

## Choix du système électoral et Convention européenne des droits de l'homme : quelques observations à la lumière d'une affaire concernant une loi électorale italienne

Massimo Starita

---

### Citer ce document / Cite this document :

Starita Massimo. Choix du système électoral et Convention européenne des droits de l'homme : quelques observations à la lumière d'une affaire concernant une loi électorale italienne. In: Annuaire français de droit international, volume 59, 2013. pp. 301-318;

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2013.4821>

[https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2013\\_num\\_59\\_1\\_4821](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2013_num_59_1_4821)

---

Fichier pdf généré le 10/04/2018

## **Abstract**

Within the space of less than two years the European Court of Human Rights and the Italian Constitutional Court have returned almost opposing judgments on the question of the observance of political rights by Italy's 2005 electoral law. The ECHR found the applications made to it by groups of electors inadmissible given the manifestly ill-founded character of the grievances they were based on. The Constitutional Court, on the contrary, concluded that the law was unconstitutional. At first sight, the differing approaches by the two courts and the differing conclusions they reached may be viewed as an expression of the complementary nature of the European system of protection of human rights which originates in the Convention rather than in the national legal orders. However, it may be wondered whether the reasoning of the Italian Constitutional Court might not have been applied in the European system too. What is at stake is not marginal. It is a question of striking the right balance in this system between the fundamental purpose of protecting political rights and the need to allow states some margin of appreciation in the politically sensitive choice of their electoral rules.

## **Résumé**

En l'espace de moins de deux années, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour constitutionnelle italienne ont délivré des décisions presque opposées sur la question du respect des droits politiques par la loi électorale italienne de 2005. La Cour européenne a déclaré irrecevables les requêtes que des groupes d'électeurs lui avait adressées, vu le caractère manifestement mal fondé des griefs sur lesquels elles s'appuyaient ; la Cour constitutionnelle a conclu, au contraire, pour l'illégitimité constitutionnelle de la loi. Au premier abord, les différentes approches suivies par les deux juges, ainsi que les différentes conclusions auxquelles ils sont parvenus, peuvent être considérées comme étant l'expression de la nature complémentaire du système européen de protection des droits de l'homme qui a son origine dans la Convention par rapport aux ordres juridiques nationaux. Mais en réalité on peut se demander si le raisonnement du juge constitutionnel italien n'aurait pu être appliqué dans le système européen aussi. L'enjeu n'est pas marginal : il s'agit du juste rapport à atteindre, dans ce système, entre le but foncier de protéger les droits politiques et l'exigence de reconnaître aux États une marge d'appréciation dans le choix, politiquement sensible, des règles électorales.

## CHOIX DU SYSTÈME ÉLECTORAL ET CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME : QUELQUES OBSERVATIONS À LA LUMIÈRE D'UNE AFFAIRE CONCERNANT UNE LOI ÉLECTORALE ITALIENNE

MASSIMO STARITA

**Résumé :** En l'espace de moins de deux années, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour constitutionnelle italienne ont délivré des décisions presque opposées sur la question du respect des droits politiques par la loi électorale italienne de 2005. La Cour européenne a déclaré irrecevables les requêtes que des groupes d'électeurs lui avait adressées, vu le caractère manifestement mal fondé des griefs sur lesquels elles s'appuyaient ; la Cour constitutionnelle a conclu, au contraire, pour l'illégitimité constitutionnelle de la loi. Au premier abord, les différentes approches suivies par les deux juges, ainsi que les différentes conclusions auxquelles ils sont parvenus, peuvent être considérées comme étant l'expression de la nature complémentaire du système européen de protection des droits de l'homme qui a son origine dans la Convention par rapport aux ordres juridiques nationaux. Mais en réalité on peut se demander si le raisonnement du juge constitutionnel italien n'aurait pu être appliqué dans le système européen aussi. L'enjeu n'est pas marginal : il s'agit du juste rapport à atteindre, dans ce système, entre le but foncier de protéger les droits politiques et l'exigence de reconnaître aux États une marge d'appréciation dans le choix, politiquement sensible, des règles électorales.

**Abstract:** Within the space of less than two years the European Court of Human Rights and the Italian Constitutional Court have returned almost opposing judgments on the question of the observance of political rights by Italy's 2005 electoral law. The ECHR found the applications made to it by groups of electors inadmissible given the manifestly ill-founded character of the grievances they were based on. The Constitutional Court, on the contrary, concluded that the law was unconstitutional. At first sight, the differing approaches by the two courts and the differing conclusions they reached may be viewed as an expression of the complementary nature of the European system of protection of human rights which originates in the Convention rather than in the national legal orders. However, it may be wondered whether the reasoning of the Italian Constitutional Court might not have been applied in the European system too. What is at stake is not marginal. It is a question of striking the right balance in this system between the fundamental purpose of protecting political rights and the need to allow states some margin of appreciation in the politically sensitive choice of their electoral rules.

Une affaire récente, qui a été traitée par la Cour européenne des droits de l'homme et, après quelques mois, par la Cour constitutionnelle italienne, met en lumière une question épineuse : le choix du système électoral pour l'élection du

---

(\*) Massimo STARITA, professeur à l'Université de Palerme.

corps législatif national relève-t-il en Europe du droit constitutionnel de l'État concerné seulement ou du droit international aussi, et en particulier du système de protection des droits de l'homme qui a son origine dans la Convention européenne ? En d'autres termes, l'adoption de la loi électorale est-elle la manifestation d'une sphère de liberté dont les États européens jouissent encore ou, au contraire, rentre-t-elle désormais dans le champ matériel d'application du système conventionnel européen ?

On sait que l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention dispose que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres et à scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». L'ambiguïté de la disposition, qui se manifeste dans le laconisme de son texte, ainsi que dans l'imprécision des formules utilisées, ne permet guère d'établir la mesure dans laquelle cette disposition peut constituer un paramètre juridique pour évaluer les lois électorales. En effet, la dialectique classique du droit international des droits de l'homme entre sa finalité foncière de protection et l'exigence de respecter l'autonomie nationale paraît en cette matière amplifiée. Il est manifeste, d'une part, que le choix du modèle électoral se présente comme une activité essentiellement politique, et caractérisée, en outre, par un haut degré de technicité. Il ne peut pas échapper à un observateur attentif que ce choix, qui est une affaire à la fois politique et technique, peut avoir néanmoins pour effet de priver les droits électoraux de toute effectivité, ou au moins de poser des entraves de taille au libre et égal exercice de ces droits.

Ces interrogations présentent deux volets : l'un est lié au concept de « légalité (conventionnelle) », et l'autre au concept de « légitimité (constitutionnelle) ». Le premier vise la possibilité pour la Cour européenne de vérifier, par le mécanisme des requêtes individuelles, si les dispositions d'une loi électorale constituent des mesures contraires au droit international (la CEDH dans l'hypothèse que nous considérons). Le deuxième aspect concerne la possibilité que la CEDH entre en ligne de compte lorsqu'un juge interne est appelé à décider de la conformité d'une loi électorale à la constitution nationale. En d'autres termes, si l'on traite le sujet dans cette deuxième perspective, on essaie d'établir si une loi électorale est conforme au système de valeurs que la Constitution de l'État réalise, même si elle est lue à la lumière des engagements internationaux de l'État.

On sait que les frontières entre ces deux concepts se font moins nettes au fil du temps. En effet, d'une part, la Cour européenne considère désormais qu'elle a le pouvoir d'indiquer à l'État, dans la motivation de ses arrêts et parfois même dans leur dispositif, des mesures de caractère général dont le but semble consister moins dans la réparation de la violation dont la partie lésée est victime que dans la prévention de la répétition de l'illicite<sup>1</sup>. D'autre part, lorsqu'on analyse une loi dans la perspective de sa légitimité constitutionnelle et qu'à cette fin on se demande si

---

1. De même la procédure de l'arrêt « pilote », introduite par le Protocole 14, mais déjà anticipée par la Cour, tout en obéissant à la finalité d'alléger la charge de la Cour et de remédier à l'engorgement structurel de son rôle (L. BURGOGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012, p. 8), lui permet néanmoins d'indiquer à l'État des mesures générales qui permettent de remédier aux défaillances structurelles du droit interne qu'elle aurait constatées. Enfin, le Comité des ministres n'est pas resté insensible à l'exigence d'apprécier la qualité des mesures générales adoptées par l'État, dans le cadre de sa fonction de contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour. Sur la portée des évolutions que l'on a évoquées dans le texte, voy. : L.-A. SICILIANOS, « La 'réforme de la réforme' du système de protection de la Convention européenne des droits de l'homme », *cet Annuaire*, 2003, pp. 620 ss. ; 634 s. ; E. LAMBERT ABDELGAWAD, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de Justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) », *cet Annuaire*, 2006, pp. 700-703 ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp. 729-733, 735-736 ; G. BARTOLINI, « Articolo 41 », dans S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY,

la constitution du pays concerné peut être interprétée à la lumière de la convention européenne, celle-ci ne peut être tenue simplement pour un texte ordinaire ; elle doit l'être telle qu'elle a été lue par son « interprète officiel »<sup>2</sup>.

