudiants doivent bénéficier de la liberté de circulation. Ainsi dans l'arrêt 13 février 1985, Françoise Gravier, affaire 293/83, elle affirme

23 La politique commune de formation professionnelle évoquée par l'article 128 du traité est donc en train de s'établir progressivement. Elle constitue d'ailleurs un élément indispensable des activités de la Communauté dont les objectifs comprennent, entre autres, la libre circulation des personnes, la mobilité de la main-d'œuvre et l'amélioration du niveau de vie des travailleurs.

24 En particulier, l'accès à la formation professionnelle est susceptible de favoriser la libre circulation des personnes dans l'ensemble de la Communauté, en leur permettant d'obtenir une qualification dans l'État membre où ils se proposent d'exercer leurs activités professionnelles et en leur procurant l'occasion de parfaire leur formation et de développer leurs talents particuliers dans l'État membre dont l'enseignement professionnel comporte la spécialisation appropriée.

25 Il résulte de tout ce qui précède que les conditions d'accès à la formation professionnelle relèvent du domaine d'application du traité.

Dans l'arrêt du 15 mars 2005, Dany Bidar, affaire C-209/03, elle affirme encore :

.42. (...) il convient de considérer que la situation d'un citoyen de l'Union qui séjourne légalement dans un autre État membre entre dans le champ d'application du traité au sens de l'article 12, premier alinéa, CE en vue de l'obtention d'une aide accordée aux étudiants, que ce soit sous la forme d'un prêt subventionné ou d'une bourse, et visant à couvrir ses frais d'entretien.

De même l'arrêt 18 novembre 2008, Jacqueline Förster, affaire C-158/07, elle rappelle:

36 Selon une jurisprudence constante, un citoyen de l'Union qui réside légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil peut se prévaloir de l'article 12 CE dans toutes les situations relevant du domaine d'application ratione materiae du droit communautaire (arrêts du 12 mai 1998, Martínez Sala, C-85/96, Rec. p. I-2691, point 63, et Bidar, précité, point 32).

37 Ces situations comprennent, notamment, celles relevant de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité et celles relevant de l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres conférée par l'article 18 CE (voir arrêts du 2 octobre 2003, Garcia Avello, C-148/02, Rec. p. I-11613, point 24, et du 12 juillet 2005, Schempp, C-403/03, Rec. p. I-6421, point 18).

38 À cet égard, la Cour a déjà jugé qu'un ressortissant d'un État membre qui se rend dans un autre État membre où il suit des études secondaires fait usage de la liberté de circuler garantie par l'article 18 CE (voir arrêts du 11 juillet 2002, D'Hoop, C-224/98, Rec. p. I-6191, points 29 à 34, et Bidar, précité, point 35).

Toutes ces affaires concernaient l'accès des ressortissants d'un Etat membre aux études et aux aides financières accordées dans un autre Etat: ont été condamnées les mesures de cet Etat leur refusant le bénéfice d'aides financières

Ici la solution est inverse : il s'agit de l'accès des étudiants ayant accompli leurs études et bénéficié d'une aide financière en Hongrie à une activité professionnelle dans un autre pays. Leur liberté de circulation se trouve réduite par l'obligation de rembourser l'aide financière.

On peut observer que, telle qu'elle est formulée, cette obligation s'imposerait à toutes les personnes ayant bénéficié d'une aide financière en Hongrie, sans distinction entre les nationalités (les étudiants étrangers seraient atteints autant que les étudiants hongrois).

Les considérations qui conduisent à établir cette obligation peuvent être reliées à celles que la Cour de justice a exprimées dans les arrêts déjà cités à propos de l'octroi d'aides aux étudiants.

Selon l'arrêt du 15 mars 2005, Bidar,

57 S'agissant d'une aide couvrant les frais d'entretien des étudiants, il est ainsi légitime pour un Etat membre de n'octroyer une telle aide qu'aux étudiants ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet Etat.

L'arrêt 18 novembre 2008, Jacqueline Förster, ajoute :

48 Dans l'arrêt Bidar, précité, la Cour a relevé que, bien que les États membres soient appelés à faire preuve, dans l'organisation et l'application de leur système d'assistance sociale, d'une certaine solidarité financière avec les ressortissants d'autres États membres, il est loisible à tout État membre de veiller à ce que l'octroi d'aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants provenant d'autres États membres ne devienne pas une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État (voir arrêt Bidar, précité, point 56).

49 La Cour a également souligné qu'il est légitime pour un État membre de n'octroyer une aide couvrant les frais d'entretien des étudiants qu'à ceux qui ont démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet État (arrêt Bidar, précité, point 57).

50 Sur la base de ces considérations, la Cour a conclu que l'existence d'un certain degré d'intégration peut être considérée comme établie par la constatation selon laquelle l'étudiant en cause a, pendant une certaine période, séjourné dans l'État membre d'accueil (arrêt Bidar, précité, point 59).

Ces considérations peuvent jouer à propos du régime des aides octroyées à des étudiants qui se rendent ensuite à l'étranger pour exercer leur activité professionnelle, et plus précisément de l'obligation pour eux de rembourser cette aide : cette solution peut être justifiée d'une part par la recherche d'une certaine intégration des étudiants dans la société de l'Etat qui leur accorde cette aide (la Hongrie), d'autre part par la volonté que l'octroi d'une telle aide ne constitue pas une charge déraisonnable.

Ainsi la liberté de circulation ne serait pas méconnue.

C'est dans le dispositif qui sera arrêté par la loi que pourront s'apprécier exactement les conditions de l'aide financière aux étudiants et que pourra être vérifiée leur conformité aux exigences de la liberté professionnelle et de la liberté de circulation. Mais on ne peut dire a priori que le dispositif du paragraphe 3 ajouté à l'article XI de la Loi fondamentale par l'article 7 du 4^{ème} amendement méconnaît ces exigences.

Les dispositions du 4^{ème} amendement relatives au logement et à la résidence habituelle sur le domaine public

(article 8 du 4^{ème} amendement)

Aux termes de l'article 8 du 4^{ème} amendement,

L'article XXII de la Loi fondamentale est remplacé par la disposition suivante :

- (1) La Hongrie s'efforce de garantir les conditions d'un logement digne et l'accès aux services publics pour tous.*
- (2) L'État et les collectivités locales contribuent à garantir les conditions d'un logement digne également par leurs efforts visant à assurer un logement à tous les sans-abris.*
- (3) En raison de la protection de l'ordre public, de la sécurité publique, de la santé publique et du patrimoine culturel, la loi ou l'arrêté d'une collectivité locale peut qualifier la résidence habituelle sur un domaine public comme illégale, si celle-ci concerne une partie spécifique du domaine public.*

Dans sa version initiale, l'article XXII ne comportait que la formule reprise à l'alinéa 1 de la version actuelle. Il n'y avait pas d'autre alinéa. Le 4^{ème} amendement a donc ajouté au texte initial les alinéas 2 et 3.

Le texte actuel comporte en réalité deux sortes de dispositions :

- les unes tendent à garantir l'accès à un logement digne ;
- les autres tendent à permettre de déclarer l'illégalité de la résidence habituelle sur le domaine public.

Sur la garantie de l'accès à un logement digne

Les dispositions de la Constitution hongroise, dans la version initiale comme dans la version amendée, sur l'accès à un logement digne correspondent à la reconnaissance au niveau constitutionnel des devoirs des autorités publiques pour le logement de leurs ressortissants. Les constitutions anciennes ne comportaient pas de telles dispositions.

Ce sont les constitutions récentes qui se prononcent sur le sujet (par ex. art. 21.4 de la Constitution hellénique du 9 juin 1975 ; art. 65 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 ; art. 47 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 ; art. 75.1 de la Constitution polonaise du 2 avril 1997).

Des Etats dont la Constitution ne comportait pas de disposition sur le logement ont pu cependant reconnaître des obligations pesant sur les pouvoirs publics à ce sujet. Ainsi, en France, le Conseil constitutionnel a reconnu comme un « objectif de valeur constitutionnelle » « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent » (décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995), et le législateur a reconnu le droit au logement opposable (loi du 5 mars 2007). On peut signaler aussi que le Tribunal Suprême de Monaco, dans deux décisions du 6 novembre 2001, a considéré que, si le droit au logement ne fait pas partie des droits et libertés consacrés par le titre III de la Constitution monégasque (1^{ère} décision), il n'en est pas moins reconnu par l'article 11-1 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, rendu exécutoire à Monaco (2^{ème} décision).

Au-delà des normes constitutionnelles, ce sont des normes internationales qui comportent des dispositions relatives aux devoirs des Etats en matière de logement.

Le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 qui vient d'être cité stipule à son article 11-1 :

«Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les Etats parties prendront des mesures appropriées pour la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie ».

Au niveau du Conseil de l'Europe l'article 31 de la Charte sociale européenne (révisée) reconnaît que

« I. Toute personne a droit au logement

II.: Droit au logement : En vue d'exercer l'exercice effectif du droit au logement, les Parties s'engagent à prendre des mesures destinées :

1. à favoriser l'accès au logement d'un niveau suffisant ;

2. à prévenir et à réduire l'état de sans-abri en vue de son élimination progressive ;

3. à rendre le coût du logement accessible aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes.

Le Comité européen des droits sociaux a pu prendre position sur l'application de cet article à plusieurs reprises, dans des décisions concernant la France (5 décembre 2007, 4 février 2008, 19 octobre 2009, 28 juin 2011, 24 avril 2012, 11 septembre 2012), l'Italie (7 décembre 2005, 25 juin 2006), les Pays-Bas (20 octobre 2009), le Portugal (30 juin 2006), la Slovénie (8 septembre 2009). Elles sont souvent sévères, par exemple à l'égard de la France (v. Annexe).

La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales est muette sur le droit au logement. Mais deux clauses ont pu être interprétées par la Cour européenne dans un sens allant vers la reconnaissance d'un droit au logement, sans que toutefois ce droit soit explicitement proclamé en tant que tel.

Il s'agit d'abord de l'article 8 de la Convention, sur le droit au respect de la vie privée et familiale. C'est lui qui était en cause dans l'affaire Wallova et Walla c/ République tchèque, n° 23848/04, jugée le 26 octobre 2006, relative à la mise en placement d'office des enfants d'une famille dont le logement était insuffisant. La Cour européenne a considéré les manquements des autorités publiques à l'égard de cette famille (v. extrait en annexe)

L'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne, relatif au droit au respect des biens, a également conduit la Cour européenne des droits de l'homme à reconnaître certains aspects du droit au logement.

Dans l'arrêt du 30 novembre 2004, Oneryildiz c/ Turquie, n° 48939/99, relative à l'accident causé par l'explosion d'une décharge sur laquelle étaient installés des taudis dont des habitants ont été tués, elle a reconnu les manquements des autorités publiques à leur devoir de veiller à la sécurité de l'habitat et le droit des intéressés sur le bien dans lequel ils étaient installés (v. extraits en annexe).

Ainsi, si le droit au logement n'a pas été expressément reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci n'en appelle pas moins les pouvoirs publics à prendre les mesures nécessaires pour assurer un logement décent à leurs ressortissants.

C'est exactement en ce sens que se situe le 4^{ème} amendement en assurant que (1) *La Hongrie s'efforce de garantir les conditions d'un logement digne et l'accès aux services publics pour tous* et que (2) *L'État et les collectivités locales contribuent à garantir les conditions d'un logement digne également par leurs efforts visant à assurer un logement à tous les sans-abris.*

Ce sont des dispositions très étroitement conformes aux normes européennes.

Sur la déclaration de l'illégalité de la résidence habituelle sur le domaine public

On peut être surpris qu'une disposition constitutionnelle soit consacrée à la reconnaissance de la possibilité de *qualifier la résidence habituelle sur un domaine public comme illégale si celle-ci concerne une partie spécifique du domaine public*. Ce dispositif relève à première vue de normes d'un niveau administratif et de solutions jurisprudentielles. C'est ainsi qu'en France, le Conseil d'Etat et les autres juridictions administratives ont souvent eu l'occasion de déclarer illégale une occupation privative du domaine public et d'ordonner en conséquence l'expulsion de l'occupant (pour des exemples récents : Conseil d'Etat 23 juillet 2010, SA PROMO METRO, N° 335132 Mentionné dans les tables du recueil Lebon ; 22 octobre 2010, M. Serge A, 335051 ; Publié au recueil Lebon ; 11 avril 2012, SOCIETE PRATHOTELS, N° 355356 ; 28 décembre 2012, l'association dénommée " La Forge de Belleville, N° 353459 ; 8 avril 2013, association ATLALR, N° 363738), y compris pour l'expulsion d'un logement (par ex. 17 mars 2008, M. A, N° 306461, Mentionné dans les tables du recueil Lebon ; 7 mars 2012, Mme Dominique A, N° 352367 : expulsion d'un logement).

On peut expliquer l'introduction dans une constitution de dispositions d'une portée d'apparence secondaire par l'acuité de certains problèmes, dont le constituant veut les résoudre au plus haut niveau de l'ordonnancement juridique. C'est ainsi que le 2^{ème} amendement à la Constitution des Etats-Unis garantit le droit du peuple de porter des armes, que le 18^{ème} amendement (abrogé ultérieurement par le 21^{ème} amendement) avait interdit la fabrication, la vente ou le transport de boissons alcooliques. De même ont été introduites dans

la Constitution de la Fédération suisse des dispositions sur le mode d'abattage du bétail (art. 25 bis), sur les boissons distillées (art.32 bis), l'absinthe (art. 32 ter), les boissons spiritueuses (art. 32 quater), sur l'interdiction des maisons de jeu (art. 35) etc...

Les dispositions du paragraphe 3) introduites dans l'article XXII par le 4^{ème} amendement s'expliquent, en relation avec les alinéas 1) et 2), par la volonté du constituant de permettre l'évacuation de personnes occupant illégalement le domaine public pour y établir un logement. C'est à ce sujet que doivent être prises en considération les normes européennes dont on vient de voir que, si elles ne reconnaissent pas expressément le droit au logement, imposent une certaine protection des personnes quant au logement dont elles doivent bénéficier.

Les décisions du Comité européen des droits sociaux et les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme déjà cités ont constaté les manquements de certains Etats pour ne pas avoir pris les dispositions nécessaires au logement ds personnes en difficulté, et particulièrement à l'installation de nomades dans des conditions convenables. Ils ont pu aussi condamner des évacuations injustifiées de personnes qui, même en s'étant installées illégalement sur une dépendance du domaine public, y avaient bénéficié d'une stabilité devant faire l'objet d'une certaine protection.

Mais la jurisprudence n'est pas univoque. Elle conduit tout autant à tenir compte des intérêts publics qui sont également en cause.

On peut ainsi relever deux séries d'appréciations.

Les unes condamnent le comportement des Etats.

Ainsi, dans la décision déjà citée du 5 décembre 2007, Mouvement international ATD Quart Monde c. France, Réclamation n° 33/2006, le Comité européen des droits sociaux émet une appréciation sévère sur les conditions d'expulsion des occupants de logements (v. extrait en annexe) :

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt Oneryildiz c/ Turquie, 30 novembre 2004, n° 48939/99, déjà citée, a jugé que les intéressés avaient été victimes d'une atteinte à leur bien (v. extrait en annexe). (Dans le même sens CEDH 24 septembre 2012, Yordanova c/ Bulgarie, n° 25446/06).

Mais d'autres arrêts approuvent les décisions des autorités nationales compte tenu des intérêts publics à protéger, sur lesquels ne peut prévoir la considération de l'ancienneté de l'occupation domaniale par des particuliers.

Tel est le cas de l'arrêt rendu le 18 janvier 2001 par la Cour européenne dans l'affaire CHAPMAN c. Royaume-Uni (n° 27238/95) au sujet du refus d'un permis de construire à une personne tsigane sur un terrain sur lequel elle s'était installée (v. annexe).

La Cour européenne est arrivée à la même conclusion dans les affaires Depalle c/ France (n° 34044/02) et Brosset-Tribollet (n° 34078/02), _régées en Grande Chambre par deux arrêts du 29 mars 2010 au sujet du refus de renouveler une autorisation, accordée depuis

longtemps, d'occuper une dépendance du domaine public maritime sur laquelle les intéressés avaient pu construire une maison d'habitation (v. annexe).

Cette jurisprudence peut être rapprochée de celle qu'ont rendue les juridictions françaises sur des sujets voisins.

Ainsi le Conseil d'Etat considère que l'interdiction de construire sur les dépendances du domaine public maritime correspond à la nécessité d'assurer la protection de ce domaine (cf les arrêts du 6 octobre 2010 et du 7 mars 2012 reproduits en annexe).

Ces précédents permettent d'apprécier les dispositions de l'article XXII 3) résultant du 4^{ème} amendement selon lesquelles *en raison de la protection de l'ordre public, de la sécurité publique, de la santé publique et du patrimoine culturel, la loi ou l'arrêté d'une collectivité locale peut qualifier la résidence habituelle sur un domaine public comme illégale, si celle-ci concerne une partie spécifique du domaine public.*

Il faut distinguer la formulation de l'illégalité et la sanction de l'illégalité.

La formulation de l'illégalité doit tendre à un certain but et donner lieu à certaines mesures.

Le but poursuivi est celui de la protection de quatre sortes d'intérêt : ordre public, sécurité publique, santé publique, patrimoine culturel. Il s'agit toujours d'intérêt public. Comme on l'a vu, la Cour européenne prend cette sorte d'intérêt en considération pour déterminer si une mesure telle que le refus d'un permis de construire ou l'expulsion d'une habitation peut être justifiée. Les buts dans lesquels le constituant hongrois a prévu l'illégalité d'une résidence habituelle sur le domaine public ne sont pas contestables.

Il a prévu que cette illégalité serait qualifiée par la loi ou l'arrêté. Il faut à ce sujet distinguer deux hypothèses.

La première est celle d'une disposition générale et impersonnelle qui déciderait que telle partie « spécifique » du domaine public ne peut être l'objet d'une résidence habituelle (comme c'est le cas en France *de l'article L. 2132-3 du code général de la propriété des personnes publiques selon lequel: " Nul ne peut bâtir sur le domaine public maritime ou y réaliser quelque aménagement ou quelque ouvrage que ce soit sous peine de leur démolition, de confiscation des matériaux et d'amende »*). Il n'y a aucun obstacle qui s'oppose à une telle formulation.

La seconde hypothèse est celle de la constatation dans un cas donné de l'illégalité d'une résidence habituelle sur une dépendance spécifique du domaine public. Est visé alors la réalisation effective de la résidence et constatée son illégalité : ce n'est pas à la loi ou à un arrêté de procéder à une telle constatation. Celle-ci revient normalement à un juge pour qu'en soient tirées les conséquences.

Tel qu'il est rédigé, le 3) de l'article XXII est seulement destiné à conférer aux autorités législatives et réglementaires le pouvoir de déterminer les dépendances du domaine public sur lesquelles la résidence habituelle est illégale. Il n'a ni pour objet ni pour effet de faire constater par la loi ou par l'arrêté dans chaque cas l'existence de l'illégalité.

Cette constatation relève du régime de la sanction de l'illégalité. Le paragraphe 3) est muet à ce sujet, mais il n'avait pas à régler lui-même le régime d'une telle sanction. Celui-ci

relève du droit commun des procédures destinées à faire cesser un comportement illégal d'un particulier.

Ces procédures comportent normalement l'intervention d'un juge, seul compétent pour apprécier l'illégalité du comportement d'un particulier et en tirer les conséquences.

Celles-ci peuvent être des sanctions pénales et aussi l'ordre de cesser le comportement, sous la menace du recours à la force pour procéder à l'expulsion du contrevenant.

C'est à ce stade que doivent être observées des garanties procédurales et prises en considération des circonstances de la situation particulière de l'occupant, notamment l'ancienneté de sa résidence, la tolérance dont elle a fait l'objet pendant une longue période, et l'absence d'une possibilité de relogement – autant de circonstances dont la Cour européenne a pu considérer qu'elles devaient dans certains cas être prises en compte au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de l'article 1 de son Premier protocole additionnel (Oneryildiz c/ Turquie, 30 novembre 2004, n° 48939/99, précité).

Le 3) nouveau de l'article XXII de la Constitution hongroise ne met pas en cause ces garanties. S'il permet de faire obstacle à l'installation d'une résidence habituelle sur certaines dépendances du domaine public déterminées par loi ou arrêté, il laisse ouvertes les mesures d'application ; celles-ci devront être prises dans le respect des droits des intéressés.

Dès lors, dans tout son dispositif, l'article XXII de la Constitution hongroise, tel qu'il résulte du 4^{ème} amendement, est conforme aux normes européennes.

Les dispositions du 4^{ème} amendement relatives à la justice constitutionnelle (article 12 du 4^{ème} amendement)

A. — Avant l'adoption du quatrième amendement, l'article 24, paragraphe 2, alinéa b) de la Loi fondamentale était conçu de la manière suivante :

(La Cour constitutionnelle)

b) supervise, sur initiative judiciaire, la compatibilité d'une norme juridique à appliquer dans une affaire spécifique avec la Loi fondamentale.

L'article 12, inscrit dans le quatrième amendement de la Loi fondamentale de la Hongrie, est rédigé, pour sa part, de la manière suivante :

(1) L'article 24, paragraphe (2), alinéa b) de la Loi fondamentale est remplacé par la disposition suivante :

(La Cour constitutionnelle)

« b) contrôle, sur initiative judiciaire, en urgence, mais au moins dans les trente jours, la compatibilité d'une norme juridique à appliquer dans une affaire spécifique avec la Loi fondamentale ».

Sur le fond, la disposition ne diffère pas, pour l'essentiel, de celle qu'elle modifie. Elle se borne à établir une règle de procédure supplémentaire. Elle invite la Cour constitutionnelle à statuer dans un délai — en l'occurrence, de trente jours — sur une question de constitutionnalité relative à une affaire pendante.

S'il est permis de s'interroger sur le temps relativement bref qui est laissé à la Cour pour s'exprimer — mais le même délai était déjà prévu à l'article 6, paragraphe 6 —, force est de constater que, dans d'autres Etats européens, il est généralement requis que la Cour s'exprime dans un délai déterminé dès l'instant où elle est saisie, de manière incidente — c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure constitutionnelle déjà engagée —, et ce afin de ne pas retarder inutilement le règlement du différend en cours.

B. — Avant l'adoption du quatrième amendement, l'article 24, paragraphe 2, alinéa e) de la Loi fondamentale était conçu de la manière suivante :

(La Cour constitutionnelle)

e) supervise, sur l'initiative du Gouvernement, d'un quart des députés ou du médiateur des droits fondamentaux, la compatibilité des normes juridiques avec la Loi fondamentale.

Cet alinéa est remplacé par la disposition suivante :

(La Cour constitutionnelle)

« e) contrôle, sur l'initiative du Gouvernement, d'un quart des députés, du président de la Cour Suprême (Kúria), du Procureur général ou du médiateur des droits fondamentaux, la compatibilité des normes juridiques avec la Loi fondamentale ».

La disposition donne au président de la Cour suprême et au Procureur général le droit de saisir la Cour constitutionnelle d'un recours visant à vérifier la compatibilité des normes juridiques, au sens de l'article T, paragraphe 2, avec la Loi fondamentale. Elle élargit ainsi le nombre des autorités habilitées à saisir la Cour. L'on n'aperçoit pas quelles seraient les objections juridiques qui pourraient être adressées à pareille réforme.

C. — Avant l'adoption du quatrième amendement, l'article 24, paragraphes 4 et 5 de la Loi fondamentale étaient rédigés de la manière suivante :

(4) La Cour constitutionnelle est composée de quinze membres élus pour une durée de douze ans par l'Assemblée nationale, à la majorité des deux tiers des députés. L'Assemblée nationale élit, à la majorité des deux tiers des députés, le président de la Cour constitutionnelle, parmi les membres de celle-ci. Le mandat de président dure jusqu'à l'expiration de son mandat de juge constitutionnel. Les membres de la Cour constitutionnelle ne peuvent être membres d'un parti et ne peuvent mener aucune activité politique

Les règles détaillées de compétence, d'organisation et de fonctionnement de la Cour constitutionnelle sont déterminées par une loi organique.

L'article 12, § 3, inscrit dans le quatrième amendement de la Loi fondamentale de la Hongrie, est rédigé de la manière suivante :

(3) *L'article 24, paragraphes (4) et (5) de la Loi fondamentale sont remplacés par les dispositions suivantes :*

« (4) Une disposition d'une norme juridique dont le contrôle n'a pas été sollicité, ne peut être examinée ou annulée par la Cour constitutionnelle qu'au cas où le contenu de celle-ci est étroitement lié à la disposition d'une norme juridique dont le contrôle est sollicité.

(5) La Cour constitutionnelle ne peut contrôler la Loi fondamentale ou aucun amendement de celle-ci qu'à l'égard des exigences procédurales relatives à son élaboration et à sa promulgation, sous les conditions fixées par la Loi fondamentale. Ce contrôle peut s'effectuer:

a) sur l'initiative du Président de la République, s'agissant de la Loi fondamentale adoptée, mais non encore promulguée, ainsi que de tout amendement de la Loi fondamentale ;

b) sur l'initiative du Gouvernement, d'un quart des députés, du président de la Cour Suprême (Kúria), du Procureur général ou du médiateur des droits fondamentaux, dans un délai de trente jours à compter de la date de sa promulgation. »

Il est renvoyé à ce propos aux commentaires qui ont déjà été formulés à propos de la composition de la Cour constitutionnelle, de la saisine d'office de dispositions législatives et du contrôle de dispositions constitutionnelles au regard des exigences de procédure inscrites dans la Loi fondamentale.

D. — L'article 19, § 2, inscrit dans le quatrième amendement de la Loi fondamentale de la Hongrie, est conçu de la manière suivante :

(Dispositions finales et diverses)

(2) Le point 5 de la Loi fondamentale est remplacé par la disposition suivante :

« 5. Les décisions de la Cour constitutionnelle prises avant l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale sont abrogées. Cette disposition est sans préjudice des effets juridiques produits par lesdites décisions ».

Si l'on cherche à comprendre le sens de cette disposition, il est indispensable de rappeler que, selon la Profession de foi nationale, « le 2 mai 1990 constitue... la date à laquelle notre nation a retrouvé son autodétermination perdue le 19 mars 1944, avec l'instauration d'une représentation populaire issue des premières élections libres ».

La même date du 2 mai 1990 est considérée « comme le début de la nouvelle démocratie et du nouvel ordre constitutionnel de notre pays ». Voy. aussi la formule inscrite dans les Fondements, article R, paragraphe 1^{er}.

L'on sait, par ailleurs, que la Loi fondamentale de la Hongrie du 25 avril 2011 n'est, aux termes de la première des dispositions finales, entrée en vigueur que « le 1^{er} janvier 2012 ».

Pour tenir compte de ces données chronologiques — dont l'importance politique ne saurait évidemment être ignorée ou sous-estimée¹² —, comment convient-il d'interpréter la règle

¹² J.-P. MASSIAS, « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », in *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives* (dir. S. MILACIC), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 117.

inscrite dans les dispositions finales et diverses de la Loi fondamentale et qui vise à « abroger », tout en maintenant leurs effets juridiques, les décisions prises par la Cour constitutionnelle avant le 1^{er} janvier 2012 ?

L'on ne sait si le mot « abrogé », sous réserve d'une vérification de la traduction française de cette dénomination, est la plus heureuse en la circonstance. L'abrogation concerne, d'ordinaire, une règle — en l'occurrence, un texte législatif ou réglementaire —. Elle est l'œuvre de l'autorité qui était initialement compétente pour adopter cette disposition normative. L'abrogation ne peut avoir d'effet rétroactif. Elle opère ex nunc. Elle ne peut porter que sur des situations futures. En d'autres termes, le texte abrogé cesse, en principe, de produire ses effets pour l'avenir.

Dans le sens usuel du terme, le mécanisme de l'abrogation s'applique moins à des décisions de justice et, a fortiori, à ce qu'il est convenu d'appeler une « jurisprudence ».

De telles considérations de terminologie mises à part, l'on aperçoit mal quelles seraient les objections juridiques qui pourraient être opposées à une norme qui rend explicite l'idée qu'une nouvelle constitution s'impose à la place de celle qui la précède.

A notre sens, la disposition finale — qui s'inscrit dans le prolongement de l'article C, paragraphe 1er, de la Loi fondamentale qui consacre le principe de la « séparation des pouvoirs » — ne peut se comprendre que de quatre manières. Il y a lieu, en effet, de distinguer quatre situations distinctes. Elles se singularisent à raison de leur objet et du moment où elles sont apparues ou pourraient apparaître.

1. — Il convient, d'abord, d'envisager le sort des décisions de la Cour constitutionnelle qui ont été rendues avant que le quatrième amendement à la Loi fondamentale n'ait été adopté et qui étaient fondées sur des dispositions désormais dépourvues d'un fondement constitutionnel.

Il importe de souligner que les effets que ces décisions ont pu produire ne sont pas mis en cause. Il n'empêche que, pour l'avenir, ces décisions et les motivations qui les sous-tendent ne sauraient servir de soutien valable à d'autres décisions de la Cour constitutionnelle.

Celle-ci ne pourra plus fonder de nouvelles décisions sur des dispositions qui n'existent plus. A fortiori, elle ne pourra prendre en considération les décisions de justice qui avaient pu trouver un fondement dans ces dispositions.

2. — Il faut, ensuite, avoir égard aux décisions rendues avant le quatrième amendement à la Loi fondamentale. En principe, elles restent valables. Elles conservent leur pertinence juridique — à titre, par exemple, de considérations doctrinales — à condition, bien entendu, que les dispositions constitutionnelles sur lesquelles elle se fondaient restent en vigueur, c'est-à-dire, se retrouvent inscrites, de manière on ne peut plus concrète, dans la Loi fondamentale, telle qu'elle est désormais formulée après le quatrième amendement.

A ce titre, ces décisions peuvent contribuer à l'élaboration d'une jurisprudence cohérente qui s'établira au départ des dispositions — maintenues ou amendées — de la Loi fondamentale.

3. — Il faut encore tenir compte des décisions qui sont rendues depuis l'adoption du quatrième amendement et au départ du texte coordonné de la Loi fondamentale. Celle-ci formule désormais une règle d'interprétation de ses propres dispositions. Les juges constitutionnels gagneront à motiver leurs décisions en se fondant sur les dispositions constitutionnelles, telles qu'elles sont en vigueur, plutôt que sur les décisions antérieures de la Cour dont il faut rappeler qu'elles ont été rendues dans un contexte politique particulier et dans un ordre constitutionnel imprécis. Il s'agit là d'une directive d'interprétation formulée par l'auteur même de la règle constitutionnelle, ce qui ne saurait être considéré comme répréhensible.

4. — Il faut, enfin, envisager les décisions qui seront prises sur la base des dispositions inscrites dans le quatrième amendement à la Loi fondamentale. La Cour constitutionnelle ne pourra tirer profit de la jurisprudence qui était la sienne dans ces matières nouvelles. A l'occasion des dossiers qui lui seront soumis, il lui reviendra, par conséquent, de définir, dans l'exercice des compétences qui sont les siennes, les règles qui lui permettront d'interpréter et de procurer application effective aux dispositions coordonnées de la Loi fondamentale.

Les dispositions du 4^{ème} amendement relatives à l'ordre juridictionnel (article 14 du 4^{ème} amendement)

Aux termes de l'article 14 du 4^{ème} amendement,

A l'article 27 de la Loi fondamentale, le paragraphe (4) suivant est ajouté :

« (4) En vue d'assurer l'exercice du droit fondamental relatif à la décision juridictionnelle prise dans un délai raisonnable, ainsi que d'assurer un volume de travail équilibré des tribunaux, dans le cas des délibérations dans les affaires définies par loi organique, le président de l'Office national de la justice, peut, conformément aux dispositions d'une loi organique, désigner une juridiction disposant des mêmes pouvoirs que le tribunal à compétence générale au lieu de ce dernier ».

Les trois premiers alinéas de la Loi fondamentale promulguée le 25 avril 2011 restent inchangés :

- (1) Le tribunal – sauf disposition contraire de la loi – statue en chambre.*
- (2) Des juges non professionnels peuvent également participer à la juridiction dans des affaires et de la manière déterminées par la loi.*
- (3) Seul un juge professionnel peut agir en tant que juge unique ou président d'une chambre. Dans des affaires déterminées par la loi, le secrétaire du tribunal peut agir avec la compétence du juge unique. Le paragraphe (1) de l'article 26 doit s'appliquer pour le secrétaire du tribunal lors de cette activité.*

Ces dispositions font partie de celles qui sont consacrées aux tribunaux (art. 25 à 28). Doit y être relevée notamment celle de l'article 26 selon laquelle 1) *Les juges sont*

indépendants et ne sont soumis qu'à la loi ; aucune instruction ne peut leur être donnée dans leur activité de jugement.

Ces dispositions doivent être reliées aussi à celles de l'article XXVIII : 1) Chacun a droit à ce que les accusations portées contre lui, ainsi que ses droits et ses obligations, soient examinés dans un délai raisonnable, selon la procédure légale, au cours d'un procès public, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi.

Le dispositif nouveau de l'article 27 4) a pour objet et pour effet de permettre au président de l'Office national de justice de transférer une affaire d'un tribunal à un autre ayant la même compétence générale et les mêmes pouvoirs. Le motif d'une telle mesure est de permettre de trancher un litige dans un délai raisonnable et d'assurer une répartition équilibrée des affaires entre les tribunaux. Il conduit à désigner, non pas une juridiction spécialisée, mais un tribunal de même type, de même compétence et de mêmes pouvoirs que celui qui aurait été normalement compétent. En réalité la solution consiste en un changement dans la répartition des compétences territoriales des tribunaux mais non dans la répartition des compétences matérielles.

Le but poursuivi correspond d'une part aux prescriptions de l'article 6. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon lequel les décisions de justice doivent être rendues dans un délai raisonnable, d'autre part à la volonté d'assurer une bonne administration de justice (formule que l'on trouve dans des législations et jurisprudences étrangères, par exemple en France – v. annexe).

La question est de savoir si une décision de transfert d'un litige d'un tribunal à un autre ne risque pas d'apparaître comme une mesure destinée à faire trancher un litige par un tribunal spécialement choisi pour qu'il se prononce dans un sens donné. Ainsi serait violé le principe d'impartialité qui, selon notamment l'article 6.1 de la Convention européenne et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est essentiel.

La notion d'impartialité a été précisée par la Cour européenne en distinguant l'impartialité subjective et l'impartialité objective. L'arrêt initial à ce sujet est celui du 1er octobre 1982, Piersack c. Belgique no 8692/79). La Cour y donne une définition générale: 30. *Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime.*

La distinction a été précisée ultérieurement, en particulier dans l'arrêt du 24 mai 1989, Hauschildt c/ Damemark, n° 10486/83:

46. *Aux fins de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, entre autres, l'arrêt De Cubber du 26 octobre 1984, série A no 86, pp. 13-14, par. 24).*

47. *Quant à la première, ni devant la Commission ni devant la Cour le requérant n'a taxé de parti pris les juges concernés. Au demeurant, l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à la preuve du contraire, non fournie en l'espèce.*

Reste donc l'appréciation objective.

48. *Elle consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus. Doit donc se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité (voir, mutatis mutandis, l'arrêt De Cubber précité, série A no 86, p. 14, par. 26).*

Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif (arrêt Piersack du 1er octobre 1982, série A no 53, p. 16, par. 31). L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées.

La Cour de justice des Communautés européennes (désormais de l'Union européenne) adopte la même analyse. Ainsi dans l'arrêt (grande chambre) du 1^{er} juillet 2008, Chronopost SA, La Poste, c/ Union française de l'express (UFEX) et autres, affaires jointes C-341/06 P et C-342/06 P, elle affirme :

54 *Deuxièmement, l'exigence d'impartialité recouvre deux aspects. D'une part, le tribunal doit être subjectivement impartial, c'est-à-dire qu'aucun de ses membres ne doit manifester de parti pris ou de préjugé personnel, l'impartialité personnelle se présumant jusqu'à preuve du contraire. D'autre part, le tribunal doit être objectivement impartial, c'est-à-dire qu'il doit offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir en ce sens, notamment, Cour eur. D. H., arrêts Fey c. Autriche du 24 février 1993, série A n° 255-A, p. 12, § 28; Findlay c. Royaume-Uni du 25 février 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I, p. 281, § 73, ainsi que Forum Maritime SA c. Roumanie du 4 octobre 2007, n°s 63610/00 et 38692/05, non encore publié au Recueil des arrêts et décisions).*

(dans le même sens encore CJCE 19 février 2009, Koldo Gorostiaga Atxalandabaso, affaire C-308/07 P).

Le texte de l'article 27 4) de la Loi fondamentale hongroise résultant du 4^{ème} amendement soulève essentiellement, de manière générale, la question de l'impartialité objective. Il pourrait le cas échéant pallier le risque d'une partialité subjective.

De manière générale, un justiciable dont l'affaire serait, par décision du président de l'Office national de justice, transférée du tribunal normalement compétent à un autre tribunal pourrait avoir le sentiment que ce transfert est destiné à favoriser la solution de l'affaire dans un certain sens. Ce sentiment pourrait être infondé subjectivement car le président de l'Office aurait adopté la décision de transfert exclusivement dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, et particulièrement pour que l'affaire soit jugée dans un délai raisonnable et pour assurer une répartition équilibrée du travail entre les tribunaux. Il n'en reste pas moins que, selon la formule célèbre, *Justice must not only be done, it must seem to be done.*

Mais, comme l'affirme la Cour européenne (notamment 6 juin 2000, Morel c/ France no 34130/96), *pour se prononcer sur l'existence, dans une espèce donnée, d'une raison légitime de craindre d'une juridiction un défaut d'impartialité, le point de vue du ou des intéressés entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant*

consiste à savoir si les appréhensions de ceux-ci peuvent passer pour objectivement justifiées (v. extraits en annexe).

Le changement inopiné dans la composition d'un tribunal aussitôt avant l'ouverture des débats a pu, en relation avec d'autres circonstances (transfert tardif des requérants, brièveté des débats et, surtout, circonstance que des éléments de preuve très importants ne furent pas produits et discutés de manière adéquate à l'audience, en présence des accusés et sous le contrôle du public) ont contribué à la violation de l'article 6.1 de la Convention européenne (CEDH 6 décembre 1988, Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne, Requête no 10590/83 – v. extrait en annexe). Implicitement, à lui seul, le changement de la composition du tribunal pourrait ne pas compromettre l'impartialité objective de celui-ci.

C'est pourquoi on ne peut affirmer que, par principe même, la possibilité pour le président de l'Office national de justice de transférer une affaire d'un tribunal à un autre est de nature à méconnaître les exigences d'une impartialité objective. Mais ce risque ne peut être écarté.

Pour l'éviter, il faut que la loi organique dont l'article 27 4) prévoit l'adoption pour son application précise les conditions et les critères en vertu desquels le président de l'Office national de justice pourra décider le transfert de certaines affaires d'un tribunal à un autre. Il serait souhaitable que le pouvoir de transférer des affaires d'un tribunal à un autre ne s'exerce que pour une catégorie d'affaires et non pour une affaire déterminée. Cela correspondrait au motif de rééquilibrage de la charge des tribunaux et de la recherche de délais raisonnables de jugement, qui doit s'appliquer, non à une seule d'affaires, mais à une série d'affaires. Ainsi ce pouvoir devrait s'exercer par une mesure générale, non par une mesure propre à une affaire.

Mais, pour une affaire donnée, des risques de partialité subjective peuvent apparaître. Il en est ainsi notamment si les membres d'un tribunal ont déjà pris position sur une question, ou encore si une affaire est d'une acuité particulièrement sensible dans l'endroit où le tribunal normalement compétent doit la juger (cas par exemple d'un crime qui soulève des passions dans la ville où il a été commis, et dont les habitants réclament une répression sévère).

Dans le premier cas, les possibilités de récusation permettent normalement d'éviter qu'un membre d'un tribunal puisse siéger, s'il ne s'est pas de lui-même « déporté ». Il pourrait être envisagé, si c'est tout le tribunal qui est suspect de partialité subjective, d'attribuer l'affaire à un autre tribunal.

Dans le second cas, c'est, non pas la partialité personnelle des membres du tribunal qui est en cause, mais le climat dans lequel ils sont amenés à juger. Pour assurer la sérénité de la justice, l'affaire peut être confiée à un tribunal situé dans une autre région (c'est ce que l'on appelle en France le « dépaysement » d'un procès).

Dans ces deux cas, la possibilité de reconnaître à une autorité, telle que le président de l'Office national de justice, d'attribuer l'affaire à une juridiction autre que celle qui serait normalement territorialement compétente, serait de nature à assurer l'impartialité de la justice.

L'article 27 4) nouveau de la Loi fondamentale prévoit pour son application l'adoption d'une loi organique. Celle-ci doit fixer de manière précise les conditions et les critères en

vertu desquels le transfert de certaines affaires d'un tribunal à un autre pourrait être décidé par le président de l'Office national de justice.

C'est en définitive le contenu de cette loi organique qui permettra d'apprécier la portée du 4^{ème} amendement en la matière au regard des normes européennes.

CONCLUSION

Au bénéfice des observations qui précèdent, les soussignés sont d'avis que les dispositions du 4^{ème} amendement de la Loi fondamentale de Hongrie :

- sont conformes aux normes et standards européens ou compatibles avec eux en ce qui concerne :

- * la définition du mariage
- * le contrôle des révisions constitutionnelles
- * le rappel sous forme de déclaration de crimes commis sous le régime communiste en ce qu'ils ne font l'objet d'aucune définition nouvelle
- * la reconnaissance et le statut des Eglises
- * la réglementation de la publicité politique
- * la réglementation des institutions d'enseignement supérieur et du régime des aides financières des étudiants exerçant après leurs études leur activité professionnelle à l'étranger
- * le droit au logement et la définition de l'illégalité de l'occupation du domaine public
- * la justice constitutionnelle ;

- sont conformes aux normes et standards européens ou compatibles avec eux dans la mesure où elles sont interprétées dans le sens qu'ils imposent en ce qui concerne :

- * la détermination de la relation familiale dans la mesure où elle n'exclut pas une relation autre que celles du mariage et de la filiation
- * le régime de la prescription de crimes commis sous le régime communiste dans la mesure où il ne rouvre pas le délai de prescription lorsque celui est déjà expiré
- * la divulgation de données à caractère personnel relatives au rôle et aux actes des anciens dirigeants communistes dans la mesure où sont respectés la présomption d'innocence et le droit à la protection de la vie privée
- * la diminution des pensions et autres indemnités allouées aux anciens dirigeants communistes dans la mesure où, les sommes ainsi récupérées étant affectées à l'indemnisation des victimes, elle peut être considérée comme la privation d'un bien dans un but d'intérêt public
- * la limitation de la liberté d'expression pour les atteintes à la dignité humaine, à la dignité des communautés ethniques, raciales ou religieuses dans la mesure strictement nécessaire à la protection de droits fondamentaux
- * l'organisation juridictionnelle dans la mesure où le transfert de litiges d'un même type de tribunal à un autre est organisé sur la base de critères objectifs ;

- sont contestables au regard des normes et standards européens en ce qui concerne :

* la déclaration du caractère imprescriptible de crimes commis sous le régime communiste dans la mesure où ils étaient déjà prescrits

* l'obligation d'admettre des allégations factuelles relatives à des comportements sous le régime communiste

* la limitation de la liberté d'expression pour les atteintes à la dignité de la nation hongroise et à celle de la communauté nationale, notions trop imprécises.

Dans tous les cas, les dispositions législatives qui doivent être prises pour assurer la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles doivent comporter les garanties nécessaires au respect des droits et libertés fondamentaux, tels qu'ils sont déterminés par la Loi fondamentale ainsi que par les normes et standards européens.

Le 1^{er} mai 2013

Francis Delpérée

Pierre Delvolvé

Eivind Smith

ANNEXES

Annexes de l'Introduction

Extraits d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni* (Requête n°5493/72)

48. *La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme (arrêt du 23 juillet 1968 sur le fond de l'affaire "linguistique belge", série A no 6, p. 35, par. 10 in fine). La Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes (article 26) (art. 26).*

Ces constatations valent, entre autres, pour l'article 10 par. 2 (art. 10-2). En particulier, on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale". L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre. La Cour note à cette occasion que si l'adjectif "nécessaire", au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), n'est pas synonyme d'"indispensable" (comp., aux articles 2 par. 2 et 6 par. 1 (art. 2-2, art. 6-1), les mots "absolument nécessaire" et "strictement nécessaire" et, à l'article 15 par. 1 (art. 15-1), le membre de phrase "dans la stricte mesure où la situation l'exige"), il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'"admissible", "normal" (comp. l'article 4 par. 3 (art. 4-3)), "utile" (comp. le premier alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1)), "raisonnable" (comp. les articles 5 par. 3 et 6 par. 1 (art. 5-3, art. 6-1)) ou "opportun". Il n'en appartient pas moins aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de "nécessité".

Dès lors, l'article 10 par. 2 (art. 10-2) réserve aux États contractants une marge d'appréciation. Il l'accorde à la fois au législateur national ("prévues par la loi") et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur (arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, série A no 22, pp. 41-42, par. 100; comp., pour l'article 8 par. 2 (art. 8-2), l'arrêt de Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A no 12, pp. 45-46, par. 93, et l'arrêt Golder du 21 février 1975, série A no 18, pp. 21-22, par. 45).

49. *L'article 10 par. 2 (art. 10-2) n'attribue pas pour autant aux États contractants un pouvoir d'appréciation illimité. Chargée, avec la Commission, d'assurer le respect de leurs engagements (article 19) (art. 19), la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une "restriction" ou "sanction" se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10 (art. 10). La marge nationale d'appréciation va*

donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa "nécessité". Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante. A cet égard, la Cour se réfère à l'article 50 (art. 50) de la Convention ("décision prise ou (...) mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité") ainsi qu'à sa propre jurisprudence (arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, série A no 22, pp. 41-42, par. 100).

Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique". La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi.

D'un autre côté, quiconque exerce sa liberté d'expression assume "des devoirs et des responsabilités" dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé. En recherchant, comme en l'espèce, si des "restrictions" ou "sanctions" tendaient à la "protection de la morale" qui les rendait "nécessaires" dans une "société démocratique", la Cour ne saurait faire abstraction des "devoirs" et "responsabilités" de l'intéressé.

50. Dès lors, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier sous l'angle de l'article 10 (art. 10) les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

Son contrôle se révélerait cependant en général illusoire si elle se bornait à examiner ces décisions isolément; elle doit les envisager à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la publication dont il s'agit et les arguments et moyens de preuve invoqués par le requérant dans l'ordre juridique interne puis sur le plan international. Il incombe à la Cour de déterminer, sur la base des divers éléments en sa possession, si les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier les mesures concrètes d'"ingérence" qu'elles adoptent sont pertinents et suffisants au regard de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) (comp., pour l'article 5 par. 3 (art. 5-3), l'arrêt Wemhoff du 27 juin 1968, série A no 7, pp. 24-25, par. 12, l'arrêt Neumeister du 27 juin 1968, série A no 8, p. 37, par. 5, l'arrêt Stögmüller du 10 novembre 1969, série A no 9, p. 39, par. 3, l'arrêt Matznetter du 10 novembre 1969, série A no 10, p. 31, par. 3, et l'arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971, série A no 13, p. 42, par. 104).

26 avril 1979 Affaire Sunday Times c/ Royaume-Uni (Requête no 6538/74)

C. L'ingérence était-elle "nécessaire, dans une société démocratique", pour garantir l'autorité du pouvoir judiciaire?

58. D'après les requérants et la majorité de la Commission, ladite ingérence n'était pas "nécessaire" au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2). Le Gouvernement approuve la minorité de la Commission d'avoir abouti à la conclusion contraire; il s'appuie en particulier sur la marge d'appréciation dont la Chambre des Lords bénéficiait en la matière.

59. Par son arrêt *Handyside* précité, la Cour a déjà indiqué comment elle comprend les mots "nécessaire dans une société démocratique", la nature de ses fonctions lors de l'examen des questions les concernant et la manière dont elle s'en acquittera.

Elle a noté que si l'adjectif "nécessaire", au sens de l'article 10 par. 2 (art. 10-2), n'est pas synonyme d'"indispensable", il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'"admissible", "normal", "utile", "raisonnable" ou "opportun" et implique l'existence d'un "besoin social impérieux" (p. 22, par. 48).

Il incombe au premier chef à chacun des États contractants, a-t-elle souligné ensuite, d'assurer la jouissance des droits et libertés consacrés par la Convention. Partant, "l'article 10 par. 2 (art. 10-2) (leur) réserve (...) une marge d'appréciation" qu'il "accorde à la fois au législateur national (...) et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les textes en vigueur" (p. 22, par. 48).

Il ne leur "attribue pas pour autant (...) un pouvoir d'appréciation illimité": "(...) la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une 'restriction' (...) se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10 (art. 10)"; "la marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen" qui "porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante" (*ibidem*, p. 23, par. 49).

De la combinaison de ces principes, la Cour a déduit qu'elle "n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes", mais de contrôler "sous l'angle de l'article 10 (art. 10) les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation" (*ibidem*, p. 23, par. 50).

Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable. Même un État contractant qui agit de la sorte reste soumis au contrôle de la Cour quant à la compatibilité de son comportement avec les engagements résultant pour lui de la Convention. La Cour persiste à ne pas souscrire à la thèse contraire que Gouvernement et majorité de la Commission avaient plaidée en substance dans l'affaire *Handyside* (pp. 21-22, par. 47).

D'autre part, le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10 par. 2 (art. 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 en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences" (p. 22, par. 48). 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 (art. 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.

22 octobre 1981 Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni (Requête no 7525/76)

49. Sans contredit, une certaine réglementation pénale du comportement homosexuel masculin, comme du reste d'autres formes de comportement sexuel, peut se justifier comme "nécessaire dans une société démocratique". En la matière, le droit pénal a pour fonction globale - selon les termes du rapport *Wolfenden* (paragraphe 17 ci-dessus) - "de préserver l'ordre et la décence publics [comme] de protéger le citoyen contre ce qui choque ou blesse". Cette nécessité d'un contrôle peut s'étendre même à des actes accomplis d'un commun

accord et en privé, notamment quand il s'impose – pour citer à nouveau le rapport Wolfenden - "de fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, en particulier des personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale". De fait, tous les États membres du Conseil de l'Europe possèdent une législation en ce domaine, mais le droit nord-irlandais se distingue de celui de la grande majorité d'entre eux en prohibant indécence grave entre hommes et buggery de manière générale et en toute circonstance. Une fois reconnue la "nécessité" de légiférer pour prémunir des fractions données de la société, de même que l'éthique de celle-ci dans son ensemble, il s'agit en l'occurrence de rechercher si les dispositions incriminées du droit nord-irlandais et leur application restent dans le cadre de ce que, dans une société démocratique, on peut estimer nécessaire pour atteindre ces objectifs.

50. Une série de principes à observer pour évaluer la "nécessité", "dans une société démocratique", d'une mesure prise dans un but légitime au regard de la Convention se dégagent de la jurisprudence de la Cour.

51. Tout d'abord, l'adjectif "nécessaire" n'a pas dans ce contexte la souplesse de mots tels qu'"utile", "raisonnable" ou "opportun"; il implique l'existence d'un "besoin social impérieux" de recourir à l'ingérence considérée (arrêt Handyside précité, p. 22, par. 48).

52. En second lieu, il appartient aux autorités nationales de juger les premières, dans chaque cas, de la réalité de pareil besoin; les États contractants gardent donc une marge d'appréciation (ibidem). Néanmoins, leur décision reste soumise au contrôle de la Cour (ibidem, p. 23, par. 49).

Comme l'a montré l'arrêt Sunday Times (précité, p. 36, par. 59), la marge d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts autorisant à limiter un droit. Le Gouvernement déduit de l'arrêt Handyside qu'elle est plus large quand il y va de la protection de la morale. Sans conteste, et la Cour l'a relevé dans cet arrêt (p. 22, par. 48), "l'idée" que l'on se fait "des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque", et "les autorités de l'État", "grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays", "se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences".

Toutefois, 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 (art. 8-2), des ingérences des pouvoirs publics.

53. Enfin, avec plusieurs autres articles de la Convention l'article 8 (art. 8) lie la notion de "nécessité" à celle de "société démocratique". D'après la jurisprudence de la Cour, pour se révéler "nécessaire" dans une telle société, dont tolérance et esprit d'ouverture constituent deux des caractéristiques, une atteinte à un droit protégé par la Convention doit notamment être proportionnée au but légitime poursuivi (arrêt Handyside précité, p. 23, par. 49; arrêt Young, James et Webster précité, p. 25, par. 63).

54. La Cour a pour tâche de rechercher, sur la base des principes rappelés plus haut, si les motifs présentés en faveur de l'"ingérence" litigieuse sont pertinents et suffisants au regard de l'article 8 par. 2 (art. 8-2) (arrêt Handyside précité, pp. 23-24, par. 50). Son rôle ne consiste pas à exprimer un jugement de valeur sur la moralité des relations homosexuelles masculines entre adultes.

21 février 1986 Affaire James et autres c. Royaume-Uni (Requête no 8793/79)

a) Marge d'appréciation

46. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est "d'utilité publique". Dans le système de protection créé par la Convention, il leur échoit par conséquent de se prononcer les premières tant sur l'existence d'un problème d'intérêt public justifiant des privations de propriété que sur les mesures à prendre pour le résoudre (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976, série A no 24, p. 22, par. 48). Dès lors, elles jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines auxquelles s'étendent les garanties de la Convention.

De plus, la notion d'"utilité publique" est ample par nature. En particulier, la décision d'adopter des lois portant privation de propriété implique d'ordinaire, ainsi que le relève la Commission, l'examen de questions politiques, économiques et sociales sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un États démocratique. Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'"utilité publique" sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable. En d'autres termes, elle ne saurait substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, mais elle doit contrôler au regard de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1) les mesures litigieuses et, à cette fin, étudier les faits à la lumière desquels lesdites autorités ont agi.

2 mars 1987 Affaire Mathieu-Mohin et Clerfayt (Requête no 9267/81)

51. Quant à la nature des droits consacrés de la sorte par l'article 3 (P1-3), la doctrine de la Commission a évolué. De l'idée d'un droit "institutionnel" à l'organisation d'élections libres (décision du 18 septembre 1961 sur la recevabilité de la requête no 1028/61, X c. Belgique, *Annuaire de la Convention*, volume 4, p. 339), celle-ci est passée à la notion de "suffrage universel" (voir notamment la décision du 6 octobre 1967 sur la recevabilité de la requête no 2728/66, X c. République fédérale d'Allemagne, *ibidem*, volume 10, p. 339) puis, par voie de conséquence, de droits subjectifs de participation: le "droit de vote" et le "droit de se porter candidat lors de l'élection du corps législatif" (voir notamment la décision du 30 mai 1975 sur la recevabilité des requêtes no 6745 et 6746/76, W, X, Y et Z c. Belgique, *ibidem*, volume 18, p. 245). La Cour marque son accord avec cette dernière conception.

52. Les droits en question ne sont pas absolus. Comme l'article 3 (P1-3) les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des limitations implicites (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Golder* du 21 février 1975, série A no 18, pp. 18-19, § 38). Dans leurs ordres juridiques internes respectifs, les États contractants entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions auxquelles l'article 3 (P1-3) ne met en principe pas obstacle (*Recueil des travaux préparatoires*, volumes III, p. 265, et IV, p. 25). Ils jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole no 1 (P1); il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés (voir notamment, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Lithgow et autres* du 8 juillet 1986, série A no 102, p. 71, § 194).

Spécialement, elles ne doivent pas contrecarrer "la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif".

.....

57. Toutefois, la loi spéciale de 1980 s'insère dans un système institutionnel général de l'État belge, inspiré par le principe de territorialité. Il concerne tant les institutions administratives et politiques que la répartition de leurs compétences et de leurs pouvoirs. Encore inachevée, la réforme en cours cherche à réaliser un équilibre entre les diverses communautés culturelles et régions du Royaume moyennant un ensemble complexe de freins et de contrepoids; elle a pour but d'apaiser, par la création de structures plus stables et décentralisées, les différends linguistiques au sein du pays. Légitime en soi, ce dessein ressort avec clarté des débats d'un Parlement national démocratique et des majorités massives recueillies, notamment, par ladite loi y compris l'article 29 (paragraphes 22 et 31 ci-dessus).

En examinant le régime électoral en cause, on ne saurait en oublier le contexte global. Il ne se révèle pas déraisonnable si l'on a égard aux intentions qu'il reflète et à la marge d'appréciation de l'État défendeur dans le cadre du système électoral parlementaire belge, marge d'autant plus étendue qu'il s'agit d'un système inachevé et transitoire. Il entraîne, pour les minorités linguistiques, la nécessité d'accorder leurs suffrages à des personnes aptes et prêtes à user de la langue de leur région. Une obligation analogue se rencontre dans nombre d'États pour l'organisation de leurs élections. Pareille situation, l'expérience le montre, ne menace pas forcément les intérêts de ces minorités. Il en va surtout ainsi, en présence d'un système qui dans son ensemble s'inspire de la loi du sol, quand l'ordre politique et juridique fournit des garanties, sous la forme par exemple de l'exigence de majorités qualifiées, contre des modifications intempestives ou arbitraires (paragraphe 17 ci-dessus).

1er juillet 1997 Affaire Ginotas et autres c. Grèce

Requêtes n° 18747/91 ; 19376/92 ; 19379/92

39. La Cour rappelle que l'article 3 du Protocole no 1 (P1-3) implique les droits subjectifs de vote et d'éligibilité. Pour importants qu'ils soient, ces droits ne sont pas cependant absolus. Comme l'article 3 (P1-3) les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des "limitations implicites" (arrêt Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique du 2 mars 1987, série A no 113, p. 23, par. 52). Dans leurs ordres juridiques respectifs, les Etats contractants entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions auxquelles l'article 3 (P1-3) ne met en principe pas obstacle. Ils jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole no 1 (P1); il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés (ibidem).

Plus particulièrement, les Etats disposent d'une grande latitude pour établir, dans leur ordre constitutionnel, des règles relatives au statut de parlementaire, dont les critères d'inéligibilité. Quoique procédant d'un souci commun - assurer l'indépendance des élus mais aussi la liberté des électeurs -, ces critères varient en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque Etat; la multitude de situations prévues dans les constitutions et les législations électorales de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe démontre la

diversité des choix possibles en la matière. Aucun de ces critères cependant ne devrait être considéré comme plus valable qu'un autre à condition qu'il garantisse l'expression de la volonté du peuple à travers des élections libres, honnêtes et périodiques.

Annexes relatives au mariage et à la famille

Cour européenne des droits de l'homme 24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche, n° 30141/04 (1^{er} extrait)

3. Appréciation de la Cour

a. Principes généraux

49. D'après la jurisprudence constante de la Cour, par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Son exercice entraîne des conséquences d'ordre personnel, social et juridique. Il « obéit aux lois nationales des Etats contractants », mais les limitations en résultant ne doivent pas restreindre ou réduire le droit en cause d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (B. et L. c. Royaume-Uni, no 36536/02, § 34, 13 septembre 2005, et F. c. Suisse, 18 décembre 1987, § 32, série A no 128).

50. La Cour observe d'emblée qu'elle n'a pas encore eu l'occasion d'examiner la question de savoir si deux personnes de même sexe peuvent prétendre au droit de se marier. Toutefois, elle peut déduire certains principes de sa jurisprudence relative aux transsexuels.

51. Dans un certain nombre d'affaires, la question s'est posée de savoir si le refus de permettre à un transsexuel opéré de se marier avec une personne du sexe opposé à son nouveau sexe emportait violation de l'article 12. Dans ses premiers arrêts sur le sujet, la Cour a jugé que l'attachement au concept traditionnel de mariage qui sous-tend l'article 12 fournissait à l'Etat défendeur un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage. Elle a ainsi considéré que cette matière relevait du pouvoir dont jouissent les Etats contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier (Sheffield et Horsham, précité, § 67, Cossey c. Royaume-Uni, 27 septembre 1990, § 46, série A no 184, et Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986, §§ 49-50, série A no 106).

52. Dans l'arrêt Christine Goodwin (précité, §§ 100-104), la Cour s'est écartée de cette jurisprudence : elle a considéré que les termes utilisés à l'article 12, à savoir le droit pour un homme et une femme de se marier, ne pouvaient plus être compris comme impliquant que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques. A cet égard, elle a noté que, depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société. De plus, elle s'est référée à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le libellé diffère de celui de l'article 12. Enfin, la Cour a noté que le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle recueillait une grande adhésion. Pour conclure, la Cour a jugé que l'impossibilité pour un transsexuel opéré de se marier sous sa nouvelle identité sexuelle avait emporté violation de l'article 12 de la Convention.

53. Deux autres affaires présentent un intérêt dans le présent contexte : Parry c. Royaume-Uni (déc.), no 42971/05, CEDH 2006-XV, et R. et F. c. Royaume-Uni (déc.), no 35748/05, 28 novembre 2006). Dans les deux cas, les requérantes formaient un couple

marié composé d'une femme et d'un transsexuel passé du sexe masculin au sexe féminin à la suite d'une opération. Elles se plaignaient notamment sous l'angle de l'article 12 de la Convention de l'obligation de mettre un terme à leur mariage pour que la seconde requérante puisse obtenir la pleine reconnaissance juridique de son changement de sexe. La Cour a rejeté ce grief pour défaut manifeste de fondement après avoir noté que le droit interne ne permettait le mariage qu'entre personnes de sexe opposé, qu'il s'agisse du sexe à la naissance ou du sexe résultant d'une procédure de reconnaissance de l'identité sexuelle, et qu'il n'autorisait pas le mariage homosexuel. Elle a rappelé que, de même, l'article 12 consacrait le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme. La Cour a reconnu qu'un certain nombre d'Etats contractants avaient ouvert le mariage aux partenaires de même sexe tout en précisant que ce choix reflétait leur propre conception du rôle du mariage dans leur société et ne découlait pas d'une interprétation du droit fondamental en cause tel qu'énoncé par les Etats contractants dans la Convention en 1950. La Cour a conclu que la question de savoir comment encadrer juridiquement les effets d'un changement de sexe sur le mariage relevait de la marge d'appréciation de l'Etat. Elle a en outre estimé que, au cas où les requérantes décideraient de divorcer pour permettre au conjoint transsexuel d'obtenir une reconnaissance complète de sa nouvelle identité sexuelle, le fait que les requérantes aient la possibilité de conclure un partenariat civil contribuait à conférer un caractère proportionnel au régime de reconnaissance de l'appartenance sexuelle attaqué.

b. Application des principes précités en l'espèce

54. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 12, « l'homme et la femme » ont le droit de se marier. Selon le texte anglais, « men and women (...) have the right to marry. Cette disposition énonce de plus le droit de fonder une famille.

55. Les requérants plaident que ce libellé n'implique pas nécessairement qu'un homme ne puisse épouser qu'une femme et vice versa. La Cour observe que, pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes. Toutefois, toutes les autres dispositions matérielles de la Convention accordent des droits et liberté à « toute personne » ou indiquent que « nul » ne peut être l'objet de certains traitements interdits. Force est donc de considérer que les mots employés à l'article 12 ont été choisis délibérément. De surcroît, il faut tenir compte du contexte historique dans lequel la Convention a été adoptée. Dans les années 1950, le mariage était à l'évidence compris au sens traditionnel d'union entre deux personnes de sexe différent.

56. Quant au rapport entre le droit de se marier et le droit de fonder une famille, la Cour a déjà eu l'occasion de dire que l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit de se marier (Christine Goodwin, précité, § 98). Cependant, ce constat n'autorise pas à tirer une quelconque conclusion au sujet du mariage homosexuel.

57. Quoi qu'il en soit, les requérants ne s'appuient pas principalement sur une interprétation littérale de l'article 12. Ils invoquent en substance la jurisprudence de la Cour selon laquelle la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui (E.B. c. France [GC], no 43546/02, § 92, CEDH 2008-..., et Christine Goodwin, précité, §§ 74-75). D'après les requérants, à la lumière des conditions d'aujourd'hui, l'article 12 doit se comprendre comme accordant aux couples homosexuels le droit au mariage ou, en d'autres termes, comme obligeant les Etats membres à leur accorder ce droit dans leur législation.

58. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Bien que, comme elle l'a noté dans l'arrêt Christine Goodwin, l'institution du mariage ait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, elle observe qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. A l'heure actuelle, seuls six Etats

contractants sur quarante-sept autorisent le mariage entre partenaires de même sexe (paragraphe 27 ci-dessus).

59. Ainsi que le gouvernement défendeur et le gouvernement britannique, tiers intervenant, l'ont fait valoir à juste titre, il convient d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Christine Goodwin*. Dans cet arrêt (précité, § 103), la Cour a observé qu'il existait une convergence des normes s'agissant du mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle. De plus, cette affaire ne concernait que le mariage de partenaires n'appartenant pas au même sexe (*gender en anglais*), cette notion étant définie non à l'aide de critères purement biologiques mais en tenant compte d'autres facteurs tels que le changement de sexe de l'un des partenaires.

60. Pour en venir à la comparaison entre l'article 12 de la Convention et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte »), la Cour a déjà indiqué que la référence à l'homme et à la femme a été délibérément omise de cette dernière disposition (*Christine Goodwin*, précité, § 100). Le commentaire relatif à la Charte, qui est devenu juridiquement contraignant en décembre 2009, confirme que l'article 9 est conçu pour avoir une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments de défense des droits de l'homme (paragraphe 25 ci-dessus). En même temps, la référence qu'il contient aux lois nationales reflète la diversité des législations de chaque pays, qui vont d'une autorisation du mariage homosexuel à une interdiction explicite de celui-ci. En mentionnant les lois nationales, l'article 9 de la Charte laisse les Etats décider d'autoriser ou non le mariage homosexuel. Pour reprendre les termes du commentaire : « on pourrait dire que rien ne s'oppose à la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe dans le cadre du mariage. Cependant, cette disposition n'exige pas non plus explicitement que les lois nationales facilitent ce type de mariage. »

61. Dès lors, prenant en compte l'article 9 de la Charte, la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doit en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. C'est pourquoi on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas au grief des requérants. Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats contractants.

62. A cet égard, la Cour observe que le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. Elle rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre (*B. et L. c. Royaume-Uni*, précité, § 36).

63. En bref, la Cour conclut que l'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants.

64. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 12 de la Convention.

Commentaire de la Charte européenne des droits fondamentaux
extrait cité notamment dans l'arrêt de la Cour européenne du 24 juin 2010

« En dépit des tendances et évolutions apparues récemment dans le droit interne d'un certain nombre de pays visant à plus d'ouverture et à une meilleure acceptation des couples homosexuels, quelques Etats conservent des politiques publiques et/ou réglementations qui excluent explicitement le droit pour les couples homosexuels de se marier. Il existe à l'heure actuelle une très faible reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe en ce sens que le mariage n'est pas ouvert aux couples homosexuels. En d'autres termes, le droit interne de la majorité des Etats part de l'idée que les futurs époux sont de sexe différent. Néanmoins, dans un petit nombre de pays, par exemple aux Pays-Bas et en Belgique, le

mariage de personnes de même sexe est autorisé par la loi. D'autres pays, comme les pays scandinaves, ont adopté une législation sur le partenariat enregistré, ce qui signifie notamment que la plupart des dispositions concernant le mariage, à savoir ses conséquences juridiques en matière de partage des biens, de droits de succession, etc., sont aussi applicables à ce type d'union. En même temps, il importe de signaler que la dénomination « partenariat enregistré » a été choisie intentionnellement pour établir une distinction avec le mariage et que ce type de contrat a été créé comme un mode différent de reconnaissance des relations personnelles. Cette nouvelle institution n'est donc accessible par définition qu'aux couples qui ne peuvent se marier, et le partenariat entre personnes de même sexe n'a pas le même statut et n'emporte pas les mêmes avantages que le mariage. (...)

Afin de tenir compte de la diversité des législations concernant le mariage, l'article 9 de la Charte renvoie aux lois nationales. Comme son libellé le montre, cette disposition a une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments internationaux. Etant donné que, contrairement aux autres instruments de défense des droits de l'homme, l'article 9 ne mentionne pas expressément « l'homme et la femme », on pourrait dire que rien ne s'oppose à la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe dans le cadre du mariage. Cependant, cette disposition n'exige pas non plus explicitement que les lois nationales facilitent ce type de mariage. Les juridictions et comités internationaux ont jusqu'à présent hésité à ouvrir le mariage aux couples homosexuels. (...) »

Cour européenne des droits de l'homme
13 juin 1979, Marckx c. Belgique, (Requête n° 6833/74)
(extrait)

29. *L'article 8 (art. 8) de la Convention se lit ainsi:*

"1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

30. *La Cour se trouve amenée en l'espèce à préciser le sens et la portée des mots "respect de (la) vie privée et familiale", ce dont elle n'a guère eu l'occasion jusqu'ici (arrêt du 23 juillet 1968 en l'affaire "linguistique belge", série A no 6, pp. 32-33, par. 7; arrêt Klass et autres, du 6 septembre 1978, série A no 28, p. 21, par. 41).*

31. *La première question à trancher consiste à savoir si le lien naturel entre Paula et Alexandra Marckx a donné lieu à une vie familiale protégée par l'article 8 (art. 8).*

En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 (art. 8) présuppose l'existence d'une famille. La Cour marque son plein accord avec la jurisprudence constante de la Commission sur un point capital: l'article 8 (art. 8) ne distingue pas entre famille "légitime" et famille "naturelle". Pareille distinction se heurterait aux mots "toute personne"; l'article 14 (art. 14) le confirme en prohibant, dans la jouissance des droits et libertés consacrés par la Convention, les discriminations fondées sur "la naissance". La Cour note au surplus que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe voit dans la mère seule et son enfant une famille parmi les autres (résolution (70) 15 du 15 mai 1970 sur la protection sociale des mères célibataires et de leurs enfants, par. I-10, par. II-5, etc.).

L'article 8 (art. 8) vaut donc pour la "vie familiale" de la famille "naturelle" comme de la famille "légitime". D'autre part, il n'est pas contesté que Paula Marckx a pris en charge sa fille Alexandra dès sa naissance et n'a cessé de s'en occuper, de sorte qu'il a existé et existe entre elles une vie familiale effective.

Il reste à rechercher ce que comportait, pour le législateur belge, le "respect" de cette vie familiale dans chacun des domaines couverts par la requête.

En proclamant par son paragraphe 1 le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 (art. 8-1) signifie d'abord que l'État ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au paragraphe 2 (art. 8-2). Ainsi que la Cour l'a relevé en l'affaire "linguistique belge", il a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (arrêt du 23 juillet 1968, série A no 6, p. 33, par. 7). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale.

Il en résulte notamment que l'État, en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille comme ceux de la mère célibataire avec son enfant, doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale. Tel que le conçoit l'article 8 (art. 8), le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8 (art. 8-1) sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du paragraphe 2 (art. 8-2).

De plus :

32. Aux termes de l'article 14 (art. 14),

"La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation."

Comme il ressort de la jurisprudence de la Cour, bien que l'article 14 (art. 14) n'ait pas d'existence indépendante il peut jouer un important rôle autonome en complétant les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles: dans la jouissance des droits et libertés qu'elles reconnaissent, il protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues. Enfreint donc l'article 14 (art. 14), combiné avec l'article de la Convention ou des Protocoles consacrant tel droit ou liberté, une mesure conforme en elle-même aux exigences du second mais revêtant un caractère discriminatoire incompatible avec le premier. Tout se passe comme si l'article 14 (art. 14) faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés (arrêt du 23 juillet 1968 en l'affaire "linguistique belge", série A no 6, pp. 33-34, par. 9; arrêt Syndicat national de la police belge, du 27 octobre 1975, série A no 19, p. 19, par. 44).

Dès lors, et puisque l'article 8 (art. 8) entre en ligne de compte en l'espèce (paragraphe 31 ci-dessus), il y a lieu de prendre aussi en considération l'article 14 (art. 14+8) combiné avec lui.

33. Selon la jurisprudence constante de la Cour, une distinction se révèle discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou si fait défaut un "rapport raisonnable de proportionnalité entre les

moyens employés et le but visé" (cf. notamment l'arrêt précité du 23 juillet 1968, p. 34, par. 10).

34. En agissant de manière à permettre le développement normal de la vie familiale d'une mère célibataire et de son enfant (paragraphe 31 ci-dessus), l'État doit se garder de toute discrimination fondée sur la naissance: ainsi le veut l'article 14 combiné avec l'article 8 (art. 14+8).

.....
40.

La Cour reconnaît qu'il est en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle. Encore faut-il ne pas recourir à cette fin à des mesures destinées ou aboutissant à léser, comme en l'occurrence, la famille "naturelle"; les membres de la seconde jouissent des garanties de l'article 8 (art. 8) à l'égal de ceux de la première.

En conséquence, l'établissement d'un mode particulier de reconnaissance par la mère de la maternité d'un enfant né hors mariage est contraire aux articles 8 et 14 de la Convention.

En outre,

44. En droit belge, l'enfant "légitime" s'intègre pleinement dès sa naissance à la famille de chacun de ses auteurs. L'enfant "naturel" reconnu et même adopté, lui, demeure en principe étranger à celle des siens (paragraphe 16 ci-dessus).

45. Aux yeux de la Cour, la "vie familiale" au sens de l'article 8 (art. 8) englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants.

Le "respect" de la vie familiale ainsi entendue implique, pour l'État, l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports (cf., mutatis mutandis, le paragraphe 31 ci-dessus). Or l'épanouissement de la vie familiale d'une mère célibataire et de son enfant reconnu par elle peut se voir entravé si le second n'entre pas dans la famille de la première et si l'établissement de la filiation ne produit d'effets qu'entre eux deux.

.....
47. Il y a donc en la matière violation de l'article 8 (art. 8), considéré isolément, dans le chef des deux requérantes.

48. La Cour doit encore apprécier si les requérantes, ou l'une d'elles, ont subi une discrimination enfreignant l'article 14, combiné avec l'article 8 (art. 14+8), quant à l'étendue juridique de la famille d'Alexandra. L'une des différences de traitement constatées en ce domaine entre enfants "naturels" et enfants "légitimes" concerne les successions (article 756 in fine du code civil); la Cour se prononce sur elle aux paragraphes 56 à 59 ci-dessous. Pour le surplus, le Gouvernement n'avance pas d'arguments s'ajoutant à ceux qu'il invoque sur le mode d'établissement de la filiation (paragraphes 39 à 42 ci-dessus). La Cour ne discerne aucune justification objective et raisonnable des différences de traitement dont il s'agit ici. Certes, la "paix" des familles "légitimes" peut parfois être troublée si l'enfant "naturel" entre juridiquement dans la famille de sa mère à l'égal de l'enfant issu d'un mariage, mais cette considération n'autorise pas à le priver de droits fondamentaux. La Cour renvoie en outre, mutatis mutandis, aux motifs des paragraphes 40 et 41 du présent arrêt.

La distinction litigieuse viole donc, dans le chef des deux requérantes, l'article 14 combiné avec l'article 8 (art. 14+8).

Cour européenne des droits de l'homme
18 décembre 1986, Johnston et autres c/ Irlande (Requête n° 9697/82)
(extrait)

55. *De la jurisprudence de la Cour sur l'article 8 (art. 8) ressortent notamment les principes que voici:*

a) *En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 (art. 8) présuppose l'existence d'une famille (arrêt Marckx précité, série A no 31, p. 14, § 31).*

b) *Il vaut pour la "vie familiale" de la famille "naturelle" comme de la famille "légitime" (ibidem).*

c) *S'il tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale. La notion de "respect" manque cependant de netteté, surtout quand de telles obligations se trouvent en cause; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants. Partant, il s'agit d'un domaine dans lequel ils jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention (arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali du 28 mai 1985, série A no 94, p. 33-34, § 67).*

La Cour considère en l'espèce que

56. *Les requérants, dont les deux premiers vivent ensemble depuis quelque quinze ans (paragraphe 11 ci-dessus), constituent manifestement une "famille" aux fins de l'article 8 (art. 8). Aussi ont-ils droit à sa protection bien que leurs relations se situent hors mariage (paragraphe 55 b) ci-dessus).*

Cour européenne des droits de l'homme
2 novembre 2010, ŞERİFE YİĞİT c. Turquie (Requête n° 3976/05)
(extrait)

1. *Sur l'existence d'une « vie familiale »*

93. *En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille. La question de l'existence ou de l'absence d'une « vie familiale » est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits (K. et T. c. Finlande [GC], no 25702/94, § 150, CEDH 2001-VII).*

94. *L'article 8 s'applique à la « vie familiale » de la famille « naturelle » comme de la famille « légitime » (Marckx, précité, § 31, et Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986, § 55, série A no 112). La notion de « famille » ne se limite pas aux seules relations fondées sur le mariage mais peut englober d'autres liens « familiaux » de facto lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage (Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, § 44, série A no 290, et Al-Nashif c. Bulgarie, no 50963/99, § 112, 20 juin 2002). Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule « familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci. Il existe donc entre l'enfant et ses parents un lien constitutif d'une vie familiale (Elsholz c. Allemagne [GC], no 25735/94, § 43, CEDH 2000-VIII).*

95. *Par ailleurs, le domaine des successions et des libéralités entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale. Celle-ci ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation*

des enfants ; elle englobe aussi des intérêts matériels, comme le montrent notamment les obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des Etats contractants. Si les droits successoraux ne s'exercent d'ordinaire qu'à la mort du de cujus, donc à un moment où la vie familiale change ou même se dissout, il n'en découle pas que nul problème les concernant ne surgisse avant le décès : la succession peut se régler et, en pratique, se règle assez souvent par testament ou avance d'hoirie ; elle constitue un élément non négligeable de la vie familiale (Marckx, précité, § 52, et Merger et Cros c. France, no 68864/01, § 46, 22 décembre 2004).

96. En outre, pour déterminer si une relation s'analyse en une « vie familiale », il peut se révéler utile de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble, depuis combien de temps et s'il y a des enfants communs (X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, § 36, Recueil 1997-II, et Kroon et autres c. Pays-Bas, 27 octobre 1994, § 30, série A no 297-C).

Cour européenne des droits de l'homme
24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche (Requête n° 30141/04)
(2d extrait)

90. Nul ne conteste en l'espèce que la relation qu'entretiennent deux personnes de même sexe telles que les requérants relève de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8. Toutefois, à la lumière des commentaires des parties, la Cour juge approprié de se pencher sur la question de savoir si leur relation est également constitutive d'une « vie familiale ».

91. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante relative aux couples hétérosexuels, la notion de famille au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » de fait lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule « familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci (Elsholz c. Allemagne [GC], no 25735/94, § 43, CEDH 2000-VIII, Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, § 44, série A no 290, et Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986, § 56, série A no 112).

92. Néanmoins, la Cour a seulement admis dans sa jurisprudence que la relation affective et sexuelle qui unit un couple homosexuel relève de la « vie privée », mais non qu'elle se rapporte au domaine de la « vie familiale », même lorsqu'est en jeu une relation entre deux personnes vivant ensemble. Elle est parvenue à cette conclusion après avoir observé que, malgré l'évolution constatée dans plusieurs Etats européens tendant à la reconnaissance légale et juridique des unions de fait stables entre homosexuels, il s'agit là d'un domaine dans lequel les Etats contractants, en l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé, jouissent encore d'une grande marge d'appréciation (Mata Estevez c. Espagne (déc.), no 56501/00, CEDH 2001-VI, et autres références citées). Dans l'arrêt Karner (précité, § 33), qui concernait le droit du partenaire survivant d'un couple homosexuel à se voir transmettre le bail dont le défunt était titulaire, et qui relevait de la notion de « domicile », la Cour a expressément laissée ouverte la question de savoir si l'affaire faisait aussi entrer en jeu la « vie privée et familiale » du requérant.

93. La Cour note que depuis 2001, date d'adoption de sa décision dans l'affaire Mata Estevez, l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux Etats membres. Depuis lors, un nombre considérable d'Etats membres ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels (paragraphes 27-30 ci-dessus). Certaines dispositions du droit de l'Union européenne reflètent également une

tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de « famille » (paragraphe 26 ci-dessus).

94. Eu égard à cette évolution, la Cour considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation.

95. La Cour conclut donc que les faits de la cause entrent dans le champ d'application de la notion de « vie privée » ainsi que de celle de « vie familiale » au sens de l'article 8. Partant, l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer.

Annexes relatives à la publicité politique

Cour européenne des droits de l'homme

19 février 1998, BOWMAN C/ ROYAUME UNI (N° 141/1996/760/961

(1^{er} extrait)

24. Le gouvernement défendeur a communiqué une copie d'une étude menée par le Secrétariat de la plate-forme européenne des instances de régulation (EPRA), à l'occasion de la 23^{ème} rencontre de la plate-forme tenue à Elseneur (Danemark) du 17 au 19 mai 2006. Ce document de travail de session plénière intitulé « Political advertising: case studies and monitoring » (La publicité politique - études de cas et contrôle) a été établi à partir des réponses à un questionnaire reçues des autorités des 31 pays ou territoires suivants : Allemagne, Autriche, Belgique (x2), Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, France, Grèce, Hongrie, île de Man, Irlande, Israël (x2), Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Suède et Suisse (x2). On y trouve les informations suivantes :

« • Pays interdisant la publicité politique payante

La publicité politique payante est interdite par la loi dans la grande majorité des pays d'Europe occidentale (Allemagne, Belgique, Danemark, France, Irlande, Malte, Norvège, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse). Plusieurs pays d'Europe centrale et orientale, dont la République tchèque et la Roumanie, l'interdisent également.

La justification classiquement avancée à l'appui de cette interdiction est que les partis riches ou dominants pourraient acheter bien plus de temps d'antenne que les partis nouveaux ou minoritaires, et que cette situation serait en pratique discriminatoire. Un autre motif invoqué pour restreindre ou interdire ce type de publicité est qu'elle risquerait de diviser la société et d'être source de préoccupation publique. Il a également été suggéré, moins fréquemment toutefois, que cette interdiction préserverait la qualité du débat politique.

• Pays autorisant la publicité politique payante

La publicité politique payante est autorisée dans bon nombre de pays d'Europe centrale et orientale (Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Hongrie, Macédoine, Pologne) ainsi que dans les pays baltes – Estonie, Lettonie et Lituanie. Dans quelques pays, la publicité politique n'est

autorisée que pendant la période électorale. C'est le cas par exemple en Bosnie-Herzégovine (60 jours avant le scrutin) et en Croatie.

On oublie souvent que plusieurs pays d'Europe occidentale, tels que l'Autriche, la Finlande, le Luxembourg (actuellement, mais cela va changer prochainement) ou encore les Pays-Bas autorisent également la publicité politique payante.

En Italie, jusqu'en 2003, la publicité politique payante, c'est-à-dire l'achat d'espaces libres, était aussi autorisée sur les chaînes nationales, sous réserve qu'elles diffusent également des « espaces de communication politique » (*spazi di comunicazione politica*), c'est-à-dire des programmes de débat avec la participation de politiciens ; aujourd'hui, elle n'est plus autorisée que sur les chaînes locales, où elle ne doit pas coûter plus de 70% du prix des publicités commerciales, tandis que les chaînes nationales ne peuvent diffuser ce type de messages que gratuitement.

En Grèce, où la publicité politique personnelle est soumise à une interdiction complète et permanente, la publicité politique payante pour les partis politiques n'est pas interdite.

En Espagne, si l'interdiction de la publicité politique est permanente en ce qui concerne les chaînes de télévision, le code électoral l'autorise sur les chaînes de radio commerciales, uniquement pendant la période électorale.

Le principal argument en faveur de la publicité politique payante est qu'elle peut permettre à de nouveaux candidats de se faire connaître. On dit souvent aussi que le droit à la publicité politique fait partie intégrante du droit à la liberté d'expression et d'information.

(...)

- **Pays allouant un temps d'antenne gratuit pour les partis politiques et/ou les candidats**

Dans la plupart des pays (Allemagne, Belgique (communauté francophone), Estonie, France, Grèce, Irlande, Italie, Lettonie, Luxembourg, Malte, République tchèque), les partis bénéficient généralement d'un temps d'antenne gratuit pour présenter leur programme, parfois sous forme de courts messages publicitaires. Les diffuseurs sont en principe dédommagés de leurs frais techniques soit par l'Etat soit directement par les partis.

(...)

- **Pays sans système de temps d'antenne gratuit**

Plusieurs pays ne prévoient pas de temps d'antenne gratuit pour les partis politiques. Dans quelques pays (Belgique (communauté d'expression flamande), Bulgarie, Norvège, Suède), les partis ne disposent pas de temps d'antenne gratuit pour présenter leur programme. Dans d'autres pays (Chypre, Finlande, Suisse), le choix est laissé aux diffuseurs, qui permettent parfois cette pratique sur la base du volontariat. »

Cour européenne des droits de l'homme

19 février 1998, BOWMAN C/ ROYAUME UNI, N° 141/1996/760/961

(2d extrait)

36. Le Gouvernement soutient que la limite aux dépenses figurant à l'article 75 de la loi de 1983 vise la protection des droits d'autrui et ce, à trois égards. D'abord, elle favorise le traitement équitable des candidats en lice pour les élections en empêchant des tiers fortunés de faire campagne pour ou contre un candidat donné ou de publier du matériel nécessitant

que, pour réagir, un candidat y consacre une partie de son budget électoral, limité par la loi (paragraphe 18 ci-dessus). Deuxièmement, la restriction aux dépenses engagées par un tiers contribue à garantir l'indépendance des candidats par rapport à l'influence de puissants groupes d'intérêts. Troisièmement, elle empêche de dénaturer le débat politique en période électorale en le détournant des problèmes d'intérêt général pour l'axer sur des questions particulières.

37. Selon la requérante, l'article 75, loin de viser un but légitime, ne servirait qu'à amoindrir la liberté d'expression démocratique. Il serait impensable, en poussant les choses à l'extrême, que des groupes à intérêt unique, comme la SPUC, puissent détourner les électeurs des programmes des grands partis politiques au point d'entraver le processus électoral. De surcroît, on ne peut valablement dire que la limitation des dépenses garantisse l'égalité entre candidats car ceux-ci sont déjà soumis à des inégalités selon qu'ils ont ou non l'appui de l'un des grands partis politiques qui, eux, sont libres de dépenser sans compter pour faire campagne au niveau national dès lors qu'ils n'essaient pas de favoriser ou de gêner tel ou tel candidat (paragraphe 22 ci-dessus).

38. La Cour estime manifeste que l'article 75, replacé notamment dans le contexte des autres dispositions détaillées sur les dépenses électorales figurant dans la loi de 1983, tend à assurer l'égalité entre les candidats. Elle en conclut dès lors, à l'instar de la Commission, que l'application de cette législation à Mme Bowman avait pour but légitime la protection des droits d'autrui, à savoir les candidats et les électeurs de la circonscription de Halifax et, pour autant que les poursuites cherchaient à dissuader, ceux d'autres régions du Royaume-Uni.

De l'avis de la Cour, les arguments avancés à cet égard par la requérante concernent davantage le point de savoir si la restriction était « nécessaire dans une société démocratique », question qu'elle aborde à présent.

.....

39. Le Gouvernement fait valoir que la limite fixée par l'article 75 de la loi de 1983 aux dépenses n'est que partielle (paragraphe 31 ci-dessus), et n'est pas plus étendue que nécessaire pour atteindre les buts légitimes poursuivis. Il souligne que Mme Bowman disposait d'autres moyens de communiquer : elle aurait pu par exemple créer son propre journal, publier des lettres ou des articles dans la presse, donner des interviews à la radio ou à la télévision, se présenter elle-même aux élections ou éditer des tracts visant à informer l'électorat sans favoriser ni empêcher aucune candidature en particulier.

40. La requérante, de même que la Commission, estime la restriction disproportionnée. Selon elle, aucun besoin social impérieux n'obligerait à réprimer la diffusion d'informations factuelles exactes sur la position des candidats à des charges publiques, s'agissant de questions morales importantes ; au contraire, il serait impératif d'autoriser l'inscription de tels sujets à l'ordre du jour politique en période préélectorale. En dépit de l'argument du Gouvernement selon lequel la limitation serait nécessaire pour assurer l'égalité entre les candidats, rien n'indiquerait que les tracts de Mme Bowman aient contribué à désavantager un candidat donné puisqu'il est possible que l'information ainsi véhiculée ait suscité autant de partisans que d'adversaires des différentes politiques sur l'avortement. De surcroît, la requérante affirme que la restriction est illogique puisque la loi ne limite pas les pouvoirs des médias de publier des éléments favorables ou défavorables aux candidats, ni ceux des partis politiques et de leurs partisans de financer des publicités au niveau national ou régional du

moment qu'ils n'essaient pas de favoriser ou de contrarier les perspectives électorales d'un candidat donné.

41. *La Cour fait remarquer, en premier lieu, que la limitation aux dépenses prescrite par l'article 75 de la loi de 1983 n'est que l'un des nombreux freins et contrepoids qui émaillent la législation électorale au Royaume-Uni. En pareil contexte, il faut considérer le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 à la lumière du droit de tenir des élections libres, protégé par l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention ainsi libellé :*

« Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. »

42. *Des élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique (l'arrêt Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique du 2 mars 1987, série A n° 113, p. 22, § 47, et l'arrêt Lingens c. Autriche du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, §§ 41–42). Les deux droits sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre : par exemple, comme la Cour l'a relevé dans le passé, la liberté d'expression est l'une des « conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » (arrêt Mathieu-Mohin et Clerfayt précité, p. 24, § 54). C'est pourquoi il est particulièrement important, en période préélectorale, de permettre aux opinions et aux informations de tous ordres de circuler librement.*

43. *Néanmoins, dans certaines circonstances, ces droits peuvent entrer en conflit, ce qui peut inciter à juger nécessaire, avant ou pendant une élection, de prévoir certaines restrictions à la liberté d'expression, alors qu'elles ne seraient habituellement pas admissibles, afin de garantir « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». La Cour reconnaît qu'en ménageant un équilibre entre ces deux droits, les Etats contractants disposent d'une marge d'appréciation, comme c'est généralement le cas s'agissant de l'organisation de leur système électoral (arrêt Mathieu-Mohin et Clerfayt précité, pp. 23–24, §§ 52 et 54).*

44. *Quant aux faits de l'espèce, la Cour a pour tâche de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances, la restriction apportée à la liberté d'expression de Mme Bowman était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier étaient pertinents et suffisants (arrêt Lingens précité, p. 26, § 40).*

45. *A cet égard, elle trouve significatif que la limitation aux dépenses prescrite par l'article 75 de la loi de 1983 ait été fixée à un chiffre aussi faible que 5 GBP. Elle rappelle que cette restriction ne s'applique que pendant les quatre à six semaines précédant l'élection législative (paragraphes 16 et 18–19 ci-dessus). Cependant, s'il est vrai que Mme Bowman aurait pu librement faire campagne à tout autre moment, la Cour estime que cela n'aurait pas servi l'objectif qu'elle visait en publiant les tracts, objectif qui était à tout le moins d'informer la population de Halifax sur les antécédents de vote des trois candidats et leurs prises de position sur l'avortement, pendant la période critique où l'esprit des électeurs était centré sur le choix d'un représentant (paragraphe 11 ci-dessus).*

46. *La Cour relève l'argument du Gouvernement selon lequel la requérante aurait pu employer d'autres méthodes pour transmettre l'information aux électeurs. Elle n'est cependant pas convaincue qu'en pratique l'intéressée ait eu accès à d'autres modes efficaces de communication. Par exemple, il n'a pas été prouvé qu'elle ait disposé d'un quelconque moyen de s'assurer que les informations figurant sur les tracts seraient publiées dans un*

journal ou diffusées à la radio ou à la télévision. Elle aurait certes pu se présenter elle-même aux élections et, dès lors, avoir droit à dépenser le montant légal autorisé pour les candidats, mais cela l'aurait obligée à verser une caution de 500 GBP, qu'elle aurait très probablement perdue (paragraphe 17–18 ci-dessus). Au surplus, elle ne désirait point être élue au Parlement mais seulement distribuer des tracts aux électeurs.

47. En bref, la Cour constate en conséquence que l'article 75 de la loi de 1983 dresse, en pratique, un obstacle absolu qui a empêché Mme Bowman de publier des informations visant à influencer les électeurs de Halifax en faveur d'un candidat opposé à l'avortement. Elle n'est pas convaincue qu'il était dès lors nécessaire de limiter les dépenses de l'intéressée à 5 GBP pour atteindre l'objectif légitime de garantir l'égalité entre les candidats, d'autant qu'aucune restriction n'empêchait la presse de librement favoriser ou contrecarrer l'élection d'un candidat donné, ni les partis politiques et leurs partisans de faire de la publicité au niveau national ou régional, à condition que cette publicité ne visât pas à servir ou compromettre les chances d'un candidat donné d'être élu dans une circonscription donnée (paragraphe 22 ci-dessus). Elle conclut en conséquence que la restriction en question était disproportionnée au but poursuivi.

Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

Cour européenne des droits de l'homme
11 décembre 2008, AFFAIRE TV VEST AS & ROGALAND PENSJONISTPARTI c.
NORVÈGE (Requête n° 21132/05)
(extrait)

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

58. La vérification du caractère « nécessaire dans une société démocratique » de l'ingérence litigieuse impose à la Cour de rechercher si celle-ci correspondait à un « besoin social impérieux », si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants (*Sunday Times c. Royaume-Uni* (no 1), 26 avril 1979, série A no 30, § 62). Pour déterminer s'il existe pareil « besoin » et quelles mesures doivent être adoptées pour y répondre, les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Celle-ci n'est toutefois pas illimitée mais va de pair avec un contrôle européen exercé par la Cour, qui doit dire en dernier ressort si une restriction se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10.

59. Sur ce point, d'après la jurisprudence de la Cour, l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place à des restrictions au discours politique ou au débat sur des questions d'intérêt général (*Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A no 103, §§ 38 et 42 ; *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, Recueil 1996-V, § 58 ; *Sürek c. Turquie* (no 1) [GC], no 26682/95, CEDH 1999-IV, § 61 ; *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, Recueil 1998-I, § 45 ; *Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], no 23118/93, CEDH 1999-VIII, § 46 ; *Vgt Verein gegen Tierfabriken*, précité, § 66 ; *Murphy*, précité, § 67).

60. *En outre, la Cour a déjà dit que l'impact potentiel du moyen d'expression concerné doit être pris en considération dans l'examen de la proportionnalité de l'ingérence. Elle a expliqué qu'il faut tenir compte du fait que les médias audiovisuels ont des effets beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite (Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, série A n° 298, § 31, et Murphy, précité, § 69).*

61. *Il convient également de souligner que dans l'arrêt Bowman précité, la Cour a jugé (paragraphe 41), quant à certaines limites posées aux dépenses de campagne par le droit électoral, qu'en pareil contexte, il fallait considérer le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 à la lumière du droit de tenir des élections libres, protégé par l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention, ainsi libellé :*

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. »

Dans cette affaire, la Cour a également dit ceci :

« 42. Des élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique (l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987, série A n° 113, p. 22, § 47, et l'arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, §§ 41-42). Les deux droits sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre : par exemple, comme la Cour l'a relevé dans le passé, la liberté d'expression est l'une des « conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » (arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt* précité, p. 24, § 54). C'est pourquoi il est particulièrement important, en période préélectorale, de permettre aux opinions et aux informations de tous ordres de circuler librement.

43. Néanmoins, dans certaines circonstances, ces droits peuvent entrer en conflit, ce qui peut inciter à juger nécessaire, avant ou pendant une élection, de prévoir certaines restrictions à la liberté d'expression, alors qu'elles ne seraient habituellement pas admissibles, afin de garantir « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». La Cour reconnaît qu'en ménageant un équilibre entre ces deux droits, les Etats contractants disposent d'une marge d'appréciation, comme c'est généralement le cas s'agissant de l'organisation de leur système électoral (arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt* précité, pp. 23-24, §§ 52 et 54). »

62. *En somme, la Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce ce contrôle, de se substituer aux juridictions nationales, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation (voir, parmi maints autres, l'arrêt *Fressoz et Roire c. France*[GC], n° [29183/95](#), CEDH 1999-I, § 45).*

2. Application de ces principes en l'espèce

63. *Dans les circonstances particulières de la présente espèce, la Cour observe d'emblée que la décision litigieuse du 10 septembre 2003 par laquelle l'Autorité des médias a infligé une amende à TV Vest a été prise au motif que celle-ci avait diffusé des messages publicitaires politiques pour le parti des retraités en violation de l'interdiction de la publicité politique à la télévision énoncée à l'article 3-1 § 3 de la loi sur la radiotélédiffusion. Cette interdiction était permanente et absolue et ne s'appliquait qu'à la télévision, tandis que la publicité politique était autorisée dans tous les autres médias.*

64. Les publicités en cause consistaient en une brève présentation du parti des retraités et invitaient les téléspectateurs à voter pour le parti aux élections à venir. Même s'il s'agissait d'un message publicitaire payé et non d'un reportage de presse sur un débat politique, la teneur du discours en question était incontestablement de nature politique. Ainsi, comme dans l'affaire VgT, la publicité en cause se situait clairement hors du domaine commercial de la vente de produits, dans lequel les Etats jouissent traditionnellement d'une large marge d'appréciation (VgT, précité, § 69 ; Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, 20 novembre 1989, série A no 165, § 33 ; Jacubowski c. Allemagne, 23 juin 1994, série A no 291-A, § 26). De plus, à la différence de l'affaire Murphy (précité, § 67), rien ne suggère en l'espèce que les publicités en question contenaient le moindre élément susceptible de choquer les convictions personnelles morales ou religieuses de quiconque. Pour ces seuls motifs, la Cour ne peut souscrire à l'opinion exprimée par la majorité de la Cour suprême selon laquelle la présente affaire est plus proche de l'affaire Murphy que de l'affaire VgT (voir les paragraphes 60 et 61 de l'arrêt de la Cour suprême, cités au paragraphe 20 ci-dessus). Au contraire, elle considère comme la minorité (paragraphes 80 et 81 de l'arrêt de la Cour suprême, cités au paragraphe 21 ci-dessus) que la nature politique des publicités interdites appelle un examen strict de sa part et une marge nationale d'appréciation limitée en conséquence quant à la nécessité des restrictions (voir les arrêts VgT (§ 71) et Murphy (§ 67) précités).

65. Dans ce contexte, la Cour a également pris note des observations que le Gouvernement a formulées au sujet de sa jurisprudence relative à l'article 3 du Protocole no 1 (paragraphes 44 et 50 ci-dessus), selon lesquelles les Etats contractants jouiraient d'une large marge d'appréciation pour ménager un juste équilibre entre la liberté d'expression et la nécessité d'y imposer des restrictions afin d'assurer la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. Comme cela a déjà été reconnu dans la jurisprudence de la Cour (voir les références au paragraphe 61 ci-dessus), l'absence de consensus entre les Etats parties à la Convention au sujet de la réglementation du droit de vote et du droit de se porter candidat à des élections peut justifier qu'ils se voient accorder une large marge d'appréciation dans ce domaine.

66. Cependant, s'il est vrai que les messages en cause, diffusés entre le 14 août et le 13 septembre 2003, s'inscrivaient dans le cadre de la campagne pour les élections locales et régionales de la même année, l'interdiction de la publicité prévue par l'article 3-1 § 3 de la loi sur la radiotélédiffusion était absolue et permanente, et elle ne s'appliquait pas spécialement aux élections. Dans ces circonstances, la Cour ne juge pas approprié en l'espèce d'accorder un poids important aux différentes justifications avancées sur le fondement de l'article 3 du Protocole no 1 en faveur d'une large marge d'appréciation nationale. Si elle le faisait, elle laisserait l'application de cette disposition à la discrétion des Etats contractants dans une mesure susceptible d'avoir des effets incompatibles avec la position privilégiée qu'occupe la liberté du discours politique en vertu de l'article 10 de la Convention.

67. La Cour a également examiné le point de savoir si, au-delà des arguments tirés de l'article 3 du Protocole no 1, les différences existant entre les différents systèmes internes en matière de diffusion de publicité politique à la télévision pouvaient justifier une large marge d'appréciation. Selon les rapports de droit comparé établis par l'EPRA sur 30 pays d'Europe, 1) treize appliquent une interdiction légale de la publicité politique payante en radiotélédiffusion ; 2) dix l'autorisent ; 3) onze (dont cinq des treize pays cités en 1))

prévoient un temps d'antenne gratuit pour les partis politiques et les candidats pendant les campagnes électorales ; 4) plusieurs ne prévoient pas de temps d'antenne gratuit (paragraphe 24 ci-dessus). Dans la mesure où l'on pourrait considérer que cette absence de consensus européen découle de différentes perceptions de ce qui est « nécessaire » au bon fonctionnement du système « démocratique » dans chacun des Etats, la Cour est disposée à admettre qu'elle plaide en faveur d'une marge d'appréciation légèrement plus large que celle normalement appliquée en matière de restrictions au débat politique dans le cadre de l'article 10 de la Convention.

68. La Cour prend note également de la divergence de vues au sein de la Cour suprême quant à l'importance qui doit être attachée à l'opinion du législateur, c'est-à-dire de la majorité politique à un moment donné, sur la portée de la liberté d'expression en matière politique (paragraphe 18 ci-dessus, comparer avec le paragraphe 75 de l'arrêt de la Cour suprême cité au paragraphe 21). Les requérants arguent que la majorité politique, qui change au fil du temps, ne devrait pas bénéficier d'une large marge d'appréciation pour décider des limites à imposer au discours politique. Il n'appartient pas à la Cour de prendre position sur une telle question, qui relève du droit constitutionnel national et doit être réglée par les Etats contractants dans leur propre ordre juridique interne. Comme indiqué précédemment, le contrôle qu'elle exerce ne consiste pas à se substituer aux autorités nationales, mais à vérifier sous l'angle de l'article 10 et à la lumière de l'ensemble de l'affaire les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation.

69. C'est au vu de ces différents éléments que la Cour examinera les motifs avancés pour justifier l'ingérence litigieuse en l'espèce afin de déterminer s'ils étaient pertinents et suffisants et si la mesure en question était proportionnée au but légitime visé, compte tenu du juste équilibre à ménager entre la liberté d'expression des requérants et les raisons exposées par les autorités norvégiennes à l'appui de l'interdiction de la publicité politique.

70. A cet égard, la Cour note que la justification de l'interdiction légale de la diffusion de publicité politique à la télévision est, comme l'a dit la Cour suprême, que l'utilisation d'une telle forme et d'un tel moyen d'expression risquerait de nuire à la qualité générale du débat politique, en ce qu'il serait probable que des questions complexes soient déformées et que des groupes financièrement puissants aient de meilleures possibilités de promouvoir leurs opinions que ceux qui ne le sont pas. Selon les autorités internes, le pluralisme et la qualité du débat sont des considérations primordiales, et il appartient au législateur de traiter les questions relatives au processus démocratique, car il est mieux placé que n'importe quel autre organe de l'Etat pour déterminer la meilleure manière d'atteindre ces objectifs. Le Gouvernement souligne que l'interdiction est limitée à la publicité politique à la télévision et qu'elle est due à l'impact puissant et généralisé de ce média. De plus, elle contribuerait à limiter les dépenses de campagne, à réduire la dépendance des participants à l'égard des donateurs et à placer tous les candidats aux élections sur un pied d'égalité. Elle viserait à garantir l'intégrité du processus démocratique et l'existence d'un cadre de débat politique et public équitable, et à éviter que ceux qui en auraient les moyens puissent obtenir un avantage indu en utilisant le média le plus puissant et le plus répandu. Elle contribuerait en outre à garantir l'impartialité politique du contenu diffusé à la télévision. Ce sont là, indiscutablement, des motifs pertinents (voir VgT, précité, § 73).

71. Toutefois, la Cour n'est pas convaincue que ces éléments suffisent à justifier l'ingérence litigieuse.

72. En premier lieu, rien n'indique que le parti des retraités relève de la catégorie des partis ou des groupes qui sont les cibles principales de l'interdiction litigieuse, à savoir ceux qui, du fait de leur plus grande puissance financière, risqueraient d'obtenir un avantage indu par rapport à ceux dont les ressources sont moins importantes car ils pourraient acheter plus de temps de publicité à la télévision (voir VgT, précité, § 75).

73. Au contraire, le parti des retraités appartient à une catégorie que l'interdiction était censée protéger. Contrairement à la majorité de la Cour suprême (voir le paragraphe 62 de l'arrêt de la juridiction nationale cité au paragraphe 20 ci-dessus), la Cour n'est pas persuadée que l'effet souhaité ait été obtenu : à la différence des grands partis politiques, qui ont fait l'objet d'une large couverture télévisée, le parti des retraités n'a pratiquement pas été mentionné à la télévision. Ainsi, le seul moyen qu'il a eu de faire passer son message au public par ce média a été d'y acheter du temps d'antenne. La loi l'ayant privé de cette possibilité, il s'est trouvé désavantagé par rapport aux grands partis, qui bénéficiaient d'une couverture médiatique. La possibilité d'utiliser d'autres médias moins puissants ne compensait pas ce handicap.

74. La Cour note encore qu'il n'a pas été affirmé que les messages publicitaires en cause contenaient des éléments susceptibles de nuire à la qualité du débat politique (voir VgT, précité, § 76).

75. De plus, comme indiqué ci-dessus, il ne semble pas que cette publicité était susceptible de choquer les sensibilités ou de diviser la société, de sorte qu'il aurait été difficile d'assouplir l'interdiction. A cet égard, comme cela a déjà été dit, la présente espèce se distingue de l'affaire Murphy, où c'était le caractère sensible des questions abordées qui a amené la Cour à admettre que le filtrage par une autorité publique, au cas par cas, des annonces à caractère religieux inacceptables ou excessives serait difficile à appliquer équitablement, objectivement et de manière cohérente, et qu'une interdiction totale serait source de moins de désagréments (§§ 76-77). L'affaire VgT, en revanche, ne présentait aucune sensibilité de ce type, et se rapproche plus de la présente affaire. La Cour y a sanctionné l'interdiction totale de la publicité politique.

76. Dans ces conditions, même s'il faut en tenir compte pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence (Murphy, précité, § 69), le fait que les médias audiovisuels aient des effets beaucoup plus immédiats et puissants que les autres médias (Jersild, précité, § 31) ne peut justifier l'interdiction litigieuse et l'amende infligée pour avoir diffusé les messages politiques en cause (VgT, précité, § 74).

77. La thèse développée par le gouvernement défendeur avec l'appui des gouvernements tiers intervenants, selon laquelle il n'y aurait pas d'alternative viable à une interdiction totale, doit donc être rejetée.

78. En bref, la Cour estime qu'il n'y a pas de rapport de proportionnalité raisonnable entre le but légitime visé par l'interdiction de la publicité politique et les moyens employés pour y parvenir. En conséquence, nonobstant la marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales, la restriction que cette interdiction et l'amende infligée ont porté à l'exercice par les requérants de leur liberté d'expression ne peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, au sens du paragraphe 2 de l'article 10, à la protection des droits d'autrui. Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

(...)

CONSEIL DE L'EUROPE

COMITÉ DES MINISTRES

RECOMMANDATION N° R (99) 15

DU COMITÉ DES MINISTRES AUX ÉTATS MEMBRES
RELATIVE A DES MESURES CONCERNANT LA COUVERTURE
DES CAMPAGNES ELECTORALES PAR LES MEDIAS

*(adoptée par le Comité des Ministres le 9 septembre 1999,
lors de la 678e réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, en vue de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

Notant le rôle important des médias dans les sociétés modernes, particulièrement en période électorale ;

Soulignant que le principe fondamental de l'indépendance éditoriale des médias revêt une importance particulière en période électorale ;

Conscient de la nécessité de tenir compte des différences significatives qui existent entre la presse écrite et les médias du secteur de la radiodiffusion ;

Soulignant que la couverture des élections par les médias du secteur de la radiodiffusion devrait être équitable, équilibrée et impartiale ;

Considérant que les radiodiffuseurs de service public ont une responsabilité particulière pour assurer dans leurs programmes une couverture équitable et complète des élections, ce qui peut inclure l'octroi d'un temps d'antenne gratuit aux partis politiques et aux candidats ;

Notant qu'une attention particulière devrait être apportée à certains éléments particuliers de la couverture des campagnes électorales, tels que la diffusion de sondages d'opinion, la publicité politique payante, le droit de réponse, les jours de réflexion et les dispositions concernant les périodes préélectorales;

Soulignant le rôle important des mesures d'autorégulation des professionnels des médias - par exemple sous la forme de codes de conduite - qui établissent des lignes directrices définissant de bonnes pratiques pour une couverture responsable, exacte et équitable des campagnes électorales ;

Reconnaissant le caractère complémentaire entre les mesures de régulation

et d'autorégulation dans ce domaine ;

Convaincu de l'utilité de cadres appropriés concernant la couverture des élections par les médias afin de contribuer à des élections libres et démocratiques, en gardant à l'esprit les différentes approches juridiques et pratiques des Etats membres dans ce domaine et le fait que celui-ci peut être soumis à différentes branches du droit ;

Reconnaissant que tout cadre de régulation concernant la couverture des élections par les médias devrait respecter le principe fondamental de la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, tel qu'interprété par la Cour européenne des Droits de l'Homme ;

Rappelant les principes de base contenus dans la Résolution n° 2 adoptée lors de la 4e Conférence ministérielle sur la politique des communications de masse (Prague, décembre 1994), ainsi que la Recommandation n° R (96) 10 du Comité des Ministres concernant la garantie de l'indépendance du service public de la radiodiffusion,

Recommande aux gouvernements des Etats membres d'examiner les moyens d'assurer le respect des principes d'équité, d'équilibre et d'impartialité dans la couverture des campagnes électorales par les médias, et de considérer l'adoption de mesures visant à mettre en œuvre ces principes dans leurs législations ou pratiques nationales si nécessaire et conformément à leur droit constitutionnel.

Annexe à la Recommandation n° R (99) 15

Portée de la Recommandation

Les principes d'équité, d'équilibre et d'impartialité dans la couverture des campagnes électorales par les médias devraient s'appliquer à la couverture de tous les types d'élections politiques ayant lieu dans les Etats membres, c'est-à-dire aux élections présidentielles, législatives, régionales et, lorsque cela est réalisable, aux élections locales et aux référendums politiques.

Ces principes devraient également s'appliquer, lorsqu'ils sont pertinents, à la couverture par les médias des élections se déroulant à l'étranger, en particulier lorsque ces media visent les citoyens du pays où l'élection a lieu.

I. Mesures concernant la presse écrite

1. Liberté de la presse

Les cadres de régulation concernant la couverture d'élections par les médias ne devraient empiéter ni sur l'indépendance éditoriale des journaux ou des magazines ni sur leur droit d'exprimer une quelconque préférence politique.

2. Organes de presse écrite qui sont la propriété des pouvoirs publics

Les Etats membres devraient adopter des mesures en application desquelles les organes de presse écrite qui sont la propriété des pouvoirs publics, lorsqu'ils couvrent des campagnes électorales, devraient le faire de manière équitable, équilibrée et impartiale, sans discriminer ou soutenir un parti

politique ou un candidat particulier.

Si ces organes de presse acceptent de la publicité politique payante dans leurs publications, ils devraient veiller à ce que tous les candidats et partis politiques qui sollicitent l'achat d'espace publicitaire soient traités sur une base égale et non discriminatoire.

II. Mesures concernant les médias du secteur de la radiodiffusion

1. Prescriptions générales

Pendant les campagnes électorales, les cadres de régulation devraient favoriser et faciliter l'expression pluraliste des courants d'opinion via les médias du secteur de la radiodiffusion.

En veillant scrupuleusement à respecter l'indépendance éditoriale des radiodiffuseurs, ces cadres de régulation devraient également prévoir l'obligation de couvrir les campagnes électorales de manière équitable, équilibrée et impartiale à travers l'ensemble des services de programmes des radiodiffuseurs. Cette obligation devrait s'appliquer aux radiodiffuseurs de service public ainsi qu'aux radiodiffuseurs privés dans leurs zones de transmission pertinentes.

Dans les Etats membres où la notion de "période préélectorale" est définie en application du droit interne, les règles concernant l'équité, l'équilibre et l'impartialité de la couverture des campagnes électorales par les médias du secteur de la radiodiffusion devraient également s'appliquer à cette période.

2. Programmes d'information et d'actualités

Lorsque cela n'est pas couvert dans le cadre de l'autorégulation, les Etats membres devraient adopter des mesures en application desquelles, pendant les périodes électorales, les radiodiffuseurs publics et privés devraient, en particulier, être équitables, équilibrés et impartiaux dans leurs programmes d'information et d'actualités, y inclus les programmes de discussion tels que les interviews ou les débats.

Aucun traitement privilégié ne devrait être accordé par les radiodiffuseurs aux pouvoirs publics durant ces programmes. Cette question devrait d'abord être traitée par le biais de mesures d'autorégulation appropriées. Le cas échéant, les Etats membres pourraient examiner si, lorsque cela est réalisable, les autorités compétentes surveillant la couverture des élections devraient avoir le pouvoir d'intervenir pour remédier à d'éventuels défauts.

3. Autres programmes

Une attention particulière devrait être accordée aux programmes, autres que les informations et les actualités, qui ne sont pas directement liés à la campagne électorale mais qui peuvent également avoir une influence sur l'attitude des électeurs.

4. Temps d'antenne gratuit octroyé aux partis politiques/candidats sur les médias du secteur de la radiodiffusion publique

Les Etats membres pourraient examiner l'opportunité d'inclure dans leurs

cadres de régulation des dispositions en vertu desquelles un temps d'antenne gratuit est accordé, en période électorale, aux partis politiques/candidats sur les services de radiodiffusion publics.

Lorsqu'un tel temps d'antenne est accordé, cela devrait être effectué de manière équitable et non discriminatoire, sur la base de critères transparents et objectifs.

5. Publicité politique payante

Dans les Etats membres où les partis politiques et les candidats ont le droit d'acheter de l'espace publicitaire à des fins électorales, les cadres de régulation devraient faire en sorte que :

- la possibilité d'acheter de l'espace publicitaire soit accordée à tous les partis concurrents, dans les mêmes conditions et sur la base de tarifs égaux ;

- le public sache que le message constitue une publicité politique payante.

Les Etats membres pourraient étudier l'introduction dans leurs cadres de régulation d'une disposition limitant le volume d'espace publicitaire politique que les partis politiques ou les candidats peuvent acheter.

III. Mesures concernant tant la presse écrite que les médias du secteur de la radiodiffusion

1. "Jour de réflexion"

Les Etats membres pourraient examiner l'intérêt d'inclure dans leurs cadres de régulation une disposition interdisant la diffusion de messages électoraux partisans au cours de la journée qui précède le vote.

2. Sondages d'opinion

Les cadres de régulation ou d'autorégulation devraient veiller à ce que, lorsqu'ils diffusent les résultats de sondages d'opinion, les médias donnent au public des informations suffisantes pour juger de la valeur de ces sondages. Ces informations pourraient en particulier consister :

- à nommer le parti politique ou autre organisation ou personne qui a commandé et a payé le sondage ;

- à identifier l'organisme ayant effectué le sondage et la méthodologie utilisée ;

- à indiquer l'échantillon et la marge d'erreur du sondage ;

- à indiquer la date et/ou la période du sondage.

Toutes autres questions concernant la façon dont les médias présentent les résultats de sondages d'opinion devraient rester du ressort de ceux-ci.

Toute restriction effectuée par les Etats membres en vue d'interdire la publication/la diffusion de sondages d'opinion (sur les intentions de vote) le

jour des élections ou quelques jours avant les élections devrait respecter l'Article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, tel qu'interprété par la Cour européenne des Droits de l'Homme.

De la même façon, s'agissant des sondages réalisés à la sortie des urnes pour indiquer dans quel sens les électeurs ont voté, les Etats membres pourraient examiner la possibilité d'interdire aux médias de rendre compte des résultats de ces sondages avant la fermeture de tous les bureaux de vote dans le pays.

3. Droit de réponse

Vu la courte durée des campagnes électorales, tout candidat ou parti politique qui peut prétendre bénéficier d'un droit de réponse en application des lois ou systèmes nationaux devrait pouvoir exercer ce droit pendant la période électorale.

IV. Mesures visant à protéger les médias pendant les périodes électorales

1. Non-ingérence de la part des autorités publiques

Les autorités publiques devraient s'abstenir de s'ingérer dans les activités des médias ou des journalistes et autres personnels des médias en vue d'influencer les élections.

2. Protection contre les attaques, intimidations ou autres pressions illégales sur les médias

Les autorités publiques devraient prendre des mesures appropriées en vue d'assurer une protection efficace des journalistes et autres personnels des médias et de leurs locaux, étant donné que celle-ci revêt une plus grande importance pendant les élections. Dans le même temps, cette protection ne devrait pas faire obstruction au déroulement de leur travail.

Recommandation CM/Rec(2007)15 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias

*(adoptée par le Comité des Ministres le 7 novembre 2007,
lors de la 1010e réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe ;

Notant le rôle important des médias dans les sociétés modernes, particulièrement en période électorale ;

Considérant le développement constant des technologies de l'information et de la

communication et le paysage en mutation des médias qui nécessite la révision de la Recommandation n° R (99) 15 du Comité des Ministres relative à des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias ;

Conscient du besoin de tenir compte des différences significatives qui existent encore entre les médias de la presse écrite et les médias du secteur de la radiodiffusion ;

Considérant les différences entre les services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires, en particulier au regard de leur portée, leur impact et leur méthode de consommation ;

Soulignant que le principe fondamental de l'indépendance éditoriale des médias revêt une importance particulière en période électorale ;

Soulignant que la couverture des élections par les médias du secteur de la radiodiffusion devrait être équitable, équilibrée et impartiale ;

Rappelant les principes de base contenus dans la Résolution n° 2 adoptée lors de la 4e Conférence ministérielle sur la politique des communications de masse (Prague, décembre 1994), et dans la Recommandation n° R (96) 10 du Comité des Ministres concernant la garantie de l'indépendance du service public de la radiodiffusion ;

Notant l'émergence de médias de service public dans la société de l'information telle que traitée dans la Recommandation Rec(2007)3 du Comité des Ministres sur la mission des médias de service public dans la société de l'information ;

Considérant que les médias de service public sont une source d'information publiquement responsable et qui ont une responsabilité particulière pour assurer dans leurs programmes une couverture équitable, équilibrée et complète des élections, ce qui pourrait inclure la transmission gratuite, et sur une base équitable, de messages de partis politiques et de candidats ;

Notant qu'une attention particulière devrait être apportée à certains éléments particuliers de la couverture des campagnes électorales, tels que la diffusion de sondages d'opinion, la publicité politique payante, le droit de réponse, les jours de réflexion et les dispositions concernant les périodes préélectorales ;

Soulignant le rôle important des mesures d'autorégulation adoptées par les professionnels des médias eux-mêmes – par exemple sous la forme de codes de conduite – qui établissent des lignes directrices définissant de bonnes pratiques pour une couverture responsable, exacte et équitable des campagnes électorales ;

Reconnaissant le caractère complémentaire entre les mesures de régulation et d'autorégulation dans ce domaine ;

Convaincu de l'utilité de cadres de régulation appropriés concernant la couverture des élections par les médias afin de contribuer à des élections libres et démocratiques, en gardant à l'esprit les différentes approches juridiques et pratiques des Etats membres dans ce domaine et le fait que celle-ci peut être soumise à différentes branches du droit ;

Reconnaissant que tout cadre de régulation concernant la couverture des élections par les médias devrait respecter le principe fondamental de la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'interprété par la Cour européenne des Droits de l'Homme ;

Rappelant également la Recommandation [Rec\(2004\)16](#) du Comité des Ministres sur le droit de réponse dans le nouvel environnement des médias, qui offre la possibilité d'une correction immédiate ou rapide des informations contestées et facile d'utilisation ;

Recommande aux gouvernements des Etats membres, s'ils ne l'ont pas déjà fait, d'examiner les moyens d'assurer le respect des principes ci-après énoncés, relatifs à la couverture des campagnes électorales par les médias, et, le cas échéant, d'adopter les mesures appropriées visant à mettre en œuvre ces principes dans leurs législations ou pratiques nationales et conformément à leur droit constitutionnel.

Définition

Aux fins de la présente recommandation :

Le terme « médias » se rapporte à ceux responsables de la création périodique d'information et de contenu et à sa diffusion pour laquelle il y a une responsabilité éditoriale, indépendamment des moyens et de la technologie utilisés pour la délivrer, qui est destinée à la réception par une proportion significative du public dans son ensemble, et qui peut avoir un impact notable sur ce dernier. Pourraient notamment être inclus la presse écrite (journaux, périodiques), les médias diffusés à travers des réseaux de communication électronique, comme le secteur de la radiodiffusion (radio, télévision et autres services audiovisuels linéaires), des services d'actualités en ligne (tels que des éditions en ligne de journaux et de bulletins) et des services médias audiovisuels non linéaires (tels que les services de télévision à la demande).

Portée de la recommandation

Les principes de la présente recommandation s'appliquent à tous les types d'élections politiques ayant lieu dans les Etats membres, notamment les élections présidentielles, législatives, régionales et, lorsque cela est réalisable, les élections locales et les référendums.

Ces principes devraient également s'appliquer, lorsqu'ils sont pertinents, à la couverture par les médias des élections se déroulant à l'étranger, en particulier lorsque ces médias visent des personnes dans le pays où l'élection a lieu.

Dans les Etats membres où la notion de « période préélectorale » est définie en droit interne, les principes contenus dans la présente recommandation devraient également s'appliquer.

Principes

I. Prescriptions générales

1. Non-ingérence de la part des autorités publiques

Les autorités publiques devraient s'abstenir de s'ingérer dans les activités des journalistes et autres personnels des médias en vue d'influencer les élections.

2. Protection contre les attaques, intimidations ou autres pressions illégales sur les médias

Les autorités publiques devraient prendre des mesures appropriées en vue d'assurer une protection effective des journalistes et autres personnels des médias et de leurs locaux, étant donné que celle-ci revêt une plus grande importance pendant les élections. Dans le

même temps, cette protection ne devrait pas faire obstruction au déroulement du travail des médias.

3. Indépendance éditoriale

Les cadres de régulation concernant la couverture d'élections par les médias devraient respecter l'indépendance éditoriale des médias.

Les Etats membres devraient garantir une séparation effective et manifeste entre l'exercice du contrôle sur les médias et la prise de décision quant à leur contenu et à l'exercice d'une autorité ou d'une influence politique.

4. Propriété des pouvoirs publics

Les Etats membres devraient adopter des mesures en application desquelles les médias qui sont la propriété des pouvoirs publics, lorsqu'ils couvrent des campagnes électorales, devraient le faire de manière équitable, équilibrée et impartiale, sans discriminer ou soutenir un parti politique ou un candidat particulier.

Si ces médias acceptent de la publicité politique payante dans leurs publications, ils devraient garantir que tous les candidats et partis politiques sollicitant l'achat d'espace publicitaire soient traités de manière égale et non discriminatoire.

5. Normes professionnelles et éthiques des médias

Tous les médias sont encouragés à développer des cadres d'autorégulation et à incorporer des normes d'autorégulation professionnelles et éthiques concernant leur couverture des campagnes électorales, incluant notamment le respect des principes de la dignité humaine et de la non-discrimination. Ces normes devraient refléter leurs rôles et responsabilités dans les processus démocratiques.

6. Transparence et accès aux médias

Si les médias acceptent de la publicité politique payante, des cadres de régulation et d'autorégulation devraient garantir qu'une telle publicité est aisément reconnaissable en tant que telle.

Lorsque des médias sont la propriété de partis ou d'hommes politiques, les Etats membres devraient garantir que ceci est porté à la connaissance du public.

7. Le droit de réponse ou les recours équivalents

Etant donné la courte durée d'une campagne électorale, tout candidat ou parti politique qui peut prétendre bénéficier d'un droit de réponse ou de recours équivalents en application des lois ou systèmes nationaux devrait pouvoir exercer ce droit ou ces recours équivalents pendant la période électorale sans retard injustifié.

8. Sondages d'opinion

Les cadres de régulation ou d'autorégulation devraient veiller à ce que, lorsqu'ils diffusent les résultats de sondages d'opinion, les médias donnent au public des informations suffisantes pour juger de la valeur de ces sondages. Ces informations pourraient en particulier consister :

- à nommer le parti politique ou autre organisation ou personne qui a commandé et a

payé le sondage ;

- à identifier l'organisme ayant effectué le sondage et la méthodologie utilisée ;
- à indiquer l'échantillon et la marge d'erreur du sondage ;
- à indiquer la date et/ou la période du sondage.

Toutes autres questions concernant la façon dont les médias présentent les résultats de sondages d'opinion devraient rester du ressort des médias eux-mêmes.

Toute restriction effectuée par les Etats membres en vue d'interdire la publication/la diffusion de sondages d'opinion (sur les intentions de vote) le jour des élections ou quelques jours avant les élections devrait respecter l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'interprété par la Cour européenne des Droits de l'Homme.

De la même façon, s'agissant des sondages réalisés à la sortie des urnes pour indiquer dans quel sens les électeurs ont voté, les Etats membres pourraient examiner la possibilité d'interdire aux médias de rendre compte des résultats de ces sondages avant la fermeture de tous les bureaux de vote dans le pays.

9. « Jour de réflexion »

Les Etats membres pourraient examiner l'intérêt d'inclure dans leurs cadres de régulation une disposition interdisant la diffusion de messages électoraux partisans au cours de la journée qui précède le vote ou permettant de procéder à une rectification.

II. Mesures concernant les médias du secteur de la radiodiffusion

1. Cadre général

Pendant les campagnes électorales, les cadres de régulation devraient favoriser et faciliter l'expression pluraliste des courants d'opinion via les médias du secteur de la radiodiffusion.

En veillant scrupuleusement à respecter l'indépendance éditoriale des radiodiffuseurs, ces cadres de régulation devraient également prévoir l'obligation de couvrir les campagnes électorales de manière équitable, équilibrée et impartiale à travers l'ensemble des services de programmes des radiodiffuseurs. Cette obligation devrait s'appliquer aux médias de service public et aux radiodiffuseurs privés dans leurs zones de transmission pertinentes.

Les Etats membres pourraient déroger à ces mesures en ce qui concerne les services médias de radiodiffusion exclusivement consacrés à, et clairement identifiés en tant que tels, l'autopromotion d'un parti ou candidat politique.

2. Programmes d'information et d'actualités

Lorsque cela n'est pas couvert dans le cadre de l'autorégulation, les Etats membres devraient adopter des mesures en application desquelles, pendant les périodes électorales, les médias du service public et du secteur privé devraient, en particulier, être équitables, équilibrés et impartiaux dans leurs programmes d'information et d'actualités, y inclus les programmes de discussion tels que les interviews ou les débats.

Aucun traitement privilégié ne devrait être accordé par les radiodiffuseurs aux pouvoirs publics durant ces programmes. Cette question devrait d'abord être traitée par le biais de mesures d'autorégulation appropriées. Dans ce cas, les Etats membres pourraient examiner si, lorsque cela est réalisable, les autorités compétentes surveillant la couverture des élections devraient avoir le pouvoir d'intervenir pour remédier à d'éventuels défauts.

3. Services audiovisuels non linéaires des médias de service public

Les Etats membres devraient appliquer les principes contenus aux points 1 et 2 ci-dessus, ou des dispositions similaires, aux services audiovisuels non linéaires des médias de service public.

4. Temps d'antenne gratuit et présence équivalente octroyés aux partis politiques ou aux candidats dans les médias de service public

Les Etats membres pourraient examiner l'opportunité d'inclure dans leurs cadres de régulation des dispositions en vertu desquelles les médias de service public pourraient accorder un temps d'antenne gratuit sur leurs services de diffusion et sur leurs autres services de médias audiovisuels linéaires, et/ou une présence équivalente sur leurs services médias non linéaires, aux partis politiques/candidats pendant la période électorale.

Lorsqu'un tel temps d'antenne et/ou de présence équivalente est accordé, cela devrait être effectué d'une manière équitable et non discriminatoire, sur la base de critères transparents et objectifs.

5. Publicité politique payante

Dans les Etats membres où les partis politiques et les candidats ont le droit d'acheter de l'espace publicitaire à des fins électorales, les cadres de régulation devraient faire en sorte que la possibilité d'acheter de l'espace publicitaire soit accordée à tous les partis concurrents, dans les mêmes conditions et sur la base de tarifs égaux.

Les Etats membres pourraient étudier l'introduction dans leurs cadres de régulation d'une disposition limitant le volume d'espace et de temps publicitaire politique que les partis politiques ou les candidats peuvent acheter.

Les présentateurs réguliers de programmes d'information et d'actualités ne devraient pas participer à la publicité politique payante.

Annexes relatives au logement

Comité européen des droits sociaux

5 décembre 2007, Mouvement international ATD Quart Monde c. France,
Réclamation n° 33/2006
(1^{er} extrait)

Sur la violation alléguée de l'article 31§3 de la Charte révisée

94. *Le Comité rappelle qu'une offre de logement d'un coût abordable doit être assurée. Un logement est d'un coût abordable lorsque le ménage qui l'occupe peut supporter les coûts initiaux (garantie, loyer d'avance), le loyer courant et les autres frais (charges de fonctionnement, d'entretien et de gestion, par exemple) en longue période tout en conservant un niveau de vie minimum, tel que l'entend la collectivité dans laquelle il évolue (Conclusions 2003, Suède, p. 700).*

95. *Il incombe aux Etats de prendre des mesures appropriées pour favoriser la construction de logements, en particulier de logements sociaux (Conclusions 2003, Suède, p. 700).*

100. *Le Comité constate que la mise en œuvre de cette politique n'est pas en soi une démarche suffisante et ne suffit pas à justifier l'inadéquation manifeste et persistante des mécanismes d'intervention existants pour s'assurer que l'offre de logements sociaux aux plus défavorisés bénéficie de toute la priorité qui convient. La situation constitue par conséquent une violation de l'article 31§3.*

Sur la violation alléguée de l'article 31 de la Charte révisée combiné avec l'article E de la Charte révisée en raison de discriminations à l'égard des Roms et des gens du voyage

148. *Le Comité rappelle que tous les droits énoncés dans la Charte, y compris le droit à un logement d'un niveau suffisant, doivent être garantis sans discrimination d'aucune sorte.*

149. *Pour ce qui est du logement des gens du voyage, le Comité se réfère à la Recommandation (2005) 4 du Comité des Ministres relative à l'amélioration des conditions de logement des Roms et des Gens du voyage en Europe, qui dispose notamment que les Etats membres doivent veiller à ce que des politiques intégrées et adaptées en faveur des Roms et des gens du voyage soient élaborées dans le cadre général des politiques du logement.*

150. *Le Comité rappelle également, en ce qui concerne les expulsions, qu'elles doivent être justifiées et exécutées dans des conditions respectant la dignité des personnes concernées, et assorties de solutions de relogement (voir Conclusions 2003, article 31§2, France). Le Comité rappelle que, face à des campements roms sans statut juridique défini, les pouvoirs publics doivent tout faire pour trouver des solutions acceptables par toutes les parties afin d'éviter que les Roms soient privés d'accès aux services et commodités auxquels ils ont droit en tant que citoyens de l'Etat où ils vivent.*

.....
154. *En l'espèce, le Comité observe que le Gouvernement n'oppose aucune objection valable aux analyses auxquelles procède l'organisation requérante et que ses productions comportent un certain nombre d'arguments révélant, au contraire, l'impuissance des collectivités locales à leur manquement répété d'améliorer la situation des gens du voyage en matière de logement. Malgré les efforts de l'Etat et des autorités locales dans ce domaine et*

les résultats positifs parfois obtenus, il y a une longue période de défaut de prise en compte par les collectivités locales, comme par l'Etat, des besoins spécifiques des Roms et des gens du voyage.

155. Le Comité dit par conséquent que la mise en œuvre insuffisante de la législation relative aux aires d'accueil pour les gens du voyage, constitue une violation de l'article 31§3 de la Charte révisée combiné à l'article E.

Pareille appréciation a encore été émise par le Comité le 11 septembre 2012, Médecins du Monde – International c/ France, Réclamation n° 67/2011, au sujet des droits au logement, à la scolarisation des enfants, à la protection sociale et à la santé des Roms.

Cour européenne des droits de l'homme

26 octobre 2006, Wallova et Walla c/ République tchèque (Requête n° 23848/04)

(extrait)

73. Dans la présente affaire, les capacités éducatives et affectives des requérants n'ont jamais été mises en cause et les tribunaux ont reconnu leurs efforts déployés afin de surmonter leurs difficultés. Dès lors, la prise en charge des enfants des requérants a été ordonnée pour la seule raison que la famille occupait à l'époque un logement inadéquat. De l'avis de la Cour, il s'agissait donc d'une carence matérielle que les autorités nationales auraient pu compenser à l'aide des moyens autres que la séparation totale de la famille, laquelle semble être la mesure la plus radicale ne pouvant s'appliquer qu'aux cas les plus graves.

74. La Cour estime que, pour respecter en l'espèce l'exigence de proportionnalité, les autorités tchèques auraient dû envisager d'autres mesures moins radicales que la prise en charge des enfants. En effet, la Cour considère que le rôle des autorités de la protection sociale est précisément d'aider les personnes en difficultés qui n'ont pas les connaissances nécessaires du système, de les guider dans leurs démarches et de les conseiller, entre autres, quant aux différents types d'allocations sociales, aux possibilités d'obtenir un logement social ou quant aux autres moyens de surmonter leurs difficultés. Ainsi, en République tchèque, l'article 14 de la loi no114/1988 met à la charge des autorités locales de rechercher les personnes qui ont besoin d'une aide sociale (voir paragraphe 41 ci-dessus), et la Cour constitutionnelle a également énoncé dans sa décision du 28 janvier 2004 que des institutions publiques devaient intervenir dans les cas où les familles étaient temporairement et non de leur faute confrontées à une situation difficile.

75. En l'occurrence, les autorités nationales avaient la possibilité de veiller sur les conditions de vie et d'hygiène dans lesquelles les requérants se trouvaient, et elles auraient notamment pu les conseiller sur les démarches à faire pour qu'ils puissent eux-mêmes améliorer la situation et trouver une solution à leurs problèmes. Cela aurait d'ailleurs été conforme à la législation tchèque relative à l'aide sociale.

Cour européenne des droits de l'homme

Affaire Oneryildiz c/ Turquie (Requête n° 48939/99)

Arrêt du 18 juin 2002

(extrait)

(§ 142) « La Cour estime que l'habitation construite par le requérant et le fait pour lui d'y demeurer avec sa famille représentaient un intérêt économique substantiel. Pareil intérêt, dont le maintien dans le temps avait été toléré par les autorités, s'analyse en un « bien », au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 § 1 du Protocole additionnel »,

(§ 145) « La Cour rappelle l'importance cruciale du droit consacré par l'article 1 du Protocole no 1 et considère que l'exercice réel et efficace de ce droit ne saurait dépendre uniquement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence : il peut exiger des mesures positives de protection. Pour déterminer s'il y a une obligation positive, il faut prendre en compte – souci sous-jacent à la Convention tout entière – le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, étant entendu que pareille obligation s'impose notamment là où il existe un lien direct entre les mesures qu'un requérant pourrait légitimement attendre des autorités et la jouissance par ce dernier de ses biens ».

(§ 146) « La Cour rappelle qu'elle a déjà établi en l'espèce l'existence d'un tel lien de causalité quant à l'accident survenu le 28 avril 1993 (paragraphe 81 ci-dessus). Il va sans dire qu'il en est de même pour l'ensevelissement du taudis du requérant. Partant, la Cour juge que l'accumulation des omissions des autorités administratives s'agissant de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher la matérialisation du risque d'explosion de méthane donc du glissement de terrain qui en a résulté (paragraphe 87 ci-dessus) va également à l'encontre de l'exigence d'une protection « concrète et effective » du droit garanti par l'article 1 du Protocole 1.

Pareille situation s'analyse en une atteinte manifeste au droit du requérant au respect de ses 'biens' et, aux fins de l'examen de cette partie de la requête, il convient de la qualifier d' 'ingérence' ».

Grande chambre arrêt du 30 novembre 2004

(1^{er} extrait)

129. De l'avis de la Cour, l'intérêt patrimonial du requérant relatif à son habitation était suffisamment important et reconnu pour constituer un intérêt substantiel, donc un « bien » au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 du Protocole no 1, laquelle est donc applicable quant à ce volet du grief examiné.

.....

134. A cet égard, la Cour réaffirme le principe qui a déjà été dégagé, en substance, de l'article 1 du Protocole no 1 (*Bielectric S.r.l.c. Italie (déc.)*, no 36811/97, 4 mai 2000). L'exercice réel et efficace du droit que cette disposition garantit ne saurait en effet dépendre uniquement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence et peut exiger des mesures positives de protection, notamment là où il existe un lien direct entre les mesures qu'un

requérant pourrait légitimement attendre des autorités et la jouissance effective par ce dernier de ses biens.

135. Dans la présente affaire, il ne fait aucun doute que le lien de causalité constaté entre les négligences graves imputables à l'Etat et les pertes en vies humaines survenues en l'espèce se retrouve également en ce qui concerne l'ensevelissement de la maison du requérant. Pour la Cour, l'atteinte qui en résulte ne s'analyse pas en une « ingérence », mais en la méconnaissance d'une obligation positive, les agents et autorités de l'Etat n'ayant pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour sauvegarder les intérêts patrimoniaux du requérant.

Comité européen des droits sociaux
5 décembre 2007, Mouvement international ATD Quart Monde c. France,
Réclamation n° 33/2006
(2d extrait)

Sur la violation alléguée de l'Article 31§2 de la Charte Révisée résultant des procédures d'expulsion et de leur mise en oeuvre

77. *Le Comité rappelle que les Etats doivent mettre en place des procédures pour limiter les risques d'expulsion et veiller à ce que celle-ci, quand elle doit survenir, soit exécutée dans des conditions respectant la dignité des personnes concernées (Conclusions 2003, Suède, p. 698.).*

78. *L'expulsion peut être définie comme la privation du logement dont on était occupant pour des motifs tenant soit à l'insolvabilité, soit à une occupation fautive (Conclusions 2003, Suède, p. 699). La protection juridique des personnes visées par une menace d'expulsion doit notamment comporter une obligation de concertation avec les intéressés dont les objectifs sont les suivants : recherche de solutions alternatives à l'expulsion, fixation d'un délai de préavis raisonnable avant la date de l'expulsion. La loi doit également interdire de procéder à l'expulsion de nuit ou l'hiver, définir des voies de recours juridiques, offrir une assistance juridique à ceux qui en ont besoin pour demander réparation en justice, et assurer une indemnisation en cas d'expulsion illégale. Les garanties procédurales sont ici importantes. Même lorsque l'expulsion est justifiée, les autorités doivent faire en sorte de reloger ou d'aider financièrement les personnes concernées.*

79. *Le Comité considère que certains éléments du système français en matière d'expulsions, notamment le fait qu'il faille attendre deux mois après la notification de l'avis officiel d'expulsion pour pouvoir procéder à cette dernière, ou encore la suspension des expulsions en période hivernale, sont conformes aux principes directeurs qu'il a posés.*

80. *Cependant, le Comité constate que le système français n'apporte pas, ni aux termes des dispositions applicables, ni dans la pratique, les garanties exigées en matière de relogement. La loi du 29 juillet 1998 contre l'exclusion ne garantit en effet en rien qu'un individu expulsé sera relogé. Le Comité constate une multiplication des cas d'expulsions où les personnes concernées ne sont pas relogées, et ce même lorsque les logements qu'on les oblige à quitter ne répondent pas aux conditions minimales d'habitabilité. Aussi, eu égard au nombre élevé d'arrêtés d'expulsion prononcés en France chaque année, et compte tenu du risque que l'expulsion ne conduise durablement à l'état de sans-abri, le Comité considère que*

l'absence de garanties quant aux possibilités d'obtenir un logement stable et accessible avant la date de l'expulsion est contraire à l'article 31§2.

81. *Le Comité a, par le passé, relevé l'existence de failles concernant les mesures d'ordre financier destinées à prévenir les expulsions (voir Conclusions 2005, France, article 31§2). Il a en particulier noté que, d'après un rapport du Haut Comité pour le logement des personnes défavorisées, « les plans d'apurement établis par les commissions de surendettement ne sont pas toujours compatibles avec l'obligation de résorber l'impayé en deux ans, qui constitue la condition sine qua non permettant au juge d'accorder des délais plutôt que de constater la résiliation du bail ». Par conséquent, compte tenu à nouveau du fait que le nombre de locataires faisant l'objet d'un jugement d'expulsion est très élevé, le Comité considère que la situation relative aux mesures financières de nature à prévenir l'expulsion n'est pas non plus conforme à l'article 3§2.*

82. *Le Comité a également relevé la mauvaise coordination entre tous les acteurs impliqués dans la démarche préventive : collectivités locales, fonds de solidarité logement (FSL), commission de surendettement, etc. (voir Conclusions 2003, France, article 31§2). Bien que les commissions spécialisées dans la prévention des expulsions, instituées par la loi n° 2006-72 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (voir §44), aient théoriquement vocation à améliorer la coordination entre ces différentes instances, le Comité n'est pas en mesure d'apprécier la contribution qu'elles peuvent concrètement apporter à la prévention de l'expulsion de locataires, étant donné que la loi a été adoptée il y a peu.*

83. *Le Comité dit par conséquent que l'application non satisfaisante de la législation en matière de prévention des expulsions et le manque de dispositifs permettant de proposer des solutions de logement aux familles expulsées constituent une violation de l'article 31§2 de la Charte révisée.*

Cour européenne des droits de l'homme
Affaire Oneryildiz c/ Turquie (Requête n° 48939/99)
Grande chambre arrêt du 30 novembre 2004
(2d extrait)

3. la Cour observe qu'entre la construction sans permis de la maison litigieuse en 1988 et l'accident du 28 avril 1993, le requérant est resté en possession de son habitation, alors que, pendant ce laps de temps, sa situation demeurait soumise au régime de la loi n° 775, notamment à son article 18 en vertu duquel les autorités municipales pouvaient procéder à tout moment à la destruction de sa maison. C'est ce que le Gouvernement a bien laissé entendre (paragraphe 77 et 80 ci-dessus), sans pour autant être en mesure de démontrer que dans la présente affaire les autorités compétentes avaient ne serait-ce qu'envisagé la prise d'une quelconque mesure de cet ordre à l'encontre de l'intéressé.

Elles ont laissé M. Öneriyıldız et ses proches vivre dans leur maison en toute tranquillité dans l'environnement social et familial qu'ils avaient créé. De surcroît, compte tenu des preuves matérielles présentées à la Cour et non réfutées par le Gouvernement, rien ne permet de douter de la véracité de l'affirmation du requérant, selon laquelle l'administration avait de surcroît imposé une taxe d'habitation, à lui ainsi qu'à d'autres habitants du bidonville d'Ümraniye, et les avait admis au bénéfice des services publics payants (paragraphe 11 et 85 ci-dessus).

4. Dans ces conditions, on comprendrait mal que le Gouvernement puisse légitimement faire valoir une quelconque imprévoyance ou faute de la part des victimes de l'accident du 28 avril 1993, ou se fonder sur les conclusions de la Cour dans l'affaire Chapman précitée, où aucune passivité des autorités britanniques n'avait été relevée face à l'irrégularité commise par M^{me} Chapman.

Il convient par ailleurs d'examiner les autres arguments que le Gouvernement tire généralement de l'ampleur des projets de réhabilitation que la mairie métropolitaine aurait alors mis en œuvre pour pallier les problèmes liés au site de la décharge d'Ümraniye, de l'importance des investissements qui aurait influé sur le choix des autorités nationales face à la situation prévalant dans ce site et, enfin, des considérations humanitaires qui, à l'époque, auraient condamné toute mesure de destruction immédiate et massive des agglomérations de taudis.

.....

5. Nul n'a contesté devant la Cour que l'habitation du requérant était érigée en violation de la réglementation turque en matière d'aménagement urbain et contrevenait aux normes techniques en la matière, ni le fait que le terrain ainsi occupé appartenait au Trésor public. Cela étant, les parties ont des vues divergentes quant à la question de savoir si le requérant disposait d'un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1.

.....

6. Cela étant, une autre considération s'impose pour ce qui est de l'habitation même du requérant.

A cet égard, il suffit à la Cour de renvoyer aux raisons exposées ci-dessus et qui l'ont conduite à constater l'existence d'une tolérance des autorités de l'Etat face aux actions du requérant (paragraphes 105 et 106 ci-dessus). Ces raisons valent à l'évidence au regard de l'article 1 du Protocole n° 1 et permettent de juger que lesdites autorités ont de facto reconnu que l'intéressé et ses proches avaient un intérêt patrimonial tenant à leur habitation et à leurs biens meubles.

7. A ce sujet, la Cour ne saurait accepter qu'on puisse leur reprocher de cette manière des irrégularités (paragraphe 122 ci-dessus) dont les autorités compétentes avaient connaissance depuis presque cinq ans.

Certes, elle admet que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire portant sur une multitude de facteurs locaux est inhérent au choix et à l'application de politiques d'aménagement urbain et rural, et de mesures qui s'imposent. Cependant, face à un problème tel que celui soulevé en l'espèce, les autorités ne peuvent légitimement invoquer leur marge d'appréciation, celle-ci ne les dispensant aucunement de leur devoir de réagir en temps utile, de façon correcte et, surtout, cohérente.

Or, dans la présente affaire, tel n'a pas été le cas puisque l'incertitude créée au sein de la société turque quant à l'application des lois réprimant les agglomérations illégales n'était pas un élément susceptible d'amener le requérant à penser que la situation concernant son habitation risquait de basculer d'un jour à l'autre.

8. De l'avis de la Cour, l'intérêt patrimonial du requérant relatif à son habitation était suffisamment important et reconnu pour constituer un intérêt substantiel, donc un « bien » au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1, laquelle est donc applicable quant à ce volet du grief examiné.

Cour européenne des droits de l'homme
18 janvier 2001 CHAPMAN c. Royaume-Uni (Requête n° 27238/95)
(extrait)

9. *Eu égard aux circonstances de l'espèce, elle estime que les décisions des services de l'aménagement refusant à la requérante l'autorisation de rester sur son terrain avec ses caravanes, et les mesures d'exécution prises du fait que l'intéressée a continué d'occuper son terrain, constituent une ingérence dans le droit de celle-ci au respect de sa vie privée et familiale et de son domicile au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. Elle va rechercher ci-dessous si cette ingérence se justifiait sous l'angle du paragraphe 2 de l'article 8, à savoir si elle était « prévue par la loi », poursuivait un ou plusieurs buts légitimes et était « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ce ou ces buts.*

.....

10. *Les faits de la cause démontrent la gravité de l'enjeu pour la requérante. Pendant de nombreuses années, celle-ci a mené une vie itinérante en s'arrêtant sur des sites temporaires ou non officiels. Elle s'est installée sur un terrain lui appartenant dans le but de stationner ses caravanes à long terme dans un endroit sûr. On lui refusa toutefois le permis d'aménagement nécessaire et elle fut sommée de partir. Elle fut mise deux fois à l'amende et quitta son terrain, mais y retourna car elle avait de nouveau été contrainte de changer constamment d'emplacement. Il apparaîtrait que la requérante ne souhaite pas en fait mener une vie itinérante. Elle a habité sur le site en cause de 1986 à 1990 puis de 1992 jusqu'à la procédure en cours. Le cas d'espèce ne porte donc pas directement sur le mode de vie itinérant traditionnel des Tsiganes.*

11. *Il est évident que des personnes faisant l'objet d'une mise en demeure ont en principe la possibilité, pleine et équitable, de soumettre aux inspecteurs de l'aménagement tout élément qu'elles considèrent comme pertinent pour leur cause, notamment leur situation personnelle, financière et autre, ainsi que leur avis sur le caractère acceptable ou non des sites de remplacement et le délai nécessaire pour trouver un autre site convenable. La requérante a en pratique bénéficié de cette possibilité.*

12. *La Cour rappelle que la requérante s'est installée sur son terrain dans ses caravanes sans obtenir au préalable le permis d'aménagement qu'elle savait nécessaire pour que cette occupation fût légale. Conformément aux procédures applicables, les recours formés par l'intéressée contre le refus du permis d'aménagement et les mises en demeure ont été examinés au cours de deux enquêtes publiques menées par des inspecteurs, qui sont des experts indépendants. Dans les deux cas, les inspecteurs se sont rendus sur le site et ont étudié les observations de la requérante. Comme en témoigne la prolongation du délai accordé pour obtempérer (paragraphe 47 du rapport de l'inspecteur, repris au paragraphe 17 ci-dessus), les arguments qu'elle a avancés ont été dans une certaine mesure pris en compte.*

13. *Le premier inspecteur tint compte de la situation du site, dans la ceinture verte métropolitaine, et estima que les considérations d'aménagement, tant nationales que locales, l'emportaient sur les besoins de la requérante (paragraphe 14 ci-dessus). Le second inspecteur trouva que l'utilisation du terrain pour y stationner des caravanes serait gravement préjudiciable à l'environnement et « gênerait sérieusement le caractère calme et rural du site », qui se trouvait à la fois dans la ceinture verte et dans une zone de haute valeur paysagère (paragraphe 37 du rapport, repris au paragraphe 17 ci-dessus). Il conclut que l'aménagement du site saperait l'objectif de la ceinture verte, qui vise à protéger la campagne de toute atteinte. Selon lui, les arguments de la requérante ne justifiaient pas de passer outre un intérêt aussi important.*

14. Les arguments de la requérante ont été pris en considération, en ce qui concerne tant ses travaux sur le terrain – nettoyage et plantations – que ses difficultés pour trouver d'autres sites dans la région. Cependant, les deux inspecteurs ont mis ces facteurs en balance avec l'intérêt général que représente la protection du caractère rural du paysage et ont conclu à la prépondérance de ce dernier.

15. Il ressort clairement des rapports des inspecteurs (paragraphe 14 et 17 ci-dessus) qu'il existait de puissantes raisons, ayant trait à l'environnement, pour étayer le refus du permis d'aménagement et que la situation personnelle de la requérante a été prise en compte dans le processus décisionnel. La Cour relève aussi que la requérante pouvait faire appel à la High Court dans la mesure où elle estimait que les inspecteurs, ou le ministre, n'avaient pas pris en considération un élément pertinent ou avaient fondé la décision contestée sur des facteurs non pertinents.

16. La Cour observe qu'il a été admis au cours des procédures d'aménagement qu'il n'existait pas de sites vacants où la requérante aurait pu aller s'installer dans l'immédiat, que ce soit dans le district ou dans le comté en général. Le Gouvernement a indiqué qu'il y avait d'autres sites dans le comté et que la requérante était libre d'en chercher un en dehors de ce dernier. Bien que les statistiques attestent d'un manque de sites gérés par les autorités locales pour les Tsiganes dans l'ensemble du pays, on peut constater que de nombreuses familles tsiganes mènent toujours une vie itinérante sans recourir aux sites officiels et il ne fait pas de doute que des emplacements se libèrent périodiquement sur ces sites.

17. De plus, puisqu'il existe beaucoup de sites caravaniers bénéficiant d'un permis d'aménagement, la question de savoir si des sites appropriés étaient disponibles pour la requérante pendant le long délai de grâce qui lui fut accordé dépend de ce que l'on entend par site approprié. A cet égard, le coût d'un site par rapport aux avoirs de la requérante, ainsi que la situation du site comparée avec les souhaits de celle-ci sont des facteurs à l'évidence pertinents. Etant donné que seule la requérante sait combien elle possède, quels sont les dépenses auxquelles elle doit faire face et les critères géographiques qu'elle considère comme essentiels, et pourquoi, c'est à elle qu'il appartient d'apporter des éléments de preuve à ce sujet. Or elle n'a soumis à la Cour aucun renseignement quant à sa situation financière, quant aux qualités que doit présenter un terrain pour qu'elle le considère comme bien situé ou encore quant aux recherches qu'elle a menées pour trouver un autre site.

18. La Cour n'est donc pas convaincue qu'il n'existe pas d'autre solution pour la requérante que de continuer d'occuper un terrain sans permis d'aménagement dans la ceinture verte. Comme indiqué dans l'arrêt Buckley, l'article 8 ne va pas nécessairement jusqu'à permettre aux préférences individuelles en matière de résidence de l'emporter sur l'intérêt général (arrêt précité, p. 1294, § 81). Si les difficultés de la requérante découlent d'un manque d'argent, alors elle se trouve dans la même situation regrettable que beaucoup d'autres personnes qui ne peuvent se permettre de continuer à habiter dans des lieux ou des maisons qui leur plaisent.

19. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il a été tenu compte comme il convient de la situation difficile de la requérante tant dans le cadre réglementaire, qui prévoyait des garanties procédurales adéquates pour protéger ses intérêts au titre de l'article 8, que de la part des autorités responsables de l'aménagement dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les circonstances propres à son cas. Lesdites autorités ont pris leurs décisions au terme d'un exercice de mise en balance des divers intérêts concurrents en présence. Il n'appartient pas à la Cour de s'ériger en juridiction d'appel et de statuer sur le fond de ces décisions, qui se sont appuyées sur des motifs pertinents et suffisants, aux fins de l'article 8, pour justifier les ingérences dans les droits reconnus à la requérante.

20. Les considérations d'ordre humanitaire qui auraient pu militer en faveur d'une issue différente pour la procédure interne ne sauraient être utilisées par la Cour pour fonder une

conclusion qui équivaldrait à soustraire la requérante au champ d'application de la législation nationale en matière d'aménagement et à obliger les gouvernements à veiller à ce que chaque famille tzigane dispose d'un hébergement adapté à ses besoins. En outre, eu égard aux circonstances de l'espèce, les conséquences de ces décisions ne sauraient passer pour disproportionnées au but légitime poursuivi.

21. En bref, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

22. Pour les raisons déjà exposées au titre de l'article 8 de la Convention, la Cour conclut que l'ingérence alléguée dans le droit de la requérante au respect de ses biens était proportionnée et reflétait un juste équilibre conformément aux exigences de l'article 1 du Protocole n° 1. Il n'y a donc pas eu violation de cette disposition.

Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre)
29 mars 2010 Brosset-Tribollet (Requête n° 34078/02)

2. *Appréciation de la Cour*

80. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, l'article 1 du Protocole no 1, qui garantit en substance le droit de propriété, contient trois normes distinctes (voir, notamment, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 37, série A no 98) : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats contractants le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. Les deuxième et troisième normes, qui ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété, doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (*Bruncrona c. Finlande*, no 41673/98, §§ 65-69, 16 novembre 2004, et *Broniowski c. Pologne [GC]*, no 31443/96, § 134, CEDH 2004-V).

81. Quant à l'existence d'une ingérence, la Cour rappelle que pour déterminer s'il y a eu privation de biens au sens de la deuxième « norme », il faut non seulement examiner s'il y a eu dépossession ou expropriation formelle, mais encore regarder au-delà des apparences et analyser les réalités de la situation litigieuse. La Convention visant à protéger des droits « concrets et effectifs », il importe de rechercher si ladite situation équivalait à une expropriation de fait (*Brumărescu c. Roumanie [GC]*, no 28342/95, § 76, CEDH 1999-VII, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, §§ 63 et 69-74, série A no 52).

82. La Cour observe que nul ne conteste l'appartenance au domaine public de la parcelle sur laquelle est édifiée la maison litigieuse. Compte tenu des principes régissant ce domaine et de l'absence de mise en œuvre de la démolition à ce jour, la Cour est d'avis qu'il n'y a pas en l'espèce une privation de propriété au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 (*mutatis mutandis*, *Saliba c. Malte*, no 4251/02, §§ 34-35, 8 novembre 2005 ; *a contrario*, *Allard c. Suède*, no 35179/97, § 50, 24 juin 2003, et N.A. et autres, précité, §§ 31 et 38).

83. Elle estime que le non-renouvellement des autorisations d'occupation privative du domaine public, dont les requérantes ne pouvaient pas ignorer qu'il pourrait les concerner un jour et l'injonction de détruire la maison en résultant peuvent s'analyser en une réglementation de l'usage des biens dans un but d'intérêt général. En effet, le régime juridique du domaine public, en tant qu'il affecte celui-ci à l'usage du public afin de servir le bien commun, correspond à cette catégorie. De plus, la motivation du refus de renouvellement des autorisations donnée par le préfet est fondée sur les dispositions de la loi

littoral en sa partie consacrée à la protection de l'état naturel du rivage de la mer (mutatis mutandis, Hamer, précité, § 77).

84. *Quant à la finalité de l'ingérence, la Cour relève que les requérantes contestent le but d'intérêt général, la protection de l'affectation du domaine public et celle de l'environnement. La Cour ne souscrit pas à cette thèse. Elle admet que les juridictions nationales n'ont analysé l'atteinte au bien en question que sous l'angle de la domanialité publique. Elle observe aussi que par les autorisations d'occupation successives, l'Etat a réduit de facto la protection de l'affectation du domaine à l'utilité publique. Cela étant, c'est suite à l'adoption de la loi littoral – dont l'article 1er dispose que « le littoral est une entité géographique qui appelle une politique spécifique d'aménagement, de protection et de mise en valeur » – que les autorisations ont cessé d'être renouvelées, et ce dans un but de protection du rivage de la mer et plus généralement de l'environnement. La Cour rappelle que la protection de l'environnement, dont la société se soucie sans cesse davantage (Fredin c. Suède (no 1), 18 février 1991, § 48, série A no 192), est devenue une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu. La Cour l'a plusieurs fois souligné à propos de la protection de la nature et des forêts (Turgut et autres, précité, § 90, Köktepe, précité, § 87 et Şatir, précité, § 33). La préservation du littoral et en particulier des plages, « lieu ouvert à tous », en constitue un autre exemple (N.A. et autres, précité, § 40) qui appelle une politique d'aménagement du territoire appropriée. La Cour estime donc que l'ingérence poursuivait un but légitime qui était dans l'intérêt général : encourager le libre accès au rivage, dont l'importance n'est plus à démontrer (voir paragraphes 46 à 50, 52 et 55).*

85. *Il reste donc à déterminer si, compte tenu de l'intérêt des requérantes à conserver la maison, l'exigence de remise en l'état des lieux est un moyen proportionné au but poursuivi.*

86. *Selon une jurisprudence bien établie, le second alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 doit se lire à la lumière du principe consacré par la première phrase de l'article. En conséquence, une mesure d'ingérence doit ménager un « juste équilibre » entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. La recherche de pareil équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 du Protocole no 1 tout entier et, par conséquent, dans celui du second alinéa ; il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En contrôlant le respect de cette exigence, la Cour reconnaît à l'Etat une grande marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause (Chassagnou et autres c. France [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 75, CEDH 1999–III). Cet équilibre est rompu si la personne concernée a eu à subir une charge spéciale et exorbitante.*

87. *La Cour a par ailleurs souvent rappelé que les politiques d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement, où l'intérêt général de la communauté occupe une place prééminente, laissent à l'Etat une marge d'appréciation plus grande que lorsque sont en jeu des droits exclusivement civils (mutatis mutandis, Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne, no 62543/00, § 70, CEDH 2004-III ; Alatulkkila et autres c. Finlande, no 33538/96, § 67, 28 juillet 2005 ; Valico S.r.l c. Italie (déc.), no 70074/01, CEDH 2006-III ; Lars et Astrid Fågerskiöld c. Suède (déc.), no 37664/04, 26 février 2008).*

88. *La Cour observe que les requérantes n'ont pas construit elles-mêmes la maison mais en ont fait l'acquisition par héritage en 1945, avec l'aval du préfet du Morbihan. Depuis lors, elles occupent la maison, l'entretiennent et paient les taxes et redevances y afférentes. La Cour observe également que la maison aurait été édifée, il y a plus d'un siècle, sur une parcelle exondée appartenant au domaine public en l'absence de toute concession l'autorisant. Aux yeux de la Cour, la question de la légalité de la construction de la maison ne doit pas entrer en ligne de compte en l'espèce. En tout état de cause, l'illégalité alléguée de*

celle-ci ne saurait être opposée aux requérantes, particulièrement dès lors qu'il n'est pas contesté que celles-ci ont acquis leur « bien » de bonne foi. Leur situation est donc à l'évidence différente de celle d'un individu qui, en toute connaissance de cause, construirait un bâtiment sans permis (a contrario, Öneriyıldız, Saliba et Hamer, précités). La maison litigieuse n'a donc rien de comparable avec les phénomènes récents d'urbanisation illégale du littoral.

89. Quoi qu'il en soit, depuis l'acquisition du « bien », voire même depuis sa construction, l'administration avait connaissance de la maison, car son occupation était soumise à la délivrance d'une autorisation qui précisait que « le terre-plein ne pourrait nuire en rien à la navigation (...) ni à la circulation sur le rivage maritime à condition d'être accessible au public en tout temps ». Chaque arrêté préfectoral mentionnait la durée de l'autorisation et, conformément à l'ancien article A 26 du code du domaine de l'Etat, la possibilité pour l'administration de modifier ou de retirer l'autorisation si elle le jugeait utile, pour quelque cause que ce soit, sans que le bénéficiaire puisse réclamer pour ce fait une indemnité. En outre, il était précisé que celui-ci devrait, s'il en était requis, faire rétablir les lieux dans leur état primitif, par démolition des installations édifiées sur le domaine public, y compris celles existantes à la date de signature de l'arrêté. La Cour en déduit que les requérantes savaient depuis toujours que les autorisations étaient précaires et révocables et considère, dès lors, que les autorités ne sauraient passer pour avoir contribué à entretenir l'incertitude sur la situation juridique du « bien » (a contrario, Beyeler c. Italie [GC], no 33202/96, § 119, CEDH 2000-I).

Certes, elles ont pu jouir du bien pendant une période considérable. La Cour toutefois n'y voit aucune négligence de la part des autorités mais plutôt une tolérance de la poursuite de l'occupation, laquelle était de surcroît réglementée. Dès lors, il n'y a pas lieu de considérer, comme le suggèrent les requérantes, que la responsabilité des autorités pour l'incertitude quant au statut de la maison croît à mesure que le temps passe (paragraphe 63 ci-dessus). L'exceptionnelle longueur de l'occupation litigieuse et certaines hésitations de la part des autorités (paragraphe 18 et 31 ci-dessus) se situaient à une époque où les préoccupations d'aménagement du territoire et environnementales n'avaient pas atteint leur développement actuel. Ce n'est en effet qu'en 1986 que la situation des requérantes changea à la suite de l'adoption de la loi littoral ; celle-ci mit fin à une politique qui consistait à n'envisager la protection du littoral que par le biais des règles régissant la domanialité publique. En tout état de cause, la tolérance mentionnée ci-dessus ne pouvait conduire à une légalisation ex post de l'état des choses.

90. La Cour relève que les requérantes contestent l'adéquation de la mesure au but d'intérêt général de protection du littoral et considèrent que la maison s'intègre parfaitement au site, qu'elle fait même partie du patrimoine et qu'elle ne gêne pas l'accès au rivage. Toutefois, à cet égard, la Cour réitère qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales de décider du type de mesures à prendre pour protéger le littoral. Elles dépendent des politiques d'urbanisme et d'aménagement du territoire, par définition évolutives, et relèvent par excellence des domaines d'intervention de l'Etat, par le biais notamment de la réglementation des biens dans un but d'intérêt général ou d'utilité publique (Gorraiz Lizarraga et autres, précité, § 70 ; Galtieri c. Italie (déc.), no 72864/01, 24 janvier 2006).

91. Il va sans dire qu'après une si longue période, la démolition constituerait une atteinte radicale au « bien » des requérantes. Il est vrai qu'à une autre époque, l'administration était peut-être moins regardante à l'égard des occupations privatives du domaine public. En outre, avant la loi littoral, les requérantes n'ont pas demandé de concession d'endiguage à une époque où cela aurait encore peut-être pu se faire. Cela étant, dès 1973, l'Etat a réagi contre le risque de privatisation du domaine public (paragraphe 44 ci-dessus).

92. *Le refus de poursuivre les autorisations et la remise des lieux en l'état antérieur à l'édification de la maison à laquelle les requérantes sont condamnées s'inscrivent dans un souci d'application cohérente et plus rigoureuse de la loi, au regard de la nécessité croissante de protéger le littoral et son usage par le public, mais aussi de faire respecter les règles d'urbanisme. Compte tenu de l'attrait des côtes et des convoitises qu'elles suscitent, la recherche d'une urbanisation contrôlée et du libre accès de tous aux côtes implique une politique plus ferme de gestion de cette partie du territoire. Cela vaut pour l'ensemble des zones littorales européennes.*

Permettre une dérogation à la loi dans le cas des requérantes, qui ne peuvent revendiquer de droits acquis, n'irait pas dans le sens voulu par la loi littoral (paragraphes 46 à 50 ci-dessus) ni dans celui d'une meilleure organisation du rapport entre usages privés et publics (paragraphe 51 ci-dessus). Du reste, les requérantes n'apportent pas la preuve d'une quelconque incohérence des autorités dans l'application d'une telle politique : ni en démontrant que des voisins dans une situation similaire seraient dispensés de l'obligation de démolir leurs maisons, ni en se référant à un éventuel intérêt supérieur, architectural et/ou de conservation du patrimoine, la maison n'ayant manifestement pas été classée.

93. *Par ailleurs, la Cour constate que les requérantes ont refusé la solution de compromis et l'offre du préfet de poursuivre la jouissance de la maison sous conditions. La Cour partage l'avis du commissaire du Gouvernement du Conseil d'Etat selon lequel l'offre en question eût pu constituer une solution permettant de concilier les intérêts en présence (paragraphe 29 ci-dessus). Elle n'apparaissait pas déraisonnable, compte tenu de l'ancienneté de l'occupation ou du « caractère affectif » accordé à la maison par les requérantes et du temps que nécessite parfois la mise en œuvre d'une loi. Elle correspondait d'ailleurs à certains modèles de mise en œuvre de lois littorales récentes appliqués dans d'autres pays côtiers (voir, par exemple, l'Espagne, paragraphe 54 ci-dessus).*

94. *Enfin, la Cour rappelle que lorsqu'une mesure de réglementation de l'usage des biens est en cause, l'absence d'indemnisation est l'un des facteurs à prendre en compte pour établir si un juste équilibre a été respecté mais elle ne saurait, à elle seule, être constitutive d'une violation de l'article 1 du Protocole no 1 (Tomaso Galtieri, précité, Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis c. Grèce, no 35332/05, § 45, 21 février 2008). En l'espèce, eu égard aux règles sur le domaine public et considérant que les requérantes ne pouvaient ignorer le principe de non-indemnisation, qui était clairement précisé dans toutes les autorisations d'occupation temporaire du domaine public qui leur ont été consenties depuis 1951 (paragraphe 15 ci-dessus), l'absence d'indemnisation ne saurait passer, de l'avis de la Cour, pour une mesure disproportionnée à la réglementation de l'usage des biens des requérantes, opérée dans un but d'intérêt général.*

95. *Au vu de l'ensemble des considérations ci-dessus, la Cour estime que les requérantes ne supporteraient pas une charge spéciale et exorbitante en raison de la démolition de leur maison sans indemnisation. Il n'y aurait donc pas rupture de l'équilibre entre les intérêts de la communauté et ceux des requérantes.*

96. *Partant, il n'y a pas violation de l'article 1 du Protocole no 1.*

L'arrêt du même jour (29 mars 2010), Depalle c/ France (n° 34044/02), relatif à des circonstances presque identiques, reprend les mêmes termes (notamment considérants 77 à 93).

Conseil d'Etat français 6 octobre 2010, n° 341537

Considérant que l'article L. 2132-3 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que : " Nul ne peut bâtir sur le domaine public maritime ou y réaliser quelque aménagement ou quelque ouvrage que ce soit sous peine de leur démolition, de confiscation des matériaux et d'amende. / Nul ne peut en outre, sur ce domaine, procéder à des dépôts ou à des extractions, ni se livrer à des dégradations. " ; ... M. A soutient que ces dispositions sur lesquelles, saisi d'une contravention de grande voirie, s'est fondé le tribunal administratif de Marseille pour ordonner son expulsion du domaine public maritime et la destruction de l'établissement commercial qu'il y exploitait sans titre, portent atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à la liberté du commerce et de l'industrie garanties par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

L'arrêt rejette cette argumentation en

Considérant que les dispositions de l'article L. 2132-3 du code général de la propriété des personnes publiques, qui interdisent en principe l'édification ou le maintien d'aménagements ou de constructions non compatibles avec cette affectation publique et exposent celui qui y procède à la démolition de ses installations, ne portent pas d'atteinte excessive à la liberté d'entreprendre non plus qu'à la liberté du commerce et de l'industrie, auxquelles le législateur a, lorsqu'elles s'exercent sur le domaine public maritime, fixé des bornes justifiées au regard de l'exigence constitutionnelle, résidant dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, qui s'attache à la protection de ce domaine et que met en oeuvre la nécessité d'obtenir une autorisation, nécessairement temporaire, pour l'occuper ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage appartenant à tous ; qu'ainsi la question de constitutionnalité soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux .

Conseil d'Etat français 7 mars 2012, n° 355009

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 2132-3 du code général de la propriété des personnes publiques : " Nul ne peut bâtir sur le domaine public maritime ou y réaliser quelque aménagement ou quelque ouvrage que ce soit sous peine de leur démolition, de confiscation des matériaux et d'amende." ;

Considérant, d'une part, que M. A soutient qu'en ne prévoyant aucune mesure d'information ou de notification au propriétaire des biens de la date de leur démolition ou de leur confiscation, le législateur a méconnu le droit à un recours effectif et au respect du principe du contradictoire garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que l'article 34 de la Constitution ;

Considérant que les dispositions contestées définissent les infractions propres au domaine public maritime naturel dont la constatation justifie que les autorités chargées de la conservation de ce domaine engagent, après avoir cité le contrevenant à comparaître, des poursuites conformément à la procédure de contravention de grande voirie prévue par les articles L. 774-1 à L. 774-13 du code de justice administrative ; que, dans le cadre de cette procédure, le contrevenant peut être condamné par le juge, au titre de l'action publique, à une sanction pénale consistant en une amende ainsi que, au titre de l'action domaniale, et à la demande de l'administration, à remettre lui-même les lieux en état en procédant à la

destruction des ouvrages construits ou maintenus illégalement sur la dépendance domaniale ou à l'enlèvement des installations ; que si le contrevenant n'exécute pas les travaux dans le délai prévu par le jugement ou l'arrêt, l'administration peut y faire procéder d'office, si la loi le prévoit ou si le juge l'a autorisée à le faire ; que ces dispositions, qui font dépendre l'exécution des mesures de remise en l'état du domaine de l'accomplissement régulier d'une procédure juridictionnelle préalable, assurent, non seulement pour le contrevenant mais aussi pour tous occupants de son fait y compris le cas échéant pour le propriétaire, la garantie de leur droit à un recours effectif et l'information sur les obligations leur incombant ainsi que des pouvoirs d'exécution dont dispose l'administration ; que, par suite, M. A n'est pas fondé à soutenir que les dispositions contestées sont contraires à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et que le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence ;

Considérant, d'autre part, que M. A expose que le préfet du Var a fait préalablement enlever, pour les déposer dans un garde-meuble, les mobiliers qui se trouvaient à l'intérieur des installations dont il a demandé la démolition en exécution du jugement du 25 mars 2011 du tribunal administratif de Toulon ordonnant la libération des dépendances du domaine public maritime occupées sans titre ainsi que, le cas échéant d'office, la démolition des installations implantées irrégulièrement sur ces dépendances et alors que le contrevenant n'avait pas procédé de lui-même à la remise en état dans le délai imparti ; qu'il soutient qu'en ne prévoyant aucune possibilité de revendiquer ces biens qui auraient été ainsi confisqués en application des dispositions précitées de l'article L. 2132-3 du code général de la propriété des personnes publiques, le législateur a méconnu le droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que l'article 34 de la Constitution ;

Considérant que les dispositions contestées qui autorisent, en vue de prévenir ou d'empêcher la construction illégale d'ouvrages ou d'aménagements sur le domaine public maritime, les autorités chargées de la conservation de ce domaine à confisquer des matériaux, n'ont pour objet ni de permettre la saisie d'objets tels du petit mobilier de plage ou du matériel de baignade, ni d'interdire à leur propriétaire d'en obtenir restitution quand ils ont été déplacés pour permettre la démolition de l'installation irrégulière ; que, par suite, M. A n'est pas fondé à soutenir que les dispositions contestées seraient contraires aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et que le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence.

Annexes relatives à l'ordre juridictionnel

Art. R. 351-8 du code français de justice administrative

Lorsque des considérations de bonne administration de la justice l'imposent, le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, de sa propre initiative ou sur la demande d'un président de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel, attribue, par une ordonnance motivée qui n'est pas susceptible de recours, le jugement d'une ou plusieurs affaires à la juridiction qu'il désigne.

Cour européenne des droits de l'homme

6 décembre 1988, Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne (Requête n° 10590/83)
(extrait)

89. *Eu égard au transfert tardif des requérants de Barcelone à Madrid, au changement inopiné dans la composition du siège aussitôt avant l'ouverture des débats, à la brièveté de ceux-ci et, surtout, à la circonstance que des éléments de preuve très importants ne furent pas produits et discutés de manière adéquate à l'audience, en présence des accusés et sous le contrôle du public, la Cour conclut que la procédure en cause, considérée dans son ensemble, n'a pas répondu aux exigences d'un procès équitable et public. Il y a donc eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1).*

22 avril 1994, Saraiva de Carvalho c. Portugal (Requête n° 15651/89)
(extrait)

33. *Aux fins de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), la Cour le rappelle, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et aussi selon une démarche objective, amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, entre autres, l'arrêt Fey c. Autriche du 24 février 1993, série A no 255-A, p. 12, par. 28).*

34. *Quant à la première, le requérant ne conteste pas l'impartialité personnelle de M. Salvado.*

35. *La seconde, elle, conduit à se demander si, indépendamment de l'attitude personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une espèce donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées (ibidem, p. 12, par. 30, et l'arrêt Padovani c. Italie du 26 février 1993, série A no 257-B, p. 20, par. 27).*

6 juin 2000, Morel c/ France (Requête n° 34130/96)
(extrait)

40. *La Cour rappelle que l'impartialité au sens de l'article 6 § 1 s'apprécie selon une double démarche : la première consiste à essayer de déterminer la conviction personnelle de tel ou tel juge en telle occasion ; la seconde amène à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, par exemple, l'arrêt Gautrin et autres c. France du 20 mai 1998, Recueil 1998-III, pp. 1030-1031, § 58).*

41. *Quant à la première démarche, l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire (par exemple arrêt Padovani c. Italie du 26 février 1993, série A no 257-B, p. 20, § 26).*

Or, en dépit de la thèse du requérant (paragraphe 34 ci-dessus), la Cour n'est pas persuadée de l'existence d'éléments établissant que le juge-commissaire ait agi avec un préjugé personnel.

42. *Quant à la seconde démarche, elle conduit à se demander, lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, si, indépendamment de l'attitude personnelle de tel de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à mettre en cause l'impartialité de celle-ci. En la matière,*

même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une espèce donnée, d'une raison légitime de craindre d'une juridiction un défaut d'impartialité, le point de vue du ou des intéressés entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de ceux-ci peuvent passer pour objectivement justifiées (arrêt Gautrin et autres précité, *ibidem*).

43. En l'occurrence, les craintes quant au défaut d'impartialité tiennent au fait que le juge-commissaire avait pris diverses mesures concernant les sociétés durant la phase d'observation et qu'il a présidé par la suite le tribunal qui statua sur le sort de ces sociétés.

44. Pareille situation, la Cour en convient, pouvait susciter des doutes chez le requérant quant à l'impartialité du tribunal de commerce. Il lui appartient toutefois de déterminer si ces doutes se révèlent objectivement justifiés.

45. A cet égard, la Cour rappelle que la réponse à cette question varie suivant les circonstances de la cause ; c'est pourquoi elle ne saurait être liée par les décisions citées par le requérant rendues d'ailleurs, l'une dans un domaine différent (paragraphe 35 ci-dessus), l'autre sur un autre aspect des procédures collectives distinct du présent (paragraphe 20 ci-dessus).

De plus, le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès. De même, la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Enfin, l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugéant l'appréciation finale. Il importe que cette appréciation intervienne avec le jugement et s'appuie sur les éléments produits et débattus à l'audience (voir, notamment, *mutatis mutandis*, les arrêts Hauschildt c. Danemark du 24 mai 1989, série A no 154, p. 22, § 50 ; Nortier c. Pays-Bas du 24 août 1993, série A no 267, p. 15, § 33 ; Saraiva de Carvalho c. Portugal du 22 avril 1994, série A no 286-B, p. 38, § 35).

46. Au vu de ces principes, la Cour estime que les appréhensions du requérant ne peuvent se justifier en elles-mêmes par le fait que le juge-commissaire a pris certaines décisions durant la phase d'observation (ordonnances de gestion des sociétés, de licenciements et de mesures conservatoires). Sa connaissance du dossier ne fut pas non plus en soi déterminante. Quant à l'influence alléguée par le requérant du juge-commissaire au sein de la formation collégiale, elle n'est pas ici l'objet du débat.

47. La Cour est simplement appelée à décider si, compte tenu de la nature et de l'étendue des fonctions du juge-commissaire durant la phase d'observation et des mesures adoptées, ce dernier fit preuve d'un parti pris quant à la décision à rendre par le tribunal. Ce serait le cas si les questions traitées par le juge-commissaire durant la phase d'observation avaient été analogues à celles sur lesquelles il statua au sein du tribunal (arrêt Saraiva de Carvalho précité, p. 39, § 38).

48. Or il ne ressort pas du dossier que tel est le cas ici. Le dossier indique que le juge-commissaire traita par voie d'ordonnance des questions relatives à la gestion de la survie économique et financière des sociétés et à la gestion du personnel des sociétés au cours de la phase d'observation. Selon le droit interne applicable, son rôle était de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence.

Saisi ensuite sur la base de l'article 61 de la loi du 25 janvier 1985 (soit, contrairement à ce que soutient le requérant, sans rapport écrit du juge-commissaire), le tribunal qu'il présidait était chargé d'apprécier la viabilité à plus ou moins long terme du plan de continuation proposé par le requérant à la fin de la phase d'observation. A cet égard, le tribunal devait examiner les garanties financières et autres éléments produits par le requérant à l'audience ainsi que l'état de ses sociétés à cette date (personnel, actif

immobilier, secteur d'activité en difficulté). Il se fondait également sur les éléments fournis par l'administrateur.

Cette appréciation se fit sur la base des éléments produits et débattus à l'audience. En atteste le fait que le tribunal ne statua définitivement qu'après avoir demandé et obtenu du requérant des documents complémentaires prouvant la crédibilité des garanties qu'il avait produites.

La Cour relève donc que le juge-commissaire fut confronté à deux questions bien distinctes. Si du fait de son rôle durant la phase d'observation, il disposa d'une connaissance privilégiée de l'état des sociétés, soit l'un des éléments pris en compte par le tribunal pour trancher, il ne pouvait pour autant avoir déjà adopté un point de vue sur le plan de continuation proposé par le requérant à l'audience devant le tribunal et dont le tribunal apprécia la viabilité au regard des garanties fournies et examinées à l'audience (voir, mutatis mutandis, les arrêts précités Saraiva de Carvalho, p. 39, § 38 in fine, et, a contrario, Hauschildt).

49. La Cour ne trouve donc, en l'espèce, aucun motif objectif de croire que la nature et l'étendue des tâches du juge-commissaire durant la phase d'observation – destinée à assurer la gestion courante des sociétés – impliquaient un préjugé sur la question – distincte – à trancher au sein du tribunal concernant l'appréciation de la viabilité du plan de continuation proposé par le requérant à la fin de la période d'observation et des garanties financières produites à l'audience.

50. Au vu des circonstances particulières de la présente affaire, la Cour conclut que les appréhensions du requérant ne se trouvent pas, en l'espèce, objectivement justifiées.

Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 en tant qu'il garantit le droit à un tribunal impartial.