

# § 5. Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme

## Questions de légitimité et de méthode

Françoise TULKENS

*Vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme*<sup>1</sup>

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

*Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis  
Assesseur à la section de législation du Conseil d'État*

Frédéric KRENC

*Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis  
Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain  
Avocat au barreau de Bruxelles*

### Introduction

Aux termes de l'article 32 de la Convention européenne des droits de l'homme, «la compétence de la Cour [européenne des droits de l'homme] s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles [...]».

Le texte proprement dit de la Convention n'est cependant pas l'unique matériau de référence mobilisé par le raisonnement strasbourgeois. Depuis le tournant du millénaire, en effet, la Cour européenne des droits de l'homme a pris l'habitude d'enrichir l'interprétation et l'application de la Convention de multiples «apports» extérieurs au texte conventionnel lui-même et dotés des statuts juridiques les plus divers.

Ces apports – aujourd'hui rubriqués par les notices des arrêts et décisions sous la bannière générique de «sources externes» ou *external sources* –

---

<sup>1</sup> Je m'exprime à titre personnel, sans engager la Cour.

peuvent tout d'abord être constitués d'instruments juridiques intrinsèquement pourvus d'une valeur obligatoire au sein des ordres juridiques qui les ont secrétés<sup>2</sup>. On ne compte plus aujourd'hui les *dicta* de la Cour européenne des droits de l'homme qui voient le prescrit conventionnel enrichi de l'éclairage de l'une ou l'autre jurisprudence constitutionnelle (européenne ou extra-européenne)<sup>3</sup>, d'un traité régional issu du Conseil de l'Europe lui-même<sup>4</sup> ou d'une autre organisation régionale européenne (telle l'Union européenne)<sup>5</sup> ou extra-européenne<sup>6</sup>, d'un instrument

<sup>2</sup> Voy. l'étude de synthèse récemment réalisée par FOROWICZ (M.), *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010. L'auteur recense notamment les différentes affaires où la Cour européenne des droits de l'homme s'est inspirée du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, de la Convention pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants..., ainsi que de la « jurisprudence » de leurs organes de contrôle respectifs. Sur les références faites par la Cour européenne des droits de l'homme au droit international humanitaire, voy. récemment COSTA (J.-P.) et O'BOYLE (M.), « The european Convention on human rights and international humanitarian law », in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de C.L. Rozakis*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 107 et s.

<sup>3</sup> Voy., par exemple, la recension effectuée par POPOVIC (D.), « Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Human Rights – Strasbourg Views. Liber amicorum L. Wildhaber*, N.P. Engel Publisher, Kehl – Strasbourg – Arlington, 2007, p. 383 et s.

<sup>4</sup> Voy., par exemple, à propos de la Charte sociale européenne, Cour eur. D.H., 30 juin 1993, *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande*, § 35; Cour eur. D.H. (gde ch.), 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, § 72; à propos de la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, voy. Cour eur. D.H., 9 mars 2004, *Glass c. Royaume-Uni*, § 75; à propos de la Convention pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005, voy. Cour eur. D.H., 2 octobre 2008, *Leroy c. France*, § 43; à propos de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales, voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*; à propos de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*; à propos de la Convention européenne sur la computation des délais, voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), *Sabri Günes c. Turquie*, 29 juin 2012.

<sup>5</sup> Voy. les exemples cités dans BRIBOSIA (E.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « Emprunts et migrations entre le droit de l'Union européenne et le droit du Conseil de l'Europe », in *Traduction et droits européens, enjeux d'une rencontre. Hommage au Recteur M. van de Kerchove*, BAILLEUX (A.), CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.) et OST (Fr.) dir., Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2009, p. 175 et s. *Adde*, pour un exemple d'emprunt à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Cour eur. D.H., 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 93 (à propos de l'inclusion des relations nouées au sein d'un couple homosexuel dans le concept de « vie familiale » au sens de l'article 8). L'on notera que la Cour européenne des droits de l'homme n'avait pas hésité à faire application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dès avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, soit à une époque où cette Charte n'avait encore que le statut de *soft law*. Voy., en effet, Cour eur. D.H. (gde ch.), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, § 100; Cour eur. D.H. (gde ch.), 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, § 74; Cour eur. D.H. (gde ch.), 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, § 60; Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*.

<sup>6</sup> Voy., par exemple, à propos de la Convention américaine des droits de l'homme, Cour eur. D.H. (gde ch.), 17 septembre 2009, *Scoppola (n° 2) c. Italie*, § 105; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, § 79. Voy. aussi la référence faite au Protocole de San Salvador (protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels) dans l'arrêt *Palomo Sanchez et autres c. Espagne* rendu par la grande chambre de la Cour le 12 septembre 2011.

conventionnel onusien<sup>7</sup> ou encore d'une convention issue d'une organisation internationale universelle spécialisée<sup>8</sup>.

Plus audacieuse encore est la recherche d'un éclairage interprétatif – le cas échéant, déterminant – au sein de textes qui, dépourvus quant à eux de toute valeur obligatoire intrinsèque, sont habituellement regroupés dans la catégorie du *soft law* des droits de l'homme (I). Le phénomène a déjà été abondamment décrit<sup>9</sup>; l'on se contentera donc, dans la présente contribution, d'en livrer un échantillonnage jugé significatif<sup>10</sup> (II).

Après la description vient par évidence le moment de l'évaluation.

L'apport positif de l'utilisation des « sources externes » réside incontestablement dans la progression vers un droit, sinon uniforme, du moins « harmonisé » des droits de l'homme – certains ont parlé d'un *jus commune* ou d'un droit « mondial » – et, corrélativement, dans la réduction du phénomène de fragmentation *ratione temporis* (coexistence d'instruments anciens et nouveaux), *ratione materiae* (multiplication des droits catégoriels) et *ratione loci* (coexistence de strates universelles, régionales et nationales non hiérarchisées) de ce droit. La référence à des instruments de *soft law* est, à cet égard, particulièrement féconde, puisque ceux-ci sont souvent issus de la compilation de *best practices* et opèrent par là même, sur une problématique

<sup>7</sup> Voy., pour un exemple récent, à propos de la scolarisation d'enfants étrangers en séjour irrégulier, Cour eur. D.H., 21 juin 2011, *Anatoliy Ponomaryov et Vitaliy Ponomaryov c. Bulgarie*, § 57: emprunt fait au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Pour une prise en compte remarquée de cette dernière Convention, voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*. Voy. aussi Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 mars 2010, *Orsus c. Croatie*: référence faite, entre autres, à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et à la Convention relative aux droits de l'enfant. Pour un appui sur la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, voy. Cour eur. D.H., 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, § 60.

<sup>8</sup> Voy. notamment, à propos des conventions conclues dans le cadre de l'O.I.T., Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*.

<sup>9</sup> TULKENS (Fr.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « Le *soft law* des droits de l'homme est-il vraiment si *soft*? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber amicorum M. Mahieu*, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 505 et s.; BARKHUYSEN (T.) et VAN EMMERIK (M.), « Ongebonden Binding. Verwijzing naar *soft law*-standaarden in uitspraken van het E.H.R.M. », *N.J.C.M.-Bulletin*, 2010, « Speciaal nummer 60 jaar E.V.R.M. », p. 827 et s.; KLEIJSEN (J.), « Council of Europe standard-setting in the human rights field », *N.J.C.M.-Bulletin*, 2010, « Speciaal nummer 60 jaar E.V.R.M. », p. 857 et s.

<sup>10</sup> On laissera de côté les nombreux arrêts et décisions où la Cour entend s'inspirer des standards et normes élaborés par le Comité pour la prévention de la torture (C.P.T.). L'étude de cette jurisprudence est en effet l'objet d'une autre contribution dans le présent ouvrage (voy. D. Scalia). Voy. aussi KRENC (Fr.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « Les droits du détenu dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le nouveau droit des peines: statuts juridiques des condamnés et tribunaux de l'application des peines*, Coll. « Droit et justice », n° 73, Nemesis – Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 24-28.

déterminée, une tentative de synthèse cohérente de différents éléments « fragmentés » du droit des droits de l'homme.

Il n'en demeure pas moins que l'emprunt à de telles sources externes – et singulièrement, à des normes de *soft law* – est source d'une importante interrogation en termes de *légitimité*, au sein d'une pensée juridique encore largement dominante qui place le consentement des États au fondement de l'obligatorité des règles qui leur sont imposées (III). La difficulté ainsi aperçue a certes été en grande partie aplanie par l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* de la grande chambre, du 12 novembre 2008. Aujourd'hui, ce n'est plus tant le principe même de l'emprunt au *soft law* qui focalise le débat que la *méthodologie* du raisonnement qui, *in concreto*, conduit à cet emprunt et en détermine les effets. Sous cet angle, de nombreuses questions demeurent en attente de réponse (IV). Une chose est, en effet, d'avoir pu faire admettre qu'entre le droit et le non-droit des droits de l'homme, il existerait une « zone grise » ; une autre chose est de déterminer concrètement si, à quelles conditions et dans quelle mesure, tel ou tel texte naviguant dans cette zone grise peut exercer une quelconque influence sur le litige porté devant la juridiction strasbourgeoise.

## I. Le *soft law* des droits de l'homme

L'impossibilité de trouver à ce jour une définition – et une traduction française<sup>11</sup> – parfaitement consensuelle de ce qu'il y a lieu d'entendre par le *soft law*<sup>12</sup> est pour le moins symptomatique de la complexité du débat que celui-ci suscite.

Selon le *Dictionnaire de droit international public* dirigé par Jean Salmon, le *soft law* désigne « des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un

---

<sup>11</sup> Droit « assourdi », « doux », « tendre », « moëlleux », « malléable » ? Voy. ABI-SAAB (G.), « Éloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Mélanges en hommage à Fr. Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 59 et s.

<sup>12</sup> Voy. BLUTMAN (L.), « In the trap of a legal metaphor: international soft law », *I.C.L.Q.*, 2010, vol. 59, p. 605-606 ; DUPLESSIS (I.), « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *R.Q.D.I.*, 2007, p. 249 ; AUST (A.), *Handbook of International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 11 ; THÜRER (D.), « *Soft law* », in *Encyclopedia of Public International Law*, BERNHARDT (R.) dir., vol. IV, Elsevier, Amsterdam, 2000, p. 454.

instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes»<sup>13</sup>.

La définition ainsi retenue rejoint celle que proposent différents auteurs et qui constitue au demeurant le point de repère des travaux réunis dans le présent ouvrage<sup>14</sup> : la « mollesse » du *soft law* résiderait soit dans l'*instrumentum* (*non-legal soft law*), soit dans le *negotium* (*legal soft law*) de cette catégorie particulière de normes<sup>15</sup>. Dans le cadre de la présente contribution<sup>16</sup>, nous ne retiendrons, au titre d'élément fédérateur de la catégorie étudiée, que le premier facteur recensé de l'« infirmité juridique » affectant le *soft law*, à savoir l'absence de caractère juridiquement contraignant de l'*instrumentum*.

Ce premier resserrement effectué, la difficulté définitionnelle n'en reste pas moins épineuse et explique au demeurant la réticence que, sur fond d'un légitime souci de sécurité juridique, on a souvent éprouvée à l'idée d'instituer le *soft law* comme catégorie à part entière de juridicité<sup>17</sup>. Fort logiquement en effet, il est de l'essence d'un phénomène qui prétend se situer à la marge de limites préétablies, en occupant un espace-tiers réfractaire aux logiques binaires, de ne s'astreindre, quant à lui, à aucune forme de frontières posées *a priori*<sup>18</sup>. C'est donc au risque de l'approximation et de la critique que, pour les besoins de la présente contribution, on retiendra

<sup>13</sup> SALMON (J.) dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 1039.

<sup>14</sup> Voy. HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 1 à 64, ainsi que la contribution de cette auteure au présent ouvrage.

<sup>15</sup> ABI-SAAB (G.), « Éloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *op. cit.*, p. 61-62; OLIVIER (M.), « The relevance of "soft law" as a source of international human rights », *C.I.L.S.A.*, 2002, vol. 35, p. 294-295; ELIAS (O.) et LIM (C.), « "General principles of law", "soft law" and the identification of international law », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1997, p. 45; BLUTMAN (L.), « In the trap of a legal metaphor: international soft law », *op. cit.*, p. 605-606.

<sup>16</sup> Sur la question du *legal soft law*, voy. spécifiquement D'ASPREMONT LYNDEN (J.), « Les dispositions non normatives des actes juridiques conventionnels à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *R.B.D.I.*, 2003, p. 496 et s.

<sup>17</sup> Voy. BLUTMAN (L.), « In the trap of a legal metaphor: international soft law », *op. cit.*, p. 616-617.

<sup>18</sup> Voy., à ce sujet, CHINKIN (C.M.), « The challenge of soft law: development and change in international law », *I.C.L.Q.*, 1989, vol. 38, p. 850-851.

une conception relativement large de la catégorie du « *soft law* des droits de l'homme »<sup>19</sup>. Celle-ci inclura, en l'occurrence :

- les accords internationaux non conclus sous la forme de traités<sup>20</sup> (actes concertés non conventionnels), comme, par exemple, l'Acte final d'Helsinki de 1975 ;
- le droit « recommandatoire »<sup>21</sup>, formé des résolutions, recommandations, *guidelines*, standards et autres déclarations adoptés par des organes auxquels leurs traités ou instruments constitutifs respectifs ont formellement dénié une compétence normative obligatoire. Il peut s'agir d'organes dont la composition et la fonction s'inscrivent dans la logique d'une certaine représentation politique des États membres. Que l'on songe par exemple, au niveau universel, à l'Assemblée générale des Nations Unies, ainsi que, au niveau régional, au Comité des ministres et à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe<sup>22</sup>. Le « droit recommandatoire » peut être également l'œuvre d'organes « experts » n'ayant, pour leur part, aucune vocation de représentation politique des États membres. Dans le cadre du Conseil de l'Europe seraient, par exemple, visées la Commission pour la démocratie par le droit, dite « Commission de Venise », ou encore la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (E.C.R.I.) ;
- la production « jurisprudentielle » des organes de surveillance à laquelle le droit international ou régional des droits de l'homme n'a pas accordé l'autorité de chose jugée, à l'instar des constatations ou observations générales des comités onusiens<sup>23</sup>, ou encore des prises de position respectives du Comité européen des droits sociaux et du Comité consultatif institué par la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales ;

---

<sup>19</sup> Voy. BARKHUYSEN (T.) et VAN EMMERIK (M.), « Ongebonden Binding. Verwijzing naar *soft law*-standaarden in uitspraken van het E.H.R.M. », *op. cit.*, p. 827-828 ; voy. également la définition large retenue par SHELTON (D.), « Compliance with international human rights *soft law* », *Studies in Transnational Legal Policy*, 1997, p. 120 et s.

<sup>20</sup> Voy., par exemple, HILGENBERG (H.), « A fresh look at *soft law* », *E.J.I.L.*, 1999, p. 499 et s.

<sup>21</sup> Voy. DECAUX (E.), « De la promotion à la protection des droits de l'homme. Droit déclaratoire et droit programmatore », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 1998, p. 87 et s.

<sup>22</sup> Sur ce droit recommandatoire issu du Comité des ministres et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, voy. BENOÎT-ROHMER (F.) et KLEBES (H.), *Council of Europe Law. Towards a Pan-European Legal Area*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005 ; KLEIJSSSEN (J.), « Council of Europe standard-setting in the human rights field », *op. cit.*, p. 897 et s.

<sup>23</sup> Selon Jan Klabbers, rien ne devrait même exclure que des conclusions d'avocats généraux à la Cour de justice de l'Union européenne ou des opinions dissidentes de juges internationaux puissent être qualifiées de *soft law* (KLABBERS (J.), « The undesirability of *soft law* », *Nordic Journal of International Law*, 1998, vol. 67, p. 385).

- les conventions internationales dépourvues d'effets obligatoires à l'égard des États à l'encontre desquels on entendrait les opposer, soit parce qu'elles ne sont pas encore en vigueur internationalement, soit parce que lesdits États, quoiqu'en étant signataires, se sont cependant abstenus de les ratifier<sup>24</sup>. De même peut-on qualifier de *soft law* les engagements non juridiquement contraignants souscrits par les États dans le système «à la carte» mis en place par la Charte sociale européenne.

La définition ainsi retenue est assurément large ; il n'est d'ailleurs pas exclu qu'elle soit encore lacunaire (voy. *infra*, à propos des normes d'origine «privée»). Cela étant, cette définition servira de guide aux développements qui suivent, en premier lieu à l'échantillonnage livré au chapitre suivant.

## II. Quelques exemples significatifs

Selon Jean-François Flauss<sup>25</sup>, «l'appel aux instruments de *soft law* [...] aux fins d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme est devenu une pratique tout à fait banale et prégnante dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg». Point ne sera besoin d'un long inventaire pour valider le propos ; l'examen de quatre affaires récentes suffira à cet effet.

Nous commencerons par l'affaire *Grosaru c. Roumanie*<sup>26</sup>. Celle-ci souleva la question de la compatibilité, avec les exigences procédurales déduites de l'article 3 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, du système dit de la «vérification des pouvoirs», qui institue une assemblée fraîchement élue en juge ultime de la validité de l'élection de ses propres membres. En l'espèce, le requérant s'était porté candidat aux élections législatives roumaines de novembre 2000, briguant le siège revenant à la minorité italienne de Roumanie. Au terme du décompte des voix, le bureau électoral central attribua le siège convoité à un autre candidat, alors que celui-ci avait obtenu moins de voix. Saisi d'une contestation de la part du requérant, ledit bureau – composé de sept magis-

<sup>24</sup> Voy. BARKHUYSEN (T.) et VAN EMMERIK (M.), « Ongebonden Binding. Verwijzing naar *soft law*-standaarden in uitspraken van het E.H.R.M. », *op. cit.*, p. 828.

<sup>25</sup> FLAUS (J.-Fr.), « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de démocratie administrative », *R.F.D.A.*, 2011, note 39.

<sup>26</sup> Cour eur. D.H., 2 mars 2010, *Grosaru c. Roumanie*. Sur cet arrêt, voy. notamment VERDUSSEN (M.), « Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales », *J.T.*, 2010, p. 398 et s., et BOUHON (F.), « L'influence du cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 2011, p. 153.

trats et de seize représentants des partis politiques – confirma sa pristine décision. Les recours proprement juridictionnels intentés par le requérant se heurtèrent à une impasse : la Cour constitutionnelle se déclara incompétente, tandis que la Cour suprême confirma le caractère définitif de la décision litigieuse. Seule s’offrait au candidat malheureux la possibilité d’une réclamation portée devant la commission de vérification des pouvoirs instituée au sein de l’assemblée législative concernée. Celle-ci valida cependant l’attribution du siège litigieux.

Dans son arrêt du 2 mars 2010<sup>27</sup>, la Cour européenne des droits de l’homme estima que les faits de l’espèce, ainsi sommairement décrits, révélaient une violation de l’article 3 du Premier protocole additionnel. En soutien de cette conclusion, elle fit valoir deux motifs.

Le premier tient à l’absence de clarté de la loi électorale roumaine quant aux règles d’attribution du siège réservé à la minorité italienne<sup>28</sup>.

Le second motif réside dans l’indisponibilité de garanties procédurales aptes à prémunir le requérant contre une décision arbitraire. S’appuyant sur le précédent arrêt *Podkolzina*<sup>29</sup>, l’arrêt *Grosaru* énonce les propositions suivantes :

« 54. [...] la Cour note que le bureau électoral central et la commission de validation de la Chambre des députés ont examiné la contestation du requérant puis l’ont rejetée pour défaut de fondement. Or, de l’avis de la Cour, un individu dont la nomination à une fonction de député a été refusée a des raisons légitimes de craindre que la grande majorité des membres de l’organe ayant examiné la légalité des élections, plus concrètement les membres représentant les autres partis politiques du bureau central, aient un intérêt contraire au sien. Les règles de composition de cet organe constitué d’un grand nombre de membres représentant des partis politiques ne paraissent donc pas de nature à fournir un gage suffisant d’impartialité. La même conclusion vaut *a fortiori* pour la commission de validation de la Chambre des députés.

55. En outre, la Cour note qu’aucun tribunal national ne s’est prononcé sur l’interprétation de la disposition légale en question. Ainsi, la Cour suprême de justice a rejeté la contestation du requérant comme irrecevable, considérant que les décisions du bureau central étaient définitives. Par la suite, la Cour constitutionnelle s’est bornée à informer le requérant qu’elle n’était pas compétente en matière électorale. À ce sujet, la Cour rappelle que dans l’affaire *Babenko* [...], elle avait jugé important le fait que les allégations du requérant avaient été examinées dans le cadre d’une procédure judiciaire.

---

<sup>27</sup> Cour eur. D.H., 2 mars 2010, *Grosaru c. Roumanie*.

<sup>28</sup> *Ibid.*, § 49 à 52.

<sup>29</sup> Cour eur. D.H., 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*, § 35.

56. Cette approche est d'ailleurs confirmée par la *Commission de Venise dans son Code de bonne conduite en matière électorale, qui prône un contrôle judiciaire de l'application des règles électorales, éventuellement en complément des recours devant les commissions électorales ou devant le Parlement [...]*. Les éléments de droit comparé montrent également que plusieurs États membres du Conseil de l'Europe ont adopté un contrôle juridictionnel, seuls quelques États gardant encore un contrôle des élections purement politique [...] »<sup>30</sup>.

Intrinsèquement *soft*, le Code de bonne conduite en matière électorale de la Commission de Venise<sup>31</sup> se voit ainsi indirectement érigé, par le truchement des obligations procédurales déduites de l'article 3 du Premier protocole additionnel, en source formelle juridiquement contraignante du «procès électoral équitable».

Un tel «emprunt d'obligatorité», qui résulte de la codétermination du contenu d'une obligation conventionnelle ouverte au moyen d'un instrument de *soft law*, est également visible dans l'arrêt *Mosley c. Royaume-Uni*<sup>32</sup>. En l'occurrence, était débattue la question de savoir si, sur le fondement des obligations positives de protection de la vie privée que leur impose l'article 8 de la Convention, les États parties étaient tenus d'astreindre *de jure* les organes de presse à notifier préalablement aux personnes qu'ils s'apprêtaient à publier une quelconque information les concernant. Dans son arrêt du 10 mai 2011, la Cour résolut cette question de manière négative. En soutien de cette conclusion, elle fit valoir que l'arsenal juridique britannique comportait toutes les voies de droit (réparation par équivalent *a posteriori*, procédure d'injonction judiciaire *a priori*) dont le droit recommandatoire<sup>33</sup> du Conseil de l'Europe préconisait l'introduction<sup>34</sup> et que

<sup>30</sup> Nous soulignons.

<sup>31</sup> Code de bonne conduite en matière électorale, adopté par la Commission de Venise en juillet 2002, CDL-AD(2002)023. Le document est consultable sur [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int) et reproduit dans *Le droit électoral*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008. Tant l'Assemblée parlementaire que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe ont fait de ce Code l'instrument de référence, au sein de cette organisation internationale, en matière électorale. Voy., en effet, la Résolution 1320 (2003) sur le Code de bonne conduite en matière électorale, adoptée par l'Assemblée parlementaire le 30 janvier 2003, et la Déclaration sur le Code de bonne conduite en matière électorale, adoptée par le Comité des ministres le 13 mai 2004.

<sup>32</sup> Cour eur. D.H., 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*.

<sup>33</sup> Résolution 428 (1970) portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, Résolution 1165 (1998) sur le droit au respect de la vie privée et Résolution 1636 (2008) relative aux indicateurs pour les médias dans une démocratie, toutes adoptées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

<sup>34</sup> Cour eur. D.H., 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, § 87 : « The Government pointed out that there was a consistent pattern among Council of Europe member States against a system of pre-notification and disputed in this regard that the tabloid press in the United Kingdom was unique in Europe. As to the role of consent in certain other States, the Government noted that it was not clear whether

ledit droit recommandatoire ne visait pas, pour le surplus, l'adoption des mesures de notification préalable postulées en l'espèce. L'arrêt mérite, sur ce point, d'être cité en larges extraits :

« [T]he Court highlights the diversity of practice among member States as to how to balance the competing interests of respect for private life and freedom of expression [...]. Indeed the applicant has not cited a single jurisdiction in which a pre-notification requirement as such is imposed. In so far as any common consensus can be identified, it therefore appears that such consensus is against a pre-notification requirement rather than in favour of it. The Court recognises that a number of member States require the consent of the subject before private material is disclosed. However, it is not persuaded that the need for consent in some States can be taken to constitute evidence of a European consensus as far as a pre-notification requirement is concerned. *Nor has the applicant pointed to any international instruments which require States to put in place a pre-notification requirement. Indeed, as the Court has noted above [...], the current system in the United Kingdom fully reflects the resolutions of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe [...].* The Court therefore concludes that the respondent State's margin of appreciation in the present case is a wide one »<sup>35</sup>.

La jurisprudence « environnementale » de la Cour européenne des droits de l'homme est également riche du type de « codétermination » dont il est question ci-dessus<sup>36</sup>. Parmi d'autres, mérite d'être mentionnée la déci-

---

consent was a strict requirement in the cases mentioned by the applicant, nor was it clear whether there were exceptions. In any case, they considered it questionable whether this approach differed from the approach in the United Kingdom, where consent would be a complete defence to any action for invasion of privacy and failure to pre-notify would be taken into consideration in fixing any damages award. Further, the Government emphasised that an insistence on compulsory pre-notification would be to depart from internationally accepted standards as established by the Council of Europe [...]. In this regard, they noted in particular that the legal position in the United Kingdom complied with the guidelines set out in Resolution 1165 [...] ». Voy. aussi le § 119 du même arrêt : « While the P.C.C. itself has no power to award damages, an individual may commence civil proceedings in respect of any alleged violation of the right to respect for private life which, if successful, can lead to a damages award in his favour. In the applicant's case, for example, the newspaper was required to pay G.B.P. 60,000 damages, approximately G.B.P. 420,000 in respect of the applicant's costs and an unspecified sum in respect of its own legal costs in defending the claim. The Court is of the view that such awards can reasonably be expected to have a salutary effect on journalistic practices. Further, if an individual is aware of a pending publication relating to his private life, he is entitled to seek an interim injunction preventing publication of the material. Again, the Court notes that the availability of civil proceedings and interim injunctions is fully in line with the provisions of the Parliamentary Assembly's 1998 resolution [...] ».

<sup>35</sup> *Ibid.*, § 124, avec notre accent.

<sup>36</sup> Voy., par exemple, Cour eur. D.H., 27 janvier 2009, *Tatar c. Roumanie*, où la Cour souligne expressément « l'importance du principe de précaution (consacré pour la première fois par la Déclaration de Rio [de 1992 sur l'environnement et le développement]) » (§ 120 de l'arrêt). Sur ce même principe, voy. également Cour eur. D.H., 30 mars 2010, *Bacila c. Roumanie*, agrémenté de l'opinion concordante du Juge Zupančič. Pour un commentaire de cette jurisprudence, voy. NADAUD (S.) et MARGUÉNAUD

sion *Fägerskiöld*<sup>37</sup>, relative à la compatibilité avec l'article 8 des émissions sonores d'une turbine éolienne. *In casu*, la Cour européenne estima que le « seuil d'ingérence » dans les droits garantis par la disposition conventionnelle précitée n'avait pas été franchi. À l'appui de cette conclusion, la décision fit valoir que les émissions sonores litigieuses demeuraient en deçà du niveau de nocivité identifié par les normes – juridiquement non contraignantes... – élaborées par l'Organisation mondiale de la santé<sup>38</sup>.

*Last but not least*, l'impact considérable que la mobilisation du *soft law* des droits de l'homme peut avoir sur l'interprétation conventionnelle trouve une illustration remarquable dans l'affaire *Bayatyan c. Arménie*. Au cœur de celle-ci se trouvait la question – récurrente dans les annales strasbourgeoises – de l'inclusion d'un droit à l'objection de conscience parmi les prérogatives déduites de l'article 9 de la Convention. Une ancienne jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme<sup>39</sup> avait répondu à cette question de manière négative, en se fondant sur une interprétation « textuelo-systématique » de l'instrument conventionnel. En l'oc-

(J.-P.), « Chronique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme 2008-2009 », *Rev. jur. environ.*, 2010, p. 61 et s.

<sup>37</sup> Cour eur. D.H., 26 février 2008, *Fägerskiöld c. Suède*.

<sup>38</sup> « The Court also takes into account the WHO's Guidelines for Community Noise and its Fact Sheet No. 258 [...] from which it appears that noise can be a serious health hazard and that exposure for more than eight hours a day to sound in excess of 85 dB is potentially dangerous. Moreover, the guideline values for annoyance have been set at 50 or 55 dB, representing daytime levels below which a majority of the adult population will be protected from becoming moderately or seriously annoyed. In this respect, the Court notes that a "casual voice level" in both men and women at a one-metre distance corresponds on average to 50 dB and that, where the noise is continuous, the equivalent sound level should not exceed 30 dB indoors, if negative effects are to be avoided. It recalls that the noise reduction from outside to inside with a window partly open has been estimated at about 15 dB. Consequently, even having regard to the applicants' submission that the noise level could be 3 to 5 dB higher than shown by the noise tests, that is roughly between 42 and 45 dB, this does not exceed the level recommended by the WHO, either outdoors or indoors, and it only slightly exceeds the recommended maximum level in Sweden. It is also significantly inferior to the noise levels measured in the cases cited above [...]. Therefore, in the Court's view, the nuisance caused by the wind turbine cannot be found to reach the level of constituting severe environmental pollution. It further considers that, even though the applicants' property is used mainly for recreational purposes and is located in a semi-rural area, the noise levels are not such as to seriously affect the applicants or prevent them from enjoying their home and their private and family life ». Voy. aussi, toujours à propos des mêmes standards de l'O.M.S., Cour eur. D.H., 20 mai 2010, *Oluic c. Croatie*, § 60; Cour eur. D.H., 3 mai 2011, *Apanasewicz c. Pologne*, § 98; Cour eur. D.H., 20 septembre 2011, *Frankowski et autres c. Pologne*. L'on notera que les mêmes normes de l'O.M.S. ont également servi de « points de repère » dans la jurisprudence belge. Voy. à ce sujet, dans le présent ouvrage, la contribution de Fr. Vanneste.

<sup>39</sup> Comm. eur. D.H., 2 avril 1973, X. c. *Autriche*, n° 5591/72, Rec. 43, p. 161; Comm. eur. D.H., 5 juillet 1977, X. c. *République fédérale d'Allemagne*, n° 7705/76, D.R. 9, p. 196; Comm. eur. D.H., 7 mars 1977, *Un groupe d'objecteurs de conscience c. Danemark*, n° 7565/76, D.R. 9, p. 119; Comm. eur. D.H., 9 mai 1984, A. c. *Suisse*, n° 10640/83, D.R. 38, p. 219; Comm. eur. D.H., 11 octobre 1984, N. c. *Suède*, n° 10410/83, D.R. 40, p. 208.

currence, la Commission prenait argument du texte de l'article 4, § 3, b), de la Convention, aux termes duquel n'est pas considéré comme travail forcé ou obligatoire « tout service de caractère militaire ou, *dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime*, un autre service à la place du service militaire obligatoire ». Pour la défunte Commission européenne des droits de l'homme, cette disposition implique textuellement que les Hautes Parties contractantes à la Convention ont le *choix* et non l'*obligation* de reconnaître l'objection de conscience et, le cas échéant, de prévoir une forme de service de remplacement. Parce que la Convention doit être interprétée comme un « tout cohérent », l'obligation susdite ne peut, fort logiquement, être tirée d'entre les lignes de l'article 9.

Quoiqu'elle s'en soit vu offrir l'occasion à de multiples reprises<sup>40</sup>, la Cour européenne n'avait, pour sa part, jamais pris position sur la question litigieuse. Sans doute pareille réserve était-elle explicable par la tension interprétative croissante dont, au fil du temps, le débat s'était progressivement lesté. À la fidélité à la lettre et à la systématique conventionnelle s'opposait, dans une mesure sans cesse plus importante, l'« air du temps » européen : les uns après les autres, les États parties à la Convention avaient en effet renoncé au service militaire obligatoire, en lui prévoyant une alternative sous la forme d'un service de remplacement.

L'affaire *Bayatyan* fit sortir la Cour du mutisme jusqu'alors observé.

La troisième section de la Cour, statuant par un arrêt du 27 octobre 2009, privilégia le texte à l'interprétation évolutive :

« La Cour ne nie pas que la majorité des États membres du Conseil de l'Europe ont effectivement adopté des lois prévoyant différentes formes de service de remplacement pour les objecteurs de conscience. En même temps, elle ne saurait ignorer les dispositions contenues à l'article 4, § 3, b), de la Convention [...]. Pour la Cour, cet article donnant clairement à chaque Partie contractante le choix de reconnaître l'objection de conscience ou non, on ne saurait s'appuyer sur la circonstance que la majorité des Parties contractantes a reconnu ce droit pour dire qu'une Partie contractante qui ne l'a pas fait méconnaît ses obligations au titre de la Convention. Dès lors, pour ce qui est de ce point particulier, pareil élément ne revêt aucune utilité aux fins d'une interprétation évolutive de la Convention. Dans ces conditions, la Cour conclut que l'article 9, interprété à la lumière de l'article 4, § 3, b), ne garantit pas le droit de refuser d'accomplir le service militaire pour des raisons de conscience »<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Voy. notamment Cour eur. D.H. (gde ch.), 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, § 43 et 53, ainsi que Cour eur. D.H., 24 janvier 2006, *Ülke c. Turquie*, § 53-54 et 63-64.

<sup>41</sup> Cour eur. D.H., 27 octobre 2009, *Bayatyan c. Arménie*, § 63.

Saisie sur renvoi, la grande chambre de la Cour fit le choix interprétatif rigoureusement inverse. Travaux préparatoires à l'appui, elle s'employa tout d'abord à relativiser le poids déterminant que la Commission avait classiquement entendu assigner au libellé de l'article 4, § 3, b), de la Convention<sup>42</sup>. En contrepoint, l'arrêt du 7 juillet 2011 mit à l'avant-plan le consensus qui, depuis les dernières prises de position de la Commission, s'est dégagé autour de la reconnaissance d'un droit à l'objection de conscience. Ce consensus, selon la Cour, est observable non seulement dans les réformes législatives opérées dans la quasi-totalité des États parties à la Convention<sup>43</sup>, mais aussi dans « les évolutions non moins importantes qui sont intervenues dans différentes enceintes internationales »<sup>44</sup>. La proposition ainsi mise en exergue est soutenue par un inventaire aussi vaste que diversifié de « sources externes », essentiellement *soft*. En étaient du consensus aperçu, les motifs de l'arrêt mobilisent tour à tour l'observation générale n° 22 du Comité des droits de l'homme (1993)<sup>45</sup>, la « jurisprudence contentieuse » la plus récente dudit Comité (2006)<sup>46</sup> et un paquet de droit recommandatoire du Conseil de l'Europe, issu de l'Assemblée parlementaire et du Comité des ministres<sup>47</sup>. Hors ses motifs proprement dits, sous la rubrique « Documents et pratiques internationaux pertinents », l'arrêt du 7 juillet 2011 fait encore mention de diverses résolutions du Parlement européen et de feu la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, ainsi que de prises de position de l'O.S.C.E. et du Groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire<sup>48</sup>.

### III. Questions de légitimité

Peut-on, sans sourciller, admettre que la Cour européenne des droits de l'homme aboutisse indirectement, par l'alchimie des références à des « sources externes », à transformer le « mou » en « dur »<sup>49</sup> et à s'ériger du même coup en juge de son respect<sup>50</sup> ?

<sup>42</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, § 100.

<sup>43</sup> *Ibid.*, § 46-49 et 103.

<sup>44</sup> *Ibid.*, § 105.

<sup>45</sup> *Ibid.*, § 62 et 105.

<sup>46</sup> *Ibid.*, § 63 et 105.

<sup>47</sup> *Ibid.*, § 51-55 et 107.

<sup>48</sup> *Ibid.*, § 56, 58, 65 et 70.

<sup>49</sup> Voy. FLAUSS (J.-Fr.) et COHEN-JONATHAN (G.), « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *A.F.D.I.*, 2006, p. 663.

<sup>50</sup> BARKHUYSEN (T.) et VAN EMMERIK (M.), « Ongebonden Binding. Verwijzing naar *soft law*-standaarden in uitspraken van het E.H.R.M. », *op. cit.*, p. 827.

À cette question, la principale intéressée répondit de manière affirmative dans le très important arrêt *Demir et Baykara* (B). Prendre la mesure de l'originalité de la réponse ainsi adoptée suppose cependant un examen préalable de la manière dont la doctrine internationaliste la plus orthodoxe envisage, pour sa part, la possibilité même et les conditions d'une telle alchimie (A).

### A. *L'approche classique*

L'existence et la consistance du *soft law* comme catégorie juridique à part entière alimentent, depuis une vingtaine d'années, un important débat au sein de la doctrine internationaliste classique<sup>51</sup>. Au risque d'une schématisation extrême – d'autres contributions au présent ouvrage s'emploieront à fournir, sur la question, toutes les nuances utiles<sup>52</sup> –, ce débat peut être résumé comme suit.

D'aucuns, envisageant la normativité juridique internationale comme une *infinite variety*<sup>53</sup>, ont affirmé la possibilité que toute une série de préceptes et de normes, quoique non déposés au sein des sources formelles classiques du droit international listées par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, puissent néanmoins prétendre à un certain degré de juridicité et occuper ainsi la position tierce située entre le *hard law* et le non-droit<sup>54</sup>. L'existence de cet espace tiers permettrait d'arracher l'expression *soft law* au statut d'oxymoron qui est apparemment le sien<sup>55</sup>. Ainsi, pour reprendre les mots d'Emmanuel Decaux, le droit serait « beaucoup plus riche que la dichotomie entre l'être et le néant, le robinet d'eau froide et le robinet d'eau chaude, les obligations conventionnelles et les déclarations oiseuses »<sup>56</sup>. Troquant l'eau pour la lumière, Alain Pellet nous livre la même idée : « Entre le droit et le fait, il n'y a pas de seuil. Sans doute arrive-t-il

---

<sup>51</sup> Sur ce débat, voy. l'abondante bibliographie recensée par DAILLER (P.) et PELLET (A.), *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 384-385; BLUTMAN (L.), « In the trap of a legal metaphor: international soft law », *op. cit.*; DUPLESSIS (I.), « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *op. cit.*, p. 245 et s.

<sup>52</sup> Voy. la contribution de J. Cazala au présent ouvrage.

<sup>53</sup> BAXTER (R.B.), « International law in her « infinite variety » », *I.C.L.Q.*, 1980, vol. 29, p. 549-566.

<sup>54</sup> Voy. DUPLESSIS (I.), « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *op. cit.*, p. 268.

<sup>55</sup> Pour reprendre les termes d'A.C. Arend (*Legal Rules and International Society*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 25) : « If a rule meets the criteria for law, then it should be called « law ». If, however, the rule is not binding – as soft law has been described to be – then it should not have law anywhere in its name ».

<sup>56</sup> DECAUX (E.), « De la promotion à la protection des droits de l'homme. Droit déclaratoire et droit programmatore », *op. cit.*, p. 119.

toujours un moment où l'analyste peut clairement dire : ceci est du droit et cela n'en est pas, mais, entre ces deux extrêmes, on chercherait en vain une rupture nette. C'est, bien plutôt, d'un « dégradé normatif » qu'il faut parler. Entre la lumière du droit et l'obscurité du non-droit, s'étend une zone de pénombre dont la théorie vénérable rend bien mal compte : elle étudie la forme que revêt la norme, non la formation »<sup>57</sup>.

Ayant certes gagné en popularité au fil du temps<sup>58</sup>, cette approche de la normativité internationale n'a cependant jamais fait l'unanimité et s'est même récemment exposée à de fortes objections<sup>59</sup>. Prônant une vision résolument binaire du phénomène juridique, Jan Klabbbers affirme l'inconsistance du *soft law* comme catégorie juridique à part entière : « half rights and obligations, which seem so natural in common life are, when it comes to applying the law, nothing else but perfect absurdities »<sup>60</sup>. Non seulement la thèse du *soft law* comme « catégorie intermédiaire de juridicité » manquerait de soutènement théorique, mais en plus ne recevrait-elle aucun commencement de démonstration véritable dans la pratique des États<sup>61</sup> et des juges internationaux<sup>62</sup>. En réalité, les normes du prétendu *soft law* ne conquerraient leur juridicité que de manière purement « parasitaire » et ancillaire, c'est-à-dire par le truchement des sources classiques du droit international. Le *soft law* serait, pour ainsi dire, « redondant » ; pire, il serait « indésirable »<sup>63</sup>, dès lors que sa prétention – illégitime et inefficace – à une juridicité propre menacerait le fondement consensuel du droit international et constituerait un facteur d'insécurité juridique.

La thèse de la « redondance », ci-avant exposée, dispose incontestablement d'un solide étalement dans la manière dont la jurisprudence internationale « classique » a fait utilisation du *soft law*. Quelle que soit en effet la voie envisagée pour reconnaître un quelconque effet juridique à ce droit mou, il sera systématiquement question d'une prise en charge ou encore d'un relais des commandements de celui-ci par l'une ou l'autre source formelle classique

<sup>57</sup> PELLET (A.), « Le « bon droit » et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Méthodes d'analyse du droit international – Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, Paris, 1984, p. 488.

<sup>58</sup> Voy. tout particulièrement FASTENRATH (U.), « Relative normativity in international law », *E.J.I.L.*, 1993, vol. 4, p. 305-340.

<sup>59</sup> Le « coup d'envoi » de la critique fut donné par WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 5 et s.

<sup>60</sup> KLABBERS (J.), « The redundancy of soft law », *Nordic Journal of International Law*, 1996, vol. 65, p. 67, citant lui-même David Hume.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 171 et s.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 172 et s.

<sup>63</sup> KLABBERS (J.), « The undesirability of soft law », *op. cit.*, p. 381 et s.

du droit international. Les réflexions doctrinales qui, de longue date, ont été consacrées à la question du caractère juridiquement contraignant de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>64</sup> s'inscrivent au demeurant parfaitement dans cette optique.

## 1. L'instrument de *soft law* comme «prodrome» de l'engagement conventionnel

Une norme déposée dans un instrument de *soft law* peut recevoir un caractère juridiquement contraignant lorsque, moyennant d'éventuels aménagements, elle est ultérieurement coulée dans le moule d'une convention internationale en bonne et due forme. Telle est au demeurant la trajectoire que suivirent la Déclaration des droits de l'enfant – qui fut à l'origine de la Convention du 20 novembre 1989 – ou encore la Déclaration universelle des droits de l'homme – matrice des deux pactes onusiens du 16 décembre 1966 (Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). Avant que cette «transformation»<sup>65</sup> n'ait lieu, l'instrument de *soft law* aura eu indiscutablement un effet *moral* et *politique*; il s'agira d'un puissant encouragement à l'évolution du droit en vigueur. Après que la transformation aura eu lieu, l'instrument de *soft law* pourra éventuellement servir de guide à l'interprétation du traité qui en a résulté. L'interprétation des pactes onusiens de 1966 à la lumière de la Déclaration universelle des droits de l'homme est, dans cette perspective, assez classique.

## 2. L'acquisition d'effets contraignants par référence dans un instrument juridiquement contraignant

On admet sans difficulté qu'un texte de *soft law* puisse recevoir une efficacité juridique lorsque référence y est faite, soit dans un traité conclu en

---

<sup>64</sup> Voy. OLIVIER (M.), « The relevance of "soft law" as a source of international human rights », *op. cit.*, p. 300 et s., ainsi que BURGENTHAL (T.), *International Human Rights in a Nutshell*, 2<sup>e</sup> éd., West Publishing Company, St Paul (MN), 1995, p. 33 et s. Pour une réflexion du même type à propos de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples indigènes, voy. BARELLI (M.), « The role of soft law in the international legal system: the case of the United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples », *I.C.L.Q.*, 2009, p. 966 et s.

<sup>65</sup> Pour d'autres exemples, voy. BLUTMAN (L.), « In the trap of a legal metaphor: international soft law », *op. cit.*, p. 618, note 58.

bonne et due forme<sup>66</sup>, soit dans l'engagement unilatéral d'un État<sup>67</sup> – à supposer que l'on reconnaisse un caractère juridiquement contraignant à cette forme d'engagement –, soit encore dans un acte d'une organisation internationale doté d'un effet contraignant. Ce phénomène d'« obligatorité par référence » trouve son illustration<sup>68</sup> dans le statut de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 6 du traité sur l'Union européenne précise explicitement que la Charte, à laquelle il fait référence, « a la même valeur juridique que les traités », bien qu'elle n'y soit pas incorporée. Préalablement à cette entrée en vigueur, la Cour de justice de l'Union européenne avait conclu qu'il lui était permis de contrôler la compatibilité d'un acte de droit dérivé avec la Charte – bien qu'elle fût dépourvue d'effet contraignant à l'époque –, en se fondant sur la circonstance que l'auteur de l'acte en question avait lui-même affirmé, de manière unilatérale, qu'il entendait inscrire son œuvre dans le respect de ladite Charte<sup>69</sup> – *patere legem quam ipse fecisti*...

### 3. L'instrument de *soft law* comme attestation d'une coutume existante ou en voie de formation

Un texte de *soft law* pourrait également être mobilisé à des fins probatoires, afin de démontrer l'existence de l'*opinio juris* indispensable à l'établissement d'une coutume internationale. La jurisprudence de la Cour internationale

<sup>66</sup> Voy., par exemple, l'article 15, § 4, b), du traité hungaro-slovaque de bon voisinage du 19 mars 1995, dans lequel les parties prennent l'engagement d'ériger « en obligations juridiques les normes et obligations politiques fixées » dans un document de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, une déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies et une recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

<sup>67</sup> Voy. KOVACS (P.), « Le rôle de la jurisprudence et de la *soft law* dans l'élaboration des instruments de protection des minorités au Conseil de l'Europe (notes sur certaines tendances de la codification de la protection des minorités au Conseil de l'Europe) », in *Les hommes et l'environnement. En hommage à A. Kiss, Frison-Roche*, Paris, 1998, p. 203-204.

<sup>68</sup> Pour d'autres exemples, voy. BLUTMAN (L.), « In the trap of a legal metaphor: international soft law », *op. cit.*, p. 619.

<sup>69</sup> C.J.C.E., 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, C-540/03, point 38 : « S'agissant de la Charte, elle a été proclamée solennellement par le Parlement, le Conseil et la Commission à Nice le 7 décembre 2000. Si cette Charte ne constitue pas un instrument juridique contraignant, le législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance en affirmant, au deuxième considérant de la directive (formant l'objet du recours en annulation), que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la C.E.D.H., mais également par la Charte. Par ailleurs, l'objectif principal de la Charte, ainsi qu'il ressort de son préambule, est de réaffirmer "les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la [...] [C.E.D.H.], des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour [...] et de la Cour européenne des droits de l'homme" » (avec notre accent).

de Justice offre des précédents significatifs en ce sens<sup>70</sup>. Ainsi fut-il affirmé, dans l'avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*, que «les résolutions de l'Assemblée générale [des Nations Unies], même si elles n'ont pas valeur obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale [des Nations Unies], il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs, des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle»<sup>71</sup>.

#### 4. L'instrument de *soft law* comme attestation d'un principe général de droit ?

D'aucuns ont soutenu que, en marge des pistes conventionnelle et coutumière précédemment évoquées, un instrument de *soft law* pourrait conquérir son obligatorité par le truchement de l'article 38, c), du Statut de la Cour internationale de Justice, ce qui supposerait que l'on admette que les normes portées par cet instrument constituent des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées». Une telle voie de réflexion a notamment été suggérée à propos de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>72</sup>. L'emprunter requiert cependant que l'on interprète l'article 38, c), précité, comme ne visant pas uniquement les principes communs issus du droit interne des États membres de la communauté internationale, mais aussi de véritables principes généraux du droit international, dotés d'un contenu normatif propre. Il ne semble pas exister à ce jour de parfaite unanimité doctrinale quant au bien-fondé d'une telle déduction<sup>73</sup>, ni

---

<sup>70</sup> Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci : C.I.J., 27 juin 1986, *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, Rec., p. 100, § 188 et 191.

<sup>71</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* : C.I.J., 8 juillet 1996, avis consultatif, Rec., p. 255, § 70.

<sup>72</sup> Voy. SIMMA (B.) et ALSTON (P.), « The sources of human rights law: custom, *jus cogens* and general principles », *Australian Yearbook of International Law*, 1992, vol. 12, p. 82; CHARNEY (J.I.), « Universal international law », *American Journal of International Law*, 1993, vol. 87, p. 549; WALDOCK (H.), « Human rights in contemporary international law and the significance of the European Convention », *G.Y.I.L.*, 1965, p. 15.

<sup>73</sup> Voy., à ce sujet, les notes dubitatives de VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 352-354.

*a fortiori* quant aux conséquences que l'on pourrait vouloir en tirer pour offrir une assise juridique aux instruments de *soft law*.

Une illustration de la piste ainsi suggérée peut néanmoins être aperçue dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dédiée au statut qui était celui de la Charte des droits fondamentaux dans l'ère «pré-Lisbonne». Selon les termes de l'arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006, l'admissibilité d'un contrôle juridictionnel de compatibilité d'une directive vis-à-vis de cette Charte trouvait notamment un soutien dans la dimension «codificatoire» de ladite Charte: «l'objectif principal de la Charte, ainsi qu'il ressort de son préambule, est de réaffirmer "les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la [...] [C.E.D.H.], des chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour [...] et de la Cour européenne des droits de l'homme" »<sup>74</sup>.

## 5. L'instrument de *soft law* comme interprétation authentique d'un texte de droit dur?

Une dernière piste peut être explorée. Elle consiste à conférer à tel ou tel instrument de *soft law* la portée d'une interprétation authentique de tel ou tel engagement international conventionnel aux termes intrinsèquement peu précis. Une fois encore, cette piste a été suivie, en doctrine, pour affirmer que la Déclaration universelle des droits de l'homme pourrait s'apparenter à une forme d'explicitation du contenu de la référence vague aux «droits de l'homme» que comporte la Charte des Nations Unies<sup>75</sup>. Le raisonnement ne tient cependant, de manière générale, que dans l'hypothèse où les parties à l'instrument de *soft law* sont les mêmes que les parties à la convention internationale à interpréter (*ejus est interpretare legem cujus condere*), sauf si celle-ci a entendu instituer, pour ce faire, une autorité tierce (juge). Par ailleurs, il faudra encore démontrer l'existence, dans le chef des rédacteurs de l'instrument de *soft law* concerné, d'une volonté explicite ou implicite de se lier en droit par l'interprétation ainsi donnée. Ces exigences ne semblent pas différentes si l'on tente d'arrimer le pouvoir interprétatif

<sup>74</sup> Point 38 de l'arrêt.

<sup>75</sup> Voy. BUERGENTHAL (T.), *International Human Rights in a Nutshell*, op. cit., p. 35 et réf. citées. Affaire du Sud-Ouest africain: C.I.J., 18 juillet 1966, Éthiopie c. Afrique du Sud et Libéria c. Afrique du Sud, Rec., opinion dissidente de M. Tanaka.

du *soft law*<sup>76</sup> à l'article 31, § 3, b), de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui érige la « pratique subséquente » des États parties en facteur d'interprétation du traité qui les lie<sup>77</sup>.



Que retient-on à ce stade ? Abstraction faite de la question de la validité ou de la crédibilité de l'une ou l'autre d'entre elles, chacune des pistes ici évoquées aboutit en définitive à nier l'existence du *soft law* comme catégorie tierce de juridicité évoluant de manière autonome à la marge des sources classiques du droit international. Si ce *soft law* parvient en effet à générer quelque commandement juridique sanctionnable, ce n'est pas en vertu d'un quelconque caractère obligatoire qui lui serait propre, mais uniquement en raison d'un « emprunt d'obligatorité » aux sources classiques du droit international<sup>78</sup>. Hors la possibilité d'un relais au sein de celles-ci, point de juridicité. Moyennant ce relais, l'obligatorité acquise devient ni plus ni moins *hard* que celle de la source classique qui se prête à l'arrimage<sup>79</sup>. On peut dès lors comprendre l'internationaliste Julien Cazala lorsque, concluant l'inventaire des différents modes d'accès à l'obligatorité du *soft law*, il écrit que « les énoncés et instruments *soft law* ne remettent pas en cause la théorie traditionnelle des sources du droit international, même si leurs rôle et place au cœur de cette construction juridique est croissante »<sup>80</sup>.

Seconde observation : le « relais » ci-avant visé n'est lui-même envisageable que s'il a été préalablement démontré, *in concreto*, l'existence d'un consentement du ou des États concernés à être lié(s) par la norme de *soft law*, que ce consentement soit exprès ou tacite. Le relais ne peut donc fonctionner sans preuve de ce consentement ni, *a fortiori*, en présence d'une dénégation expresse ou implicite de consentement.

---

<sup>76</sup> Voy. en ce sens, à propos des *non-treaty agreements*, HILLGENBERG (H.), « A fresh look at soft law », *op. cit.*, p. 513.

<sup>77</sup> Voy. DISTEFANO (G.), « La pratique subséquente des États parties à un traité », *A.F.D.I.*, 1996, p. 46.

<sup>78</sup> KLABBERS (J.), « The redundancy of soft law », *op. cit.*, p. 174.

<sup>79</sup> Voy. BLUTMAN (L.), « In the trap of a legal metaphor: international soft law », *op. cit.*, p. 620 : « The parties to a treaty import by reference the originally non-legal content into the framework of the agreement, and by doing so they make it a legal obligation. Then why would this be a "soft" obligation for the parties of the treaty ? The originally non-legal content of a norm will appear in the recognised source by means of reference, and it will at the same time become legal obligation, in other words "hard law" (traditional legal obligation) for the parties. »

<sup>80</sup> CAZALA (J.), « Le *Soft Law* international entre inspiration et aspiration », *R.I.E.J.*, 2011, vol. 66, p. 83-84.

## B. *Quelle légitimité pour la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme ?*

On ne pourrait affirmer que la pratique strasbourgeoise, dont on a livré un échantillon ci-dessus (point II), s'inscrit totalement en dehors des cadres tracés par le droit international classique. C'est en effet toujours de manière indirecte, c'est-à-dire par le relais d'une disposition conventionnelle contraignante, que l'instrument de *soft law* conquiert quelque pertinence dans le raisonnement du juge, à titre d'adjuvant interprétatif.

Force est cependant de constater, *in concreto*, que la Cour européenne des droits de l'homme a tendance à concevoir ce « relais » obligatoire de manière particulièrement souple et à l'activer de manière généreuse. La circonstance que l'instrument de *soft law* n'a pas pour auteur, même indirectement, la collectivité des États parties à la Convention ne semble pas faire obstacle à ce que le premier puisse servir de repère interprétatif à la seconde. Pas davantage n'aperçoit-on, dans les arrêts strasbourgeois, une investigation tatillonne dont l'objet serait l'existence d'un consentement explicite ou implicite des États concernés à voir tel ou tel instrument de *soft law* servir d'outil d'interprétation de la Convention. La pratique de la Cour européenne des droits de l'homme contraste, sur ce point, singulièrement avec celle de la Cour internationale de Justice.

Une telle « prise de liberté » vis-à-vis du consentement étatique ou, à tout le moins, de l'exigence d'une preuve certaine de son existence peut être aperçue en filigrane du contentieux pénitentiaire déféré à la Cour.

En 2004, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'était lancée dans un plaidoyer en faveur de la rédaction d'une véritable Charte pénitentiaire européenne, appelée à constituer, en marge de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants, l'instrument spécialisé relatif à la condition des détenus<sup>81</sup>. L'initiative avait, au demeurant, reçu un écho favorable du côté de l'Union européenne, singulièrement du Parlement européen<sup>82</sup>. Le projet ainsi porté

<sup>81</sup> Voy. la Recommandation 1656 (2004) de l'Assemblée parlementaire du 27 avril 2004 sur la situation des prisons et des maisons d'arrêt en Europe. Cette recommandation avait reçu, en juin 2004, une réponse peu enthousiaste de la part du Comité des ministres, lequel disait vouloir s'en tenir aux instruments existants et à l'actualisation des Règles pénitentiaires européennes de 1987. L'Assemblée parlementaire relança alors son invitation par une nouvelle Recommandation 1747 (2006), datée du 29 mai 2006.

<sup>82</sup> Le Parlement européen estimait notamment, dans une Recommandation du 9 mars 2004, que « l'application du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale et l'entrée en vigueur du mandat d'arrêt européen requièrent des mesures complémentaires urgentes dans les domaines de

par les deux assemblées européennes ne vit cependant pas le jour. Faisant siennes les conclusions du Comité européen pour les problèmes criminels, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe affirma, à l'automne 2006, que l'élaboration d'un instrument contraignant sous la forme d'une Charte pénitentiaire européenne « n'est pas une proposition réaliste ». En effet, « il serait difficile pour les États d'obtenir un consensus sur plus qu'un nombre très limité de règles juridiques contraignantes qui appauvriraient et stigmatiseraient les normes existantes et diminueraient en outre les Règles pénitentiaires européennes et leur impact sur le travail des administrations pénitentiaires dans les États membres et au niveau européen en général »<sup>83</sup>. En conséquence, le Comité des ministres estima que le problème soulevé pouvait être rencontré par la réactualisation des Règles pénitentiaires européennes – ce fut chose faite le 11 janvier 2006 – et par l'engagement de remettre celles-ci sur le métier tous les cinq ans aux fins d'éventuelles mises à jour. Se fondant sur le fait que les Règles pénitentiaires européennes révisées du 11 janvier 2006 exprimaient le consensus des États européens en matière de politique pénitentiaire, la Cour n'hésita cependant pas, dès ses arrêts *Rivière*<sup>84</sup> et *Dickson*<sup>85</sup>, à intégrer dans la construction du « droit dur » dont elle a la garde les apports du « droit mou » qui avait reçu les prudentes faveurs des États<sup>86</sup>. Le procédé n'a pas été sans susciter quelques froncements de sourcils, jusque et y compris au sein de la Cour elle-même. Il n'est que de renvoyer, pour s'en convaincre, à l'opinion dissidente formulée par les Juges Raimondi, Jočienė et Sajó à l'occasion de l'arrêt de chambre inter-

---

la protection effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment en considération du fait que le nombre des citoyens d'un État membre détenus dans un autre État membre pourrait ainsi augmenter » (Recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil sur les droits des détenus dans l'Union européenne (2003/2188(INI)), *J.O.U.E.*, C. 102 E, du 28 avril 2004, p. 154 et s.).

<sup>83</sup> Réponse à la Recommandation 1747 (2006), adoptée par le Comité des ministres le 27 septembre 2006 (CM/AS(2006)Rec1747final).

<sup>84</sup> Cour eur. D.H., 11 juillet 2006, *Rivière c. France*, § 32, *Rev. trim. D.H.*, 2007, obs. CÉRÉ (J.-P.), « Détention, maladie et traitement inhumain ou dégradant », p. 261.

<sup>85</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, § 31 et s.

<sup>86</sup> Voy. encore Cour eur. D.H., 7 décembre 2010, *Jakobski c. Pologne*, § 53.

venu en l'affaire *Boulois c. Luxembourg*<sup>87</sup>, arrêt qui fut finalement « renversé », sur renvoi (article 43 de la Convention), par une grande chambre<sup>88</sup>.

À l'occasion du très important arrêt *Demir et Baykara* du 12 novembre 2008<sup>89</sup>, la Cour, réunie en grande chambre, entendit s'expliquer sur les motifs qui, à son estime, donnent légitimité à sa pratique de référence à des sources externes – qu'elles soient de nature *hard* ou *soft*. Au cœur du débat se trouvait la question de savoir s'il était admissible que l'article 11 de la Convention puisse être interprété à la lumière de dispositions de la Charte sociale européenne que l'État défendeur – la Turquie – avait délibérément tenues à l'écart des engagements juridiques par lui souscrits au regard de cette Charte, et ce, en parfaite conformité avec le système « à la carte » prévu par cet instrument.

Au terme d'un raisonnement que nous ne retracerons pas ici, la grande chambre étendit le débat au-delà de la seule problématique des relations nouées entre la Convention et la Charte sociale. En l'occurrence, elle légifera le procédé des « sources externes » de manière générale et abstraite, en reliant celui-ci à la technique – bien éprouvée – de l'interprétation consen-

<sup>87</sup> Cour eur. D.H., 14 décembre 2010, *Boulois c. Luxembourg*. Voy. en effet l'opinion dissidente du Juge Raimondi, à laquelle les Juges Jočien et Sajó ont déclaré se rallier (point 12): « La majorité tire argument en faveur de l'existence du droit invoqué par le requérant du fait que les restrictions au droit à un tribunal subies – selon ses dires – par l'intéressé dans le cadre de ses demandes de congé pénal concernent “un ensemble de droits que le Conseil de l'Europe a reconnu aux détenus au moyen des Règles pénitentiaires européennes, adoptées par le Comité des ministres et précisées dans trois recommandations [...]” [...]. Je ne saurais partager cette approche. Sans vouloir sous-estimer l'importance de ces textes, qui ont en effet le grand mérite de guider les États membres du Conseil de l'Europe dans l'établissement et l'exécution de politiques pénitentiaires toujours plus modernes et humanistes, je n'irais pas jusqu'à leur attribuer une valeur contraignante dont ils sont, par définition, dépourvus » (nous soulignons).

<sup>88</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 3 avril 2012, *Boulois c. Luxembourg*. On ne trouve pas, dans l'arrêt de grande chambre, une contestation explicite et frontale de la pertinence même d'une prise en considération des Règles pénitentiaires européennes aux fins d'interprétation de la Convention. Cet instrument est au demeurant repris, par la grande chambre, au chapitre du « Droit international pertinent ». La divergence d'analyse entre la chambre (arrêt du 14 décembre 2010) et la grande chambre (arrêt du 3 avril 2012) semble plutôt se situer sur le terrain de l'interprétation desdites Règles.

<sup>89</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*. Sur cet arrêt, voy. notamment SUDRE (Fr.), « L'interprétation constructive de la liberté syndicale, au sens de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.*, 28 janvier 2009, II, 10018; MARGUÉNAUD (J.-P.) et MOULY (C.), « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux », *D.*, 2009, p. 739 et s. Voy. également les excellentes annotations de DORSEMONT (F.) et GERARDS (J.H.) publiées dans *European Human Rights Cases*, 2009/4, p. 41-73. Adde VAN DROOGHENBROECK (S.), « Les frontières du droit et le temps juridique: la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites. En marge de l'arrêt de grande chambre du 12 novembre 2008 rendu en l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie* », *Rev. trim. D.H.*, 2009, p. 811-850; ROBIN-OLIVIER (S.), « Normative interactions and the development of labour law. A european perspective », in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008-2009, p. 377 et s.; NORDREIDE (R.), « Note », *American Journal of International Law*, 2009, p. 567 et s.

suelle et évolutive. Les ressorts intimes d'un tel «raccord» sont révélés par les attendus suivants de l'arrêt du 12 novembre 2008 :

«[...] [L]a Cour n'a jamais considéré les dispositions de la Convention comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient. Au contraire, elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes [...]»<sup>90</sup>.

[L]orsqu'elle examine le but et l'objet des dispositions de la Convention, [la Cour] prend également en considération les éléments de droit international dont relève la question juridique en cause [...]. Ensembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des États, les dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des États européens reflètent une réalité, que la Cour ne saurait ignorer lorsqu'elle est appelée à clarifier la portée d'une disposition de la Convention que le recours aux moyens d'interprétation classiques n'a pas permis de dégager avec un degré suffisant de certitude<sup>91</sup>.

[...]

La Cour, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergeant des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques.

Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes [...]»<sup>92</sup>.

On le voit: le procédé des «sources externes» reçoit son explication et conquiert sa légitimité, non pas dans une logique binaire et formaliste telle celle qui imprègne l'article 31, § 3, c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>93</sup>, mais bien comme facteur d'objectivation de la mise en

---

<sup>90</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 67.

<sup>91</sup> *Ibid.*, § 76.

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 85-86.

<sup>93</sup> Selon cet article 31, § 3, c), de la Convention de Vienne, aux fins d'interprétation d'un traité, il devra être tenu compte, en même temps que du contexte, « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties ». L'un des auteurs de la présente contribution a tenté de

œuvre des interprétations évolutives et consensuelles chères à la *juris-dictio* strasbourgeoise, et ce, dans le cadre d'une logique nettement plus souple qui, pour sa part, affirme l'existence d'un *continuum*, d'un espace tiers, et non d'une césure radicale entre le droit et le non-droit.

Comme le rappelle l'arrêt *Demir et Baykara*<sup>94</sup>, la Convention est un instrument «vivant» qui doit être interprété «à la lumière des conditions de vie actuelles». Dès l'origine, la Cour s'est efforcée d'objectiver les constats qui sont les siens quant à ce que peuvent requérir «les conditions de vie actuelles», plutôt que de les imposer sans autre forme d'argumentation, au bénéfice du pouvoir du dernier mot dont l'investit la Convention. Dans la pratique strasbourgeoise la plus ancienne, cette objectivation prit essentiellement la forme d'une recherche, via l'analyse comparée des droits internes des États parties, d'«indications» attestant l'existence éventuelle d'un consensus européen sur la question en litige<sup>95</sup>. La notion d'«indications» ici utilisée est empruntée à dessein à la jurisprudence luxembourgeoise dite des «principes généraux»<sup>96</sup>: elle vise une position d'entre-deux

démontrer que cette disposition de la Convention de Vienne pouvait difficilement offrir un soutien à l'ensemble de la pratique de la Cour en matière de références à des «sources externes», singulièrement lorsque celles-ci sont formées par des instruments de *soft law* insusceptibles d'être qualifiés de «règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties», au sens de la Convention susdite (voy. VAN DROOGHENBROECK (S.), «Les frontières du droit et le temps juridique: la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites. En marge de l'arrêt de grande chambre du 12 novembre 2008 rendu en l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*», *op. cit.*, p. 822-829). Adde COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-Fr.), «La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international (2008)», *A.F.D.I.*, 2008, p. 534. Comp. cependant avec D. Rietiker, qui laisse prudemment entendre que, additionnées les unes aux autres, ces sources externes de toute nature pourraient être constitutives d'une coutume internationale dont la prise en compte dans le cadre de l'interprétation de la Convention serait justifiée sur le fondement de l'article 31, § 3, c), de la Convention de Vienne (RIETIKER (D.), «The principle of "effectiveness" in the recent jurisprudence of the european Court of human rights. Its different dimensions and its consistency with public international law – No need for the concept of treaty *sui generis*», *Nordic Journal of International Law*, 2010, p. 275). Voy. également, à propos de la question de l'identité de «Parties» au sens de l'article 31, § 3, c), de la Convention de Vienne, les propos prudents de TZEVELEKOS (V.P.), «The use of article 31(3)(C) of the V.C.L.T. in the case-law of the E.C.H.R.: an effective anti-fragmentation tool or a selective loophole for the reinforcement of human rights teleology», *Michigan Journal of International Law*, 2009-2010, p. 653-655, spéc. note 105.

<sup>94</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 68.

<sup>95</sup> Voy., à ce sujet, l'étude de CLAUDE (V.), *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'homme*, mémoire de D.E.A. en droit communautaire européen, Université de Montpellier 1, 1998.

<sup>96</sup> Voy. C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold c. Commission*, C-4/73, *Rec.*, p. 491, point 13: «attendu que [...] les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont [la Cour] assure le respect; qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres [...]; que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire.» (notre accent). Il est tout à fait symptomatique de constater que la Cour de justice n'a pas hésité à rechercher de telles «indications», soit dans des traités auxquels tous les États membres

entre, d'une part, le « fait » totalement dépourvu de dimension nécessitante (l'« indication » est plus qu'une « information ») et, d'autre part, la norme juridique pleine et entière (l'« indication » est moins qu'une « injonction »). Considérées individuellement, les normes nationales ne s'imposent pas au droit de la Convention et au juge qui en a la garde, mais les tendances communes que révèle leur observation comparée constituent, quant à elles, un donné juridiquement relevant pour l'interprétation et l'actualisation de la Convention.

Dans la pratique plus récente de la Cour<sup>97</sup>, ainsi qu'en atteste l'échantillon livré ci-avant, l'exercice d'objectivation des constats portant sur les « conditions de vie actuelles » passe moins systématiquement par des études de droit national comparé<sup>98</sup> que par le relevé des « indications » fournies par divers instruments élaborés dans les sphères européennes et internatio-

---

n'avaient pas adhéré à l'époque (ainsi, la Belgique n'avait pas encore adhéré à la Charte sociale européenne lorsqu'intervint l'arrêt *Defrenne III*), soit dans des instruments dépourvus d'efficacité intrinsèque (voy., par exemple, à propos de la Charte communautaire des droits sociaux des travailleurs, C.J.C.E., 26 juin 2001, *The Queen*, C-173/99, point 39; C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Landeshauptstadt Kiel*, C-151/02, point 47; C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05, point 90).

<sup>97</sup> Assez significativement, V. Claude affirmait, en 1998, que les références à des instruments internationaux extraconventionnels dans le cadre de l'interprétation consensuelle demeurent « souvent circonstanciées et peu fréquentes » (CLAUDE (V.), *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 34). Voy. également, pour le constat d'une évolution sur ce thème, POPOVIC (D.), « Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 380 et s.

<sup>98</sup> Cette relative désaffection pourrait s'expliquer par la difficulté qu'il y a à effectuer une analyse approfondie de droit comparé portant sur la législation de quarante-sept États membres (voy. les réflexions de BERNHARDT (R.), « Comparative law in the interpretation and application of the Convention on human rights », in *Mainly Human Rights. Studies in Honor of J.J. Cremona*, Fondation internationale de Malte, La Valette, 1999, spéc. p. 34. Adde UHL (R.-J.), « Maak vaker en structureler gebruik van rechtsvergelijking! », *N.J.C.M.-Bulletin*, 2004, p. 983-984). Au