L'histoire judiciaire d'une loi électorale italienne semblerait attester la reconnaissance d'un statut privilégié, caractérisé par une sorte d'« immunité substantielle » à l'égard du droit européen des droits de l'homme. Il s'agit de la loi n° 270/2005, approuvée par le Parlement italien le 21 décembre 2005, concernant l'élection de la Chambre des députés et du Sénat de la République<sup>3</sup>. Cette impression vient de l'analyse à la fois du contentieux de légalité et du contentieux de légitimité auxquels, en l'espace de quelques mois, cette loi a été soumise.

Ladite loi a fait tout d'abord l'objet d'un groupe de requêtes adressées à la Cour EDH. En invoquant l'article 3 du premier Protocole, les requérants soutenaient que la loi, par suite de l'octroi de deux primes à la majorité, dans l'élection à la Chambre et au Sénat, ainsi que de l'introduction du système dit de la « liste bloquée » (par lequel l'ordre des candidats était choisi par les partis politiques, l'électeur ne pouvant pas exprimer de préférences), portait atteinte à la « libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif et s'analysait en une méconnaissance de la souveraineté du peuple ». Les requêtes ont été déclarées irrecevables par la Cour, dans sa décision du 13 mars 2012 dans l'affaire *Saccommanno et autres contre l'Italie*, vu le caractère manifestement mal fondé des griefs sur lesquels elles s'appuyaient<sup>4</sup>. L'absence de violation étant déclarée par la Cour après un contrôle au fond sur la proportionnalité des dispositions législatives litigieuses, cette décision « devient une véritable décision au fond de non-violation »<sup>5</sup>. Le choix de la Cour de procéder à l'examen du fond dans une décision d'irrecevabilité, voire dans un acte définitif, a néanmoins eu pour effet important de mettre fin à la question de légalité conventionnelle.

Après avoir survécu à cette première bataille judiciaire, la loi de 2005 a fait l'objet d'une question d'illégitimité constitutionnelle soulevée par la Cour de cassation. Influencée probablement par la décision rendue par la Cour européenne dans l'affaire *Saccommanno*, la Cour de cassation a attribué un rôle mineur à la CEDH (et à la jurisprudence de son interprète privilégié) dans le raisonnement juridique qu'elle développe, en particulier dans l'interprétation des articles de la Constitution concernant le principe d'égalité et le droit de vote. On ne saurait dès lors s'étonner que la Cour constitutionnelle elle-même, dans son arrêt 1/2014, tout en concluant à l'illégitimité de la loi, n'ait pas utilisé la convention dans l'interprétation des principes constitutionnels en jeu.

---

*Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, pp. 727-729 ; P. PIRONE, « Articolo 46 », *ibid.*, pp. 757, 759, 765.

2. En effet, les juges nationaux tendent à reconnaître à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg un rôle important dans l'interprétation des valeurs constitutionnelles en matière de droits de l'homme (en ce qui concerne l'ordre juridique italien, voir les arrêts n° 348 et 349/2007 de la Cour constitutionnelle [www.cortecostituzionale.it]). Il s'établit alors un parcours linéaire qui va des décisions internationales sur la légalité aux décisions nationales sur la légitimité. Et, d'autre part, ce parcours peut devenir circulaire, si l'on considère que le juge strasbourgeois lit parfois la jurisprudence des juges nationaux (ainsi que la pratique législative interne), dans son activité d'interprétation de la Convention et des Protocoles, surtout lorsque, à son avis, il faut vérifier l'existence d'un consensus européen sur le sens et la portée d'un des droits protégés.

3. La loi n° 270/2005 « Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica », a été publiée au Journal officiel de la République italienne (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*), le 30 décembre 2005 et est entrée en vigueur le jour suivant.

4. Décision du 13 mars 2012, *Giacomo Francesco Saccommanno et autres c. Italie et 16 autres requêtes*, requête n° 11583/08, §§ 65 et 76.

5. F. SUDRE, *op. cit. supra* n. 1, p. 692.

Il est assez aisé de constater, après cette brève introduction, comment le poids de la Convention pour juger du respect de la souveraineté populaire et des droits politiques des citoyens italiens a été doublement limité. D'abord, la Cour EDH, par une opération de *self-restraint*, a considéré que la Convention constitue un paramètre souple de la « légalité » internationale des lois électorales. Et cette prise de position s'est reflétée par la suite dans l'appréciation de la « légitimité » de cette activité au point de vue du droit constitutionnel.

Comme on le verra, des considérations partiellement différentes auraient néanmoins pu être appliquées à l'espèce par la Cour EDH et cela pour des raisons qui peuvent être tirées de sa jurisprudence antérieure, et qui ont été reconnues, bien que d'une façon indirecte, par la Cour constitutionnelle italienne.

Il convient de résumer brièvement les données des deux procédures qui seront l'occasion d'entrer plus avant dans le vif du sujet.

## I. – LES PROCÉDURES

### A. *La décision Saccomanno et le contrôle de légalité (conventionnelle) de la loi électorale italienne*

La procédure devant la Cour EDH a commencé en 2008, lorsque des groupes d'électeurs italiens s'organisèrent pour la saisir, se prétendant victimes, en cette qualité, de différentes violations de la Convention, dont, en particulier, leurs droits électoraux, tels que protégés par l'article 3 du premier Protocole. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans le détail des arguments développés par les requérants pour se rendre compte qu'ils sont révélateurs de la politisation des controverses concernant la réglementation des droits électoraux et de la difficulté pour le juriste d'isoler les traits qui permettent d'en tracer les contours juridiques, ainsi que pour la Cour de délimiter ses compétences. Ils seront récapitulés brièvement, tels qu'ils sont résumés dans la décision.

Certains des requérants estimaient que la discipline électorale des listes bloquées, introduite en 2005, portait atteinte à la « libre expression du peuple sur le choix du corps législatif ». Ils alléguaient que les dispositions de la loi italienne visaient « à soustraire aux électeurs la possibilité de choisir leurs représentants » et « à garantir l'impunité moyennant l'élection au Parlement de personnes visées par des poursuites, ou même ayant été condamnées, pour des graves délits ». En outre, selon les requérants, « loin de favoriser des candidats ayant une compétence spécifique, la loi litigieuse viserait-elle le but opposé dans la mesure où les organes dirigeants des partis auraient intérêt à choisir des personnalités qui peuvent aisément être contrôlées plutôt que des candidats possédant une véritable expertise »<sup>6</sup>.

D'autres requérants prétendaient encore que l'introduction de primes à la majorité constituait une violation de l'article 3 du Protocole n° 1. Ils alléguaient que « le mécanisme des primes à la majorité ne favorise point la cohésion des forces politiques, mais les unions aux seules fins de gagner la compétition électorale, ce qui exacerberait les tensions à l'intérieur de la majorité ». Ils ajoutaient que lesdites primes étaient « disproportionnées », compte tenu aussi du fait « qu'aucun seuil minimum de consensus n'est prévu pour l'obtention desdites primes »<sup>7</sup>.

6. §§ 57 et 58.

7. §§ 70 et 66.

Ayant décidé de joindre les requêtes, en raison de la similitude quant aux faits et au problème de fond qu'elles posaient, la Cour les a déclarées irrecevables en application de l'article 35, §§ 3 et 4 de la Convention, les jugeant manifestement mal fondées.

La structure même de la décision est d'un certain intérêt aux fins de notre analyse. La Cour commence par rappeler quelques principes généraux qui se dégagent de sa jurisprudence. Elle souligne en particulier que : a) le principe démocratique énoncé dans l'article 3 du premier Protocole a une importance « capitale » dans le système de la Convention ; b) de cet article se dégagent des droits individuels (dont le droit de voter aux élections législatives, de se présenter comme candidat et le droit « institutionnel » à bénéficier d'élections conformes à la formule utilisée dans l'article, c'est-à-dire « à des intervalles raisonnables, [d'] élections libres au scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple » ; c) les droits qu'on tire de cet article ne sont pas absolus, et il y a donc place pour des « limitations implicites » ; d) le concept de limitation implicite implique que les États jouissent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions et restrictions ; e) toute législation électorale doit s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays concerné<sup>8</sup>.

Ces principes rappelés, la Cour les a appliqués dans l'affaire de la loi électorale italienne. Il faut noter que la Cour considère *séparément* les deux griefs tirés de l'article 3 du Protocole n° 1. S'agissant du système des listes bloquées, quatre arguments sont utilisés par la Cour pour le juger compatible avec l'article 3 du premier Protocole. En premier lieu, elle observe que le législateur italien poursuivait des buts légitimes : d'un côté, contrer l'influence de la criminalité organisée sur le résultat électoral, par la prévention du commerce des votes, et d'un autre côté, favoriser l'émergence de candidats possédant des compétences spécifiques. En deuxième lieu, le juge européen note que « les systèmes électoraux européens n'ignorent pas la discipline des listes bloquées » et que la plupart des États membres du Conseil de l'Europe ayant un système électoral comparable à celui de l'Italie ont adopté ce système, « au moins dans l'une des deux chambres législatives ». En troisième lieu, selon la Cour, la contrainte imposée aux électeurs quant au choix des candidats peut se justifier au vu du « rôle constitutif des partis politiques dans la vie des pays démocratiques ». Enfin, le juge européen souligne que le système n'est pas discriminatoire, puisqu'il n'empêche pas « certaines personnes ou certains groupes de prendre part à la vie politique » ni « ne tend à favoriser un parti politique ou un candidat en leur offrant un avantage électoral au détriment d'un autre »<sup>9</sup>.

Trois de ces arguments sont repris, *mutatis mutandis*, pour le système des primes à la majorité) : a) le but poursuivi par le législateur – assurer plus de stabilité au Gouvernement dans un système parlementaire proportionnel – est légitime ; b) le système n'est pas inconnu aux autres États membres du Conseil de l'Europe ; c) il n'est pas discriminatoire. L'argument tiré du rôle des partis politiques dans la démocratie représentative n'étant pas pertinent, il est remplacé par une évaluation – sommaire – de proportionnalité concernant les effets desdites primes. D'après la Cour, ces effets « ne sembleraient pas de nature à affecter l'équilibre entre les principes de la juste représentation et de la stabilité gouvernementale »<sup>10</sup>.

Sans vouloir anticiper à ce stade sur une analyse précise du raisonnement des juges de Strasbourg, il convient d'observer d'ores et déjà que deux des principes généraux rappelés par la Cour se révèlent cruciaux dans sa décision. Il s'agit, d'une

---

8. §§ 46-53.

9. §§ 60-65.

10. §§ 71-76.



part, de reconnaître que les États disposent d'une large marge d'appréciation dans la définition des conditions pour l'exercice des droits électoraux, et, d'une autre part, d'apprécier toute législation électorale à la lumière de l'évolution politique propre à chaque pays. Cette remarque faite, il convient de passer à l'examen des évaluations, faites par les juges italiens, des rapports entre les dispositions législatives contestées et la Convention européenne, dans le contentieux concernant leur légitimité constitutionnelle.

### B. *Le contrôle de légitimité (constitutionnelle) de la loi*

#### 1. *L'ordonnance n° 12060/2013 de la Cour de cassation*

Au lendemain de la décision d'irrecevabilité rendue par la Cour européenne, certains des requérants et leurs avocats ont poursuivi leur action contre la loi électorale italienne de 2005 dans l'ordre juridique italien. C'est dans ce cadre que la *Corte di Cassazione*, par l'ordonnance n° 12060 du 21 mars 2013<sup>11</sup>, a saisi la *Corte costituzionale* de la question de la conformité aux principes de la Constitution italienne garantissant les droits électoraux, des dispositions de la loi concernant les listes bloquées et les primes à la majorité dans les deux chambres du Parlement<sup>12</sup>.

Comme l'interprète « officiel » de la Convention s'était déjà expressément prononcé sur la légalité conventionnelle de la loi en 2012, il est logique que dans l'ordonnance de renvoi rendue par la Cour de cassation, la CEDH joue un rôle limité. Notamment, elle se garde bien d'invoquer la jurisprudence de la Cour européenne pour y trouver le fondement ou au moins un appui à son argumentation visant à affirmer le caractère « non manifestement mal fondé » de la question de constitutionnalité de la loi<sup>13</sup>. Bien que, comme on le verra dans l'analyse qui va suivre, il y ait dans la jurisprudence européenne précédente des éléments qui auraient pu être utilisés par le juge *a quo* pour consolider ses doutes sur la légitimité de la loi, il est certain que la décision *Saccomanno* a découragé les juges italiens de procéder à cette recherche.

Si, dans l'ordonnance de renvoi, on trouve des références à la Convention, elles servent, tout comme celles qui portent sur les Constitutions d'autres États européens et sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à placer les normes pertinentes de la Constitution italienne dans un ensemble plus vaste de textes de rang supra-législatif garantissant la valeur de la démocratie représentative. En d'autres termes, la Convention est utilisée comme paramètre culturel de référence dans la construction de l'arrière-plan de l'activité interprétative du juge, plus que pour fournir des indications directement pertinentes dans le développement de cette activité.

11. Cette ordonnance de renvoi a été publiée au Journal officiel (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, 2013, n° 25, *prima serie speciale*). Voy. [www.gazzettaufficiale.it].

12. La Cour soulevait la question de la compatibilité de la loi électorale avec plusieurs articles de la Constitution, dont les articles 3 (principe d'égalité), 48, § 2 (« le vote est personnel et égal, libre et secret »), 49 (droit de s'associer librement en partis politiques), 56, § 1 (« La Chambre des députés est élue au suffrage universel et direct »), 58, § 1 (« Les sénateurs sont élus au suffrage universel et direct par les électeurs ayant vingt-cinq ans révolus »), et 117, § 1 (« Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales »).

13. Il faut noter que, dans l'ordre juridique italien, plusieurs conditions doivent être satisfaites pour qu'un juge puisse activer le contrôle incident de constitutionnalité des lois par la Cour constitutionnelle. Une de ces conditions tient au caractère non manifestement infondé de la question. L'appréciation de cette condition par le juge *a quo* implique l'exercice de sa part d'un pouvoir de « filtre » ou de sélection des questions soumises au contrôle de la Cour.



Ce n'est donc pas sans ambiguïté que l'ordonnance de renvoi posait à la Cour constitutionnelle la question de la légitimité constitutionnelle de la loi, non seulement par rapport aux articles concernant les droits politiques, mais aussi par rapport à l'article 117.1 de la Constitution, aux termes duquel « le pouvoir législatif est exercé par l'État [...] dans le respect [...] des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales », lu lui-même « à la lumière de l'article 3 du premier Protocole » à la CEDH.

En tout état de cause, après avoir été marginalisée dans les motivations de l'ordonnance, la Convention réacquiescerait ainsi partiellement une place centrale dans le dispositif. C'était donc à la Cour constitutionnelle de dire le dernier mot sur la question des rapports entre la loi et la Convention

## 2. L'arrêt n° 1/2014 de la Cour constitutionnelle

Par son arrêt 1/2014, la Cour a déclaré que les dispositions législatives litigieuses n'étaient pas conformes à plusieurs articles de la Constitution<sup>14</sup>. Avant de se prononcer sur le bien-fondé de la question incidente de constitutionnalité, la Cour a estimé nécessaire de formuler deux observations générales sur la nature et la portée du contrôle de constitutionnalité des lois électorales. Ainsi, la Cour a en premier lieu rappelé qu'il n'y a pas dans la Constitution italienne de modèle imposé et que la charte constitutionnelle laisse au législateur ordinaire le choix du système électoral le plus approprié et le plus efficace compte tenu du contexte historique. La Cour précise ensuite que, tout en constituant l'expression d'un large pouvoir discrétionnaire du législateur, le choix du système électoral peut être soumis à son examen lorsqu'il est manifestement déraisonnable<sup>15</sup>.

La limite de son pouvoir de contrôle étant ainsi définie, la Cour aborde le fond des questions de constitutionnalité. S'agissant des primes à la majorité, elle considère que le mécanisme est déraisonnable dès lors qu'il ouvre la possibilité d'une « surreprésentation excessive » de la liste électorale qui obtient la majorité relative. Cette conclusion se fonde sur deux considérations : a) la loi ne prévoit aucun seuil pour accéder à la prime ; b) en outre, la prime n'est pas le seul correctif au système proportionnel prévu dans la loi, car elle s'ajoute à l'exigence d'un seuil électoral minimal pour l'entrée des forces politiques dans le Parlement. Dans ces conditions, la prime, tout en visant le but légitime de favoriser la formation de majorités parlementaires stables, peut contredire le principe de la représentativité du corps législatif<sup>16</sup>. Ces considérations sont répétées dans le raisonnement développé à propos de la question de la prime à la majorité pour l'élection du Sénat, avec une observation supplémentaire à propos de l'atteinte portée à la valeur de la représentativité du Parlement : la sur-représentation n'est pas seulement disproportionnée, mais aussi inadaptée au but poursuivi. Si le but déclaré par le législateur est d'assurer de la stabilité de la majorité parlementaire, on ne voit pas comment ce résultat peut être atteint lorsque la prime est calculée sur une base régionale<sup>17</sup>.

En ce qui concerne le système des listes bloquées, la Cour estime que le mécanisme prévu dans la loi porte atteinte à la liberté du choix de l'électeur, cette conclusion s'appuyant sur les considérations suivantes. En premier lieu, le mécanisme opère dans le contexte de circonscriptions électorales aux dimensions terri-

---

14. L'arrêt a été publié au Journal officiel (*Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, prima serie speciale*, 2014, n° 3 [[www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)]). On peut en trouver le texte aussi sur le site internet de la Cour constitutionnelle italienne [[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)].

15. Voy. les six premiers alinéas du point 3.1 des considérations « en droit » de l'arrêt.

16. Voy. le point 3.1, alinéas 7-13, des considérations « en droit » de l'arrêt.

17. Voy. le point 4 des considérations « en droit » de l'arrêt.

toriales très étendues (correspondant, à quelques exceptions près, aux territoires régionaux). Deuxièmement, les listes sont très longues, le nombre des candidats pouvant même correspondre au nombre de sièges attribués à chaque circonscription. Ensuite, l'ordre prévu dans la liste peut être renversé après l'élection en considération de la faculté pour les partis de présenter le même candidat dans plusieurs circonscriptions. Enfin, le mécanisme est absolu, qui régit la totalité des sièges parlementaires.

Au vu de ces considérations, la Cour estime que l'électeur italien n'est pas, dans ces conditions, en mesure de se former une opinion sur les candidats qui seront élus et qu'il n'est pas en mesure non plus de savoir quel candidat de la liste sera élu avec le concours de son vote. Ces considérations impliquent en outre, d'après la Cour, que le mécanisme n'est pas comparable aux systèmes de listes bloquées appliqués dans les autres pays européens, soit pour une partie des sièges, soit dans des circonscriptions de dimensions territoriales réduites<sup>18</sup>.

Quant à la place de la CEDH dans le raisonnement du juge constitutionnel, on peut noter que les juges constitutionnels n'y ont pas recours lorsqu'ils interprètent les articles de la Constitution concernant les droits politiques. Le lecteur ne trouvera ainsi dans l'arrêt 1/2014 aucun appel à l'article 3 du premier Protocole, que ce soit dans son texte ou dans l'interprétation donnée par la Cour de Strasbourg. La jurisprudence constitutionnelle antérieure est seule utilisée pour élucider le sens de ces dispositions, sans besoin de recourir à un soutien extérieur, fût-il purement culturel (à la différence du raisonnement suivi par la Cour de cassation).

Si l'arrêt prend en considération la Convention dans un bref passage, c'est dans un esprit opposé à celui qui animait la Cour de Cassation. Le but que la Cour constitutionnelle poursuit est de souligner qu'elle n'est pas « contrainte » par les conclusions auxquelles le juge strasbourgeois était parvenu sur les rapports entre la loi et la Convention. C'est ainsi qu'elle déclare : « la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 mars 2012 [...] qui a conclu que tous les griefs étaient manifestement mal fondés, eu égard à la marge d'appréciation particulièrement large accordée aux États contractants dans le domaine en question, n'est d'aucune utilité [...] ». C'est à cette Cour de vérifier la compatibilité des normes en question avec la Constitution »<sup>19</sup>.

### *C. La différence entre les méthodes interprétatives utilisées par la Cour constitutionnelle et la Cour européenne*

Tel qu'ils ressortent de ce passage, les plans de la légalité (conventionnelle) et de la légitimité (constitutionnelle), ainsi que le rôle respectif de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne sont maintenus nettement distincts dans l'arrêt. Ceci pourrait être pris en exemple de la nature complémentaire du système de protection des droits de l'homme qui a son origine dans la Convention. Reconnue à l'article 53 de la CEDH, cette notion de complémentarité implique que la Convention fixe des standards minima de protection des droits de l'homme<sup>20</sup>.

18. Voy. le point 5 des considérations « en droit » de l'arrêt.

19. Voy. le point 5.1, dernier alinéa, des considérations « en droit » de l'arrêt.

20. L'article 53 stipule : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ». Cela signifie que « la Convention fixe ainsi un standard minimum que les États sont tenus d'assurer, tout en pouvant les dépasser (art. 53), en conséquence la norme conventionnelle doit s'effacer devant la norme nationale plus protectrice » (F. SUDRE, *op.cit.*, p. 202). Sur l'article 53, voy. P. PUSTORINO, « Article 53 », dans S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *op. cit. supra* n. 1, pp. 774-779.

Dans ce cadre, la Constitution italienne, telle qu'interprétée par la Cour constitutionnelle, ne se limiterait pas à assurer le minimum de protection fixé par le système conventionnel, mais l'aurait dépassé par des normes plus protectrices. Dans une perspective pareille, le pouvoir discrétionnaire du législateur italien par rapport à la Constitution serait, par conséquent, plus strict que la marge d'appréciation dont jouit l'État italien dans son ensemble par rapport à la Convention. Ainsi, l'on pourrait affirmer que la loi électorale italienne, tout en ne portant pas atteinte à « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif », voire à la finalité de la garantie institutionnelle prévue à l'article 3 du premier Protocole, ne respecte pas le degré plus élevé de protection requis par la Constitution.

Une analyse un peu plus approfondie des deux décisions dément pourtant l'idée qu'elles soient seulement l'expression de la nature subsidiaire de la Convention. En effet, d'après la Cour constitutionnelle, les entraves mises aux droits électoraux par les dispositions législatives litigieuses sont de taille : elles ont pour effet d'empêcher le respect de la « souveraineté populaire », concept qui paraît correspondre à, ou au moins évoquer, celui de « libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif », utilisé dans l'article 3 du premier Protocole. En d'autres termes, les problèmes que soulève la question de constitutionnalité de la loi sont loin d'être traités comme des questions « de détail », mais présentent une dimension capable de porter atteinte au noyau dur, voire à la substance, des droits protégés par la norme conventionnelle<sup>21</sup>. Comme on le voit, les deux décisions paraissent moins se compléter que se contredire.

Cette impression est confirmée par la considération que, tout en déclarant ne pas prendre en considération la décision *Saccomanno*, la Cour constitutionnelle formule plusieurs observations qui contrastent ouvertement avec les conclusions auxquelles le juge de Strasbourg était arrivé. La différence fondamentale entre les points de vue des deux juges réside dans la méthode utilisée. Dans la décision *Saccomanno* le contrôle sur les questions des primes à la majorité et des listes bloquées se présente comme un examen *in abstracto*, c'est-à-dire qu'il a trait à l'admissibilité de principe des correctifs au système proportionnel, ainsi que de l'attribution aux partis politiques de la compétence en matière de sélection des candidats. Dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle, par contre, le contrôle est fait *in concreto*, à savoir qu'il est centré sur les modalités par lesquelles les mécanismes sont concrètement utilisés dans un système électoral donné, à la lumière des autres éléments caractérisant celui-ci.

Cette divergence méthodologique engendre des conséquences importantes. La première concerne l'influence, sur la décision judiciaire, du contexte juridique dans lequel s'inscrivent les mécanismes en cause. La considération de ce contexte devient cruciale dans le raisonnement de la Cour constitutionnelle, alors que ce critère ne joue qu'un rôle limité dans l'examen de la Cour européenne : il est évident que, dans la perspective d'un examen *in abstracto*, les dispositions législatives critiquées peuvent être isolés du contexte dans lequel elles s'insèrent. Ensuite, l'importance accrue du contexte juridique général conduit la Cour constitutionnelle à prendre en considération les effets globalement produits par les mesures critiquées sur la jouissance des droits électoraux. La Cour européenne écarte en revanche toute possibilité d'un examen global de l'impact des mesures étatiques sur les droits individuels, en les examinant d'une façon rigoureusement séparée. Enfin, d'après la Cour européenne, le fait que les autres États membres du Conseil de l'Europe n'ignorent pas les mécanismes soumis à son contrôle suffit à rendre comparable la

---

21. F. SUDRE, *op. cit. supra* n. 1, p. 564.

situation du pays concerné avec celle des États qui les appliquent. Dans l'analyse de la Cour constitutionnelle, en revanche, la comparabilité des situations dépend du contexte plus général dans lequel le mécanisme considéré s'inscrit.

Au vu des considérations qui précèdent, l'on peut se demander si la différence méthodologique entre les deux juges est la conséquence nécessaire de l'ampleur du pouvoir discrétionnaire reconnu par le juge européen aux États dans le choix du système électoral ou si, par contre, sans répudier les *raisons* soutenant cette marge d'appréciation, la Cour de Strasbourg aurait pu arriver à des conclusions différentes dans l'affaire de la loi électorale italienne.

Pour être en mesure d'apprécier correctement la question, il est utile de rappeler les raisons auxquelles on a fait allusion. Elles tiennent à la nature même des droits électoraux.

## II. – LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ CONVENTIONNELLE DES LOIS ÉLECTORALES

### *A. La justification d'une marge nationale d'appréciation tendanciellement étendue : la nature complexe des droits électoraux*

On doit d'abord rappeler que la matière électorale a été longtemps considérée comme faisant partie d'une sphère de compétences réservées « par nature » aux droits nationaux, un domaine qui serait soustrait à la pénétration des règles juridiques internationales en considération des liens intimes existant entre le choix d'un système électoral et le choix du système politique, noyau dur de la souveraineté<sup>22</sup>. Certes cette idée a été dépassée – pour ainsi dire – par les faits, voire par l'extension du domaine matériel de compétence du droit international (et a été abandonnée par la doctrine majoritaire)<sup>23</sup>, mais le classement originaire de la matière électorale dans la sphère des compétences réservées du droit interne était bien présent à l'esprit lors des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme. Lors des négociations, plusieurs États estimèrent que l'organisation des élections était une « affaire d'État ». D'après ces États, il

22. Il est possible de dire que tous les auteurs qui affirmaient l'existence de matières soustraites « par nature » à l'empire du droit international y inséraient la matière constitutionnelle, voire de l'organisation des pouvoirs publics (voy. pour une analyse de cette littérature, M. STARITA, *Processi di riconciliazione nazionale e diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 114-156). La *ratio* de cette uniformité est très clairement expliquée par Ziccardi : « L'État se définit en effet en droit international moderne par l'attribut de la souveraineté. Et par souveraineté on entend l'absence de limite juridique à la liberté de chaque nation de déterminer les modes de sa propre organisation interne » (P. ZICCARDI, « Les caractères de l'ordre juridique international », in *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1958-III, p. 363). Le choix du système électoral était parfois mentionné expressément. On se bornera ici à rappeler la considération de Verzijl que le droit international « does not wish to meddle with matters of a domestic nature ». Parmi ces matières, l'auteur mentionnait l'« organization of the electoral system... » (souligné par nous) (J.H.W. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, Sijthoff, 1968, vol. I, p. 280).

23. Compte tenu de ces développements, la perspective opposée à l'idée de l'existence de domaines réservés par nature au droit national, anticipée par Kelsen, semblerait confirmée. On rappellera juste ici les mots suivants : « Comme il ressort de l'étude du domaine de validité matériel du droit international, celui-ci peut régler tous les objets, et par conséquent, en particulier, tous ceux qui entreraient sans cela dans le domaine du droit étatique, soi-disant les affaires intérieures des États » (H. KELSEN, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *Recueil des cours de droit international de La Haye*, 1932-IV), p. 299.

s'agissait d'une activité trop liée au choix du « système politique » de chacun pour qu'on la traitât dans la Convention<sup>24</sup>.

Cette position se révéla décisive pour l'issue des négociations, provoquant l'exclusion de l'article contenant l'obligation d'organiser des élections libres et périodiques du texte de la Convention, laquelle fut renvoyée, avec le droit de propriété et le droit à l'instruction, à un Protocole additionnel. D'un point de vue plus général, plusieurs États étaient favorables à une formulation plus souple de la « clause politique » du système conventionnel. Cela explique le fait que, à la différence des autres dispositions matérielles de la Convention et du premier Protocole additionnel, le libellé de cette clause n'attribue pas d'une façon expresse des droits aux individus. De la formule « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à », on peut, en effet, inférer que cet article s'adresse aux États et ne confère aucun droit aux particuliers<sup>25</sup>. L'obligation qu'elle impose aux États contractants semblerait avoir été conçue comme une obligation interétatique.

On le sait, il a fallu attendre l'année 1987 pour que la Cour arrive à la qualification de l'article 3 du premier Protocole comme norme attribuant, bien qu'implicitement, des droits aux individus<sup>26</sup>. Ce qu'il faut noter ici, c'est que la question de l'assujettissement des lois électorales au pouvoir de contrôle de la Cour n'a pas pour autant disparu. Afin de mieux la cerner, on doit rappeler la nature controversée des droits électoraux. L'expression « droits politiques » par laquelle la doctrine les a longtemps qualifiés la révèle pleinement.

S'il est vrai qu'on doit à la Cour (et à la Commission) d'avoir fait émerger les droits électoraux du « non-dit » de l'article 3 du premier Protocole, il est opportun de rappeler que la Cour leur reconnaît une nature hybride ou complexe, en fonction de leur capacité de protéger en même temps des intérêts privés et des intérêts publics : d'un côté, l'intérêt de l'individu à participer à la vie publique de sa communauté<sup>27</sup> ; de l'autre, l'intérêt public au bon fonctionnement des institutions de l'État démocratique, au respect du pluralisme, et à l'émergence de courants politiques suffisamment représentatifs<sup>28</sup> ; d'un autre encore, l'intérêt des individus, mais

24. Pour une analyse approfondie des travaux préparatoires, voy. Y. LÉCUYER, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 24-31 ; R. GOY, « La garantie européenne du droit à de libres élections législatives : l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention de Rome », *Revue du droit public et de la science politique*, 1986, pp. 1275 ss ; Pour des considérations plus synthétiques, voy. : J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 659 ss. ; S. MARCUS-HELMONS, « Article 3 – Protocole additionnel », dans L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1999, p. 1012.

25. J. VELU, R. ERGEC, *op. cit.*, p. 665.

26. Arrêt de la Cour, statuant en séance plénière, du 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clairfayt c. Belgique*, requête n° 9267/81, §§ 47 et 50. La Cour avait été précédée par la Commission, qui a connu une évolution très progressive. En 1961, elle affirme que l'article 3 du premier Protocole attribue implicitement un droit institutionnel à l'organisation d'élections libres et équitables (voy. la décision du 18 septembre 1961, *ADQ c. Belgique*, requête n° 1028/61). Puis, en 1967, elle y lit un droit, ayant encore un caractère institutionnel, au suffrage universel (voy. la décision du 6 octobre 1967, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 2728/66). Ce n'est vraiment qu'en 1975 qu'apparaissent, dans la jurisprudence de la Commission, des droits individuels de participation politique : le droit de vote et le droit de se porter candidat lors de l'élection du corps législatif (voy. la décision du 30 mai 1975, *W., X., Y. et Z. c. Belgique*, requêtes n° 6745 et 6746/74). Pour une analyse de l'évolution, voy. R. GOY, *op. cit.*, p. 1311 ; C. PINELLI, « Diritto a libere elezioni », in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pp. 847-850 ; Y. LÉCUYER, *op. cit.*, pp. 98-102 ; M. STARITA, « Articolo 3, primo Protocollo », dans S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 833 s.

27. Voy., entre autres, l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clairfayt*, § 50 ; l'arrêt de Grande Chambre du 18 février 1999, *Mattheus c. Royaume Uni*, 24833/94, § 64 ; l'arrêt du 22 juin 2004, *Aziz c. Chypre*, requête n° 69949/01, § 27 ; l'arrêt du 66289/01, *Py c. France*, requête n° 11 janvier 2005, § 46.

28. Voy. entre autres, l'arrêt de la Grande Chambre du 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, requête n° 58278/00, §§ 102 et 115 ; l'arrêt du 28 mars 2006, *Sukhovetsky c. Ukraine*, requête n° 13716/02, § 73 et

aussi des groupes présents dans la communauté (ou, si l'on veut, des groupes qui composent la communauté), à influencer la composition du corps législatif et les choix politiques les plus importants <sup>29</sup>.

Telles sont les raisons qui expliquent l'ampleur de la marge d'appréciation reconnue aux États dans ce domaine. Loin d'être une spéculation abstraite, l'acceptation par la Cour de la nature complexe des droits électoraux a eu des implications immédiates concernant le régime juridique applicable aux droits politiques. Toute la jurisprudence de la Cour est marquée du sceau de cette double nature, conduisant à reconnaître aux États une marge de manœuvre étendue lorsque sont en cause des mesures de limitation de ces droits. L'ampleur de ce pouvoir discrétionnaire n'est pas constante, toutefois, et il est difficile de nier que la jurisprudence de la Cour est traversée en cette matière de flottements et d'incertitudes. Cela dit, il est possible de procéder à une certaine systématisation, en affirmant que les contours de la sphère de discrétion étatique varient en fonction de trois critères : le premier a trait au droit qui fait l'objet de la limitation, le deuxième à la nature des mesures de restriction prises par l'État et le troisième à la valeur démocratique à laquelle ces mesures sont censées porter atteinte.

Comme leur connaissance est indispensable pour comprendre la solution trouvée par la Cour au problème des rapports entre lois électorales et Convention, il faut les analyser succinctement.

### B. Une marge nationale d'appréciation variable

Le premier critère est le seul à faire l'objet d'une référence expresse dans la jurisprudence. Le juge européen a constamment affirmé que « des conditions plus strictes peuvent être fixées pour l'éligibilité au Parlement que pour le droit de voter » <sup>30</sup>. La *ratio* de la variabilité de la marge d'appréciation suivant le critère du contenu du droit impliqué est expliquée par la Commission de Venise, dans les « Lignes directrices en matière électorale » adoptées les 5 et 6 juillet 2002 lors de sa 51<sup>e</sup> session plénière, auxquelles la Cour fait référence dans ses arrêts les plus importants en la matière. Selon la Commission de Venise, « l'exclusion de l'éligibilité peut être soumise à des conditions moins sévères que celles du droit de vote, car l'exercice d'une fonction publique est en cause et il peut être légitime d'en écarter les personnes dont l'activité dans cette charge contreviendrait à un intérêt public prépondérant » <sup>31</sup>.

À notre sens, il est possible de tirer deux autres paramètres de la jurisprudence européenne, bien qu'ils ne soient pas formulés expressément par la Cour. En premier lieu, il est assez aisé de vérifier que la marge de manœuvre reconnue par la Cour s'étend d'une façon considérable lorsque les mesures portées à son attention concernent « l'exercice » des droits politiques, tandis que la marge se réduit quand les mesures étatiques impliquent des limitations dans « l'accès » à ces droits. La différence s'apprécie clairement lorsqu'on l'applique au droit de vote. Ce droit n'est pas absolu et peut faire l'objet de « limitations implicites ». Il faut toutefois distinguer deux types de limitations. Un premier groupe de mesures concernent la possibilité pour certaines catégories de sujets de participer au scrutin. Lorsque des requérants les invoquent, la contestation porte sur le titre même de

l'arrêt de la Grande Chambre du 27 avril 2010, *Tanase c. Moldova*, requête n° 7/08, § 169.

29. Voy. l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Calmanovici c. Roumanie*, requête n° 42250/02, § 153 et la décision du 6 septembre 2007, *Sevinger et Eman c. Pays Bas*, requêtes n° 17173/07 et 17180/07.

30. Voy. entre autres, l'arrêt du 19 octobre 2004, *Melnychenko c. Ukraine*, requête n° 17707/02, § 57 et l'arrêt de la Grande Chambre du 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, requête n° 10226/03, § 109 (v).

31. Ce passage, contenu dans les « Lignes directrices », est reproduit dans l'arrêt *Melnychenko*, § 29.



leur participation à la vie politique. De nature complètement différente sont en revanche les mesures qui concernent les modalités de la participation. L'État ne conteste plus alors aux requérants le titre de la participation, mais ceux-ci estiment la réglementation de l'exercice de cette participation contraire aux finalités de la norme conventionnelle, qui veut que la participation soit à la fois libre et égale. Il faut noter à cet égard que les mesures du premier type constituent des exceptions au principe général du suffrage universel<sup>32</sup>. Le contrôle de la Cour sur la proportionnalité de ces mesures peut alors se faire incisif. Les dispositions qui ont une incidence sur l'exercice du droit de vote, par contre, ne portent normalement pas atteinte à ce principe ni au droit du citoyen de participer à la vie publique<sup>33</sup>. Il s'ensuit que la Cour reconnaît à l'État partie un pouvoir discrétionnaire plus large.

Le troisième et dernier critère qui ressort de la jurisprudence de la Cour pose la question de la concurrence entre les valeurs de liberté et d'égalité dans l'exercice des droits politiques. Dans la mesure où les restrictions étatiques à l'exercice des droits politiques individuels pèsent sur la valeur de l'égalité des votes, la marge d'appréciation reconnue aux États s'élargit. À l'inverse, lorsque les restrictions touchent la liberté des électeurs dans l'expression du suffrage, l'ampleur de la marge se réduit. En effet, si la Cour ne tolère pas aisément des mesures qui portent atteinte à la « liberté » dans l'exercice du suffrage<sup>34</sup>, elle a fait preuve d'une certaine prudence lorsque la valeur en jeu était celle de « l'égalité » des voix. Dès son premier arrêt sur l'article 3 du premier Protocole, elle a, d'une part, affirmé que l'égalité politique,

32. Voy. sur ce point, notamment, l'arrêt de la Grande Chambre du 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), requête n° 74025/01, § 59 : « le droit de vote ne constitue pas un privilège. Au XXI<sup>e</sup> siècle, dans un État démocratique, la présomption doit jouer en faveur de l'octroi de ce droit au plus grand nombre comme l'illustre, par exemple, l'histoire parlementaire du Royaume-Uni ou d'autres pays où ce droit a été progressivement étendu, au fil des siècles, à d'autres personnes que des individus choisis, des groupes d'élites ou de parties de la population ayant l'approbation du pouvoir en place. Le suffrage universel est désormais le principe de référence ».

33. Si nous précisons « normalement » dans le texte, c'est parce que certaines obligations positives qui pèsent sur l'État en vertu de l'art. 3 du premier Protocole, et qui sont inhérentes au droit de vote, tout en constituant une activité réglementaire préliminaire, ou bien d'organisation de l'exercice de ces droits de vote, se révèlent indispensables pour la jouissance effective des droits électoraux. Il en va ainsi pour l'obligation de l'État de bien gérer les listes électorales. Selon la Cour, « la bonne gestion des listes électorales est une condition indispensable à la liberté et à l'équité du scrutin [...] ; en particulier, un registre électoral défectueux porterait atteinte *a priori* aux droits des électeurs » (arrêt du 8 juillet 2008, *Parti travailliste géorgien c. Géorgie*, requête n° 9103/04, §§ 82-83). Mais il en va de même pour l'obligation d'organiser les élections selon les principes de l'impartialité et de la transparence. La Cour « juge particulièrement important pour un organisme chargé de l'administration des élections qu'il fonctionne de manière transparente et qu'il reste impartial et indépendant face aux manipulations politiques » (arrêt *Parti travailliste géorgien*, § 101 ; arrêt du 7 février 2008, *Kovatch c. Ukraine*, requête n° 39424/02, §§ 53-55 ; arrêt du 8 avril 2010, *Namat Aliyev c. Azerbaïdjan*, requête n° 18705/06, § 73).

34. Du respect dû au principe de liberté dans l'exercice du droit de vote, quatre obligations découlent à la charge de l'État. D'abord, celle d'assurer le caractère secret du vote (expressément prévu dans le texte de l'article 3 du premier Protocole). Deuxièmement, l'obligation d'assurer que l'électeur ne soit « soumis à quelque pression sur le choix d'un ou plusieurs candidats » et qu'il ne soit pas « indûment incité à voter pour un parti ou un autre » (arrêt du 11 janvier 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs c. Russie*, requête n° 55066/00, § 71 ; arrêt *Yumak et Sadak*, § 108). Comme elle présente deux aspects, l'un négatif et l'autre positif, cette obligation peut être divisée en deux : celle de s'abstenir de pressions, et celle de prévenir que des sujets privés exercent des pressions (arrêt *Parti conservateur russe des entrepreneurs*, § 73 ; arrêt *Namat Aliyev*, § 78). Troisièmement, l'obligation de permettre à l'électeur de choisir parmi plusieurs partis et candidats. La Cour souligne à cet égard que la « libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ne saurait se concevoir sans le concours d'une pluralité de partis politiques représentant les courants d'opinion qui traversent la population d'un pays » (décision du 7 juin 2001, *Federación Nacionalista Canaria c. Espagne*, requête n° 56618/00 ; arrêt *Parti conservateur russe des entrepreneurs*, § 79 ; arrêt *Yumak et Sadak*, § 107). Enfin, l'obligation de garantir que les électeurs reçoivent une information adéquate et impartiale, qui présente – elle aussi – un aspect négatif, consistant dans un devoir de neutralité entre les partis et les candidats, et un aspect positif, consistant dans le devoir « de soumettre à l'électorat les candidatures présentées et de veiller à l'accessibilité des informations sur les candidats » (arrêt *Parti conservateur russe des entrepreneurs*, § 72).



dans son acception *formelle*, qui équivaut au principe de non-discrimination, revêt une importance capitale dans le cadre des garanties offertes par la Convention. D'autre part, elle a précisé n'être pas disposée à mettre à la charge de l'État une obligation d'adopter des mesures telles qu'elles compensent des inégalités substantielles entre partis ou candidats dans les termes suivants : « il ne s'ensuit que tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat, ni tout candidat des chances égales de l'emporter »<sup>35</sup>.

### C. Une marge d'appréciation particulièrement étendue dans le choix du système électoral

Dans le cadre général ainsi esquissé se pose la question de l'intensité des garanties offertes par la Convention aux individus face aux restrictions apportées aux droits garantis par l'article 3 du premier Protocole par voie de lois régissant le système électoral. Quatre raisons incitent à reconnaître une marge très étendue dans ce domaine, dont deux constituent une application directe des critères qu'on vient de rappeler. D'abord, ces lois concernent l'*exercice* des droits électoraux, et non le titre de la participation au suffrage (voire l'accès à l'électorat) ; en outre, elles sont censées porter atteinte à l'*égalité* entre les électeurs, et non à leur liberté dans la manifestation du suffrage.

Deux autres considérations plaident pour la reconnaissance d'un large pouvoir discrétionnaire. En premier lieu, la Cour souligne que, par l'adoption de ces lois, les États mettent en œuvre une activité relevant plus de la *réglementation* que de la limitation des droits protégés, les droits politiques demandant pour leur exercice et leur organisation une action positive de la part de l'État. Cette exigence est affirmée dans le texte de l'article, qui mentionne expressément l'obligation positive des États « d'organiser » des élections. Enfin, la Cour note qu'il ne s'agit pas seulement d'une activité réglementaire et technique, la législation électorale étant destinée à choisir, parmi les nombreux systèmes électoraux connus par les traditions constitutionnelles européennes, celui qui s'adapte le mieux au contexte historique, politique, économique et culturel d'un pays<sup>36</sup>. On peut aisément entrevoir dans cette quatrième considération l'expression de la « *political sensitivity* » des questions concernant le système électoral<sup>37</sup>.

Compte tenu de tout cela, l'État ne peut que jouir d'une latitude considérable pour déterminer le système régissant les élections législatives, en raison de la valeur du pluralisme qui sous-tend la logique de la clause politique du système européen de protection des droits de l'homme. De plus, s'agissant des modalités des élections législatives, le principe de subsidiarité de la Convention joue un rôle accentué, les autorités étatiques étant alors les mieux placées pour apprécier les exigences de leurs sociétés.

35. Arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, § 54.

36. D'après la Cour « il existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque État contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie » (arrêt *Hirst*, § 61 ; décision du 29 novembre 2007, *Partija Jaunie Demokrati et Partija Musu Zeme c. Lettonie*, requête n° 10547/07).

37. H. Lardy considère que « *understandably the Court is conscious of the heightened political sensitivity of questions surrounding the design and implementation of electoral systems* », dans H. LARDY, « Article 3, First Protocol : The Right to Free Elections », in D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, OUP, 2009, p. 714.

### III. – UN POUVOIR DE CONTRÔLE ATTÉNUÉ DE LA COUR EUROPÉENNE

#### A. Les critères qui président au contrôle de la marge d'appréciation des États

Si la jurisprudence est révélatrice des tensions existant, dans la Convention, entre l'objectif de protection des droits politiques et l'exigence de maintien de la maîtrise des États sur le choix du système politique, il serait erroné d'en déduire que les lois électorales ne tombent pas dans le champ d'application *ratione materiae* de la Convention (article 3 du premier Protocole) et/ou que la Cour n'a aucun pouvoir de contrôle par rapport à ces lois. Proclamé à maintes reprises dans la jurisprudence, ce pouvoir se limite pourtant à s'assurer que le système adopté respecte le principe limite de la « libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». En d'autres termes, la Convention serait indifférente aux choix politiques internes, pourvu que soit respectée la finalité de l'article 3 et qu'ils n'aboutissent pas à la formation d'un Parlement qui ne représente plus le peuple <sup>38</sup>.

Dans une telle perspective, la fonction de la Cour serait d'être le garant ultime de la souveraineté démocratique <sup>39</sup>. Le principe auquel la Cour se réfère est celui de la proportionnalité <sup>40</sup>. Les paramètres de ce contrôle sont pourtant singuliers. Ils portent sur trois critères : en premier lieu, un critère quantitatif, qui peut être dégagé aisément de la jurisprudence concernant les seuils électoraux minimaux pour l'entrée des forces politiques dans le corps législatif. Ce critère, sous-tendant toute la jurisprudence européenne pertinente <sup>41</sup>, a été formulé d'une façon expresse par une Grande Chambre, dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Yumak et Sadak*. Appelée à décider si le seuil de 10 % appliqué en Turquie était conforme à l'article 3, la Cour affirme : « afin d'assurer qu'il n'est pas disproportionné, la Cour entend d'abord en évaluer la portée en le comparant à d'autres seuils appliqués en Europe » <sup>42</sup>.

La Cour prend en considération deux autres paramètres, qui se réfèrent au contexte dans lequel les mesures se situent. Le premier est constitué par le *contexte juridique*, c'est-à-dire par les autres aspects du système électoral dans lequel ces mécanismes s'inscrivent et, de manière plus générale, le droit interne pertinent. Le deuxième est constitué par le *contexte extra-juridique*, c'est-à-dire historique et politique, de l'État concerné.

S'agissant du contexte juridique, la Cour prend soin d'interpréter la mesure dont le requérant se plaint d'une façon systématique. De ce point de vue, après avoir

---

38. La Cour s'exprime ainsi : « Aux fins de l'application de l'article 3, toute loi électorale doit toujours s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre, pour autant du moins que le système adopté réponde à des conditions assurant la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » (arrêt préc. *Yumak et Sadak*, § 111).

39. « Il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole n° 1 » (décision préc. *Federación Nacionalista Canaria*). Sur le concept de souveraineté démocratique, voy. Y. LÉCUYER, *op. cit. supra* n. 24, pp. 292-304.

40. Y. Lécuyer considère ainsi que « le rapport raisonnable de proportionnalité ainsi établi empêche donc à la marge d'appréciation concédée aux autorités nationales d'absorber l'ordre politique européen et donner toute latitude aux États membres », *op. cit.*, p. 506.

41. Voy. en ce sens les décisions de la Commission du 9 décembre 1987, *Tête c. France*, requête n° 11123/84 ; *Fournier c. France*, 10 mars 1988, requête n° 11406/85 ; *Magnago et Südtiroler Volkspartei c. Italie*, 15 avril 1996, requête n° 25035/94 ; *Federación Nacionalista Canaria*, préc. ; *Partija Jaunie Demokrati et Partija Musu Zeme*, préc.

42. Arrêt *Yumak et Sadak*, préc., § 127.

évalué la portée de la mesure contestée, par exemple un seuil électoral minimal, « elle examinera les correctifs et d'autres garanties dont il se trouve assorti »<sup>43</sup>. Ainsi, un système à deux seuils ayant un caractère alternatif (l'un calculé sur la totalité des suffrages, l'autre sur les suffrages exprimés dans une circonscription individuelle), est tenu par la Cour pour une garantie qui « accorde une certaine protection aux petites formations politiques »<sup>44</sup>. De même, un système caractérisé par un seuil très élevé doit s'évaluer, d'après la Cour, à la lumière de la possibilité prévue de se porter candidat indépendant, de l'absence d'un seuil applicable aux indépendants et à celle de la possibilité de constituer une coalition électorale avec d'autres formations politiques<sup>45</sup>.

S'agissant du contexte extra-juridique, la Cour estime que tout système électoral doit être apprécié « à la lumière de l'évolution politique du pays ». Ainsi, le juge européen a accordé de l'importance à la considération que des élections se sont « déroulées dans un climat de crise à causes multiples (crises économiques et politiques, tremblements de terre) »<sup>46</sup>, tout comme à la circonstance qu'une mesure déterminée s'inscrit dans un processus de démocratisation<sup>47</sup>.

Les trois critères ne sont pas ordonnés hiérarchiquement. La méthodologie interprétative énoncée pourrait exprimer un certain syncrétisme, qui permettrait à la Cour de « cumuler » des considérations différentes pour admettre la compatibilité avec la Convention des mesures prises par les États. Ce syncrétisme semble traduire la volonté de la Cour de « faire preuve de retenue dans un contentieux particulièrement sensible politiquement »<sup>48</sup>.

Si cela confère à la jurisprudence européenne un haut degré d'empirisme et d'instabilité, il faut pourtant noter que, dans l'application de cette méthode, le critère du contexte extra-juridique paraît être utilisé par la Cour pour prendre en considération des circonstances d'une gravité particulière, qui semblent s'apparenter au concept de nécessité ou d'exceptionnalité, tel qu'il ressort des cas venant d'être rappelés. En recourant à ce critère, le juge européen parvient à appréhender des dispositions du droit interne qui, de prime abord, paraissent concerner la représentativité du corps législatif, mais qui visent en réalité à sauvegarder l'intérêt essentiel protégé par le Protocole additionnel, c'est-à-dire la conservation du régime démocratique dans les circonstances qui le mettent en danger. Cela dit, il est intéressant de souligner que, si l'on se tourne vers la jurisprudence européenne, la gravité des effets produits par la prise en compte du contexte extra-juridique semble se rapporter à la gravité des situations. La jurisprudence en la matière semblerait ainsi reposer sur l'adage : « à situation exceptionnelle, solution exceptionnelle »<sup>49</sup>.

43. Arrêt *Yumak et Sadak*, § 127.

44. Décision *Federación Nacionalista Canaria*.

45. Arrêt *Yumak et Sadak*, §§ 133-146.

46. *Ibid.*, §§ 12, 20 et 141.

47. Selon la Cour, dans une situation pareille il faut tenir compte de « l'exigence de protéger l'intégrité du processus démocratique en excluant la participation aux travaux d'un corps législatif démocratique de ceux qui avaient joué un rôle actif et dirigeant dans un parti directement impliqué dans la tentative de renversement par la violence du régime démocratique nouvellement établi » (arrêt *Zdanoka c. Lettonie*, § 122).

48. J.-F. FLAUSSE, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2006, p. 10. Voy. aussi B. DELZANGLES, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 445-447.

49. Voy. l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Vajic, Jaeger et Sikuta (§ 3) jointe à l'arrêt de la Cour (Grande Chambre), *Yumak et Sadak c. Turquie*, préc.

*B. La décision Saccomanno : un contrôle encore plus atténué*

Si l'on se penche sur la décision *Saccomanno*, on peut constater que la Cour y donne une interprétation différente des rapports entre les critères qui président au contrôle de la marge nationale d'appréciation dans le « *highly sensitive issue* » des lois électorales. Plus précisément, l'emploi de critères qui tiennent à l'évaluation « quantitative » de la portée des mesures soumises à son contrôle, d'une part, et à la prise en compte du contexte juridique de l'État concerné, d'autre part, s'estompe, alors que l'importance attribuée au contexte extra-juridique s'intensifie. En particulier, l'appel aux exigences politiques propres à chaque État se banalise, révélant ses potentialités de « critère-monstre », capable d'attraper toute circonstance afin de légitimer tout système électoral. La perception de cette démarche interprétative est facilitée si l'on tient compte du parallèle, précédemment souligné, entre cette décision et l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

En ce qui concerne, en premier lieu, le critère reposant sur l'évaluation (qu'on a dite quantitative) du poids de l'impact des entraves posées à la libre expression de l'opinion du peuple, la Cour se borne à des considérations superficielles. En particulier, l'affirmation selon laquelle les dispositions législatives critiquées « ne sembleraient pas de nature à affecter l'équilibre entre les principes de la juste représentation et de la stabilité gouvernementale » est dépourvue de toute argumentation.

S'agissant du deuxième critère, la Cour paraît même se refuser à évaluer la portée des mécanismes prévus par la loi électorale dans le contexte juridique italien. Que le mécanisme des listes bloquées s'inscrive dans un système caractérisé par des circonscriptions électorales particulièrement étendues, que les partis puissent présenter les mêmes candidats simultanément dans plusieurs circonscriptions, qu'ils puissent leur demander d'opter, au lendemain du scrutin, pour le siège attribué à telle ou telle circonscription, tous ces faits ne sont guère pris en compte par la Cour au titre du « contexte ». Il n'est pas sans intérêt de noter que c'est cette attitude qui conduit la Cour à considérer comme automatiquement comparable la situation italienne à des contextes juridiques très différents. Pour la Cour, il ne s'agit pas de comparer les systèmes électoraux européens qui appliquent le même mécanisme (des primes à la majorité, ainsi que des listes bloquées), mais simplement de constater, dans une perspective de contrôle *in abstracto*, que le mécanisme n'est pas ignoré par ces systèmes <sup>50</sup>.

En revanche, un sort tout différent est réservé au troisième critère issu de la jurisprudence européenne. Comme on l'a vu, dans la ligne de conduite suivie jusqu'ici par la Cour européenne, l'exigence de prendre en compte l'évolution politique du pays concerné a été limitée d'un point de vue ontologique, les « particularités » du contexte politique ayant correspondu à des circonstances dont la gravité était frappante. Que l'on soit d'accord ou pas avec ses conclusions dans les arrêts *Yumak et Sadak* et *Zdanoka* <sup>51</sup>, force est de constater que la Cour, en application des critères énoncés, s'était préoccupée d'énumérer les faits qui, à son avis, conféraient à la situation turque une coloration de « quasi-exceptionnalité ».

Or, en partant de ces précédents attestant que l'incidence du contexte extra-juridique sur la profondeur du contrôle juridictionnel augmente en même temps que les difficultés auxquelles l'État est appelé à faire face, on aurait pu s'attendre que, corrélativement, elle se réduise à mesure de leur normalisation. Cette résorption

50. Voy. *supra*, § I, C.

51. Voy. l'opinion dissidente commune des juges Tulkens, Vajic, Jaeger et Sikuta (§ 3) *op. cit.* Voy. aussi H. LARDY, *op. cit.*, 730.

logique a été démentie par la décision *Saccomanno*, qui banalise le concept de « particularité ». Bien que la Cour répète la formule suivant laquelle « les règles dans ce domaine varient en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque État », elle n'estime pas devoir expliquer quels sont les facteurs à la lumière desquels on devrait accepter, dans le contexte politique italien, des « détails » jugés « inacceptables » dans d'autres contextes.

\*

\*   \*

En conclusion, même s'il ne s'agit peut-être pas d'un revirement jurisprudentiel au sens strict, la décision *Saccomanno* représente une véritable déviation dans l'interprétation de chacun de ces critères et des rapports qui les lient. Certes les critères invoqués par la Cour pour justifier sa décision sont ceux qu'elle avait énoncés dans sa jurisprudence antérieure. L'impression que laisse sa lecture est pourtant celle d'une référence incantatoire à des formules qui se révèlent évanescentes, ainsi qu'à un concept – la marge d'appréciation étatique – dont la fonction revient à immuniser substantiellement des lois électorales contre tout contrôle de la Cour européenne.

Si cette démarche interprétative devait être consolidée, il est évident que la tension entre les deux exigences opposées : protéger la nature « politique » des choix concernant le modèle électoral, et conférer une garantie effective aux droits le plus strictement liés à l'exercice de la démocratie, se relâcherait, par suite du primat reconnu à la première sur la deuxième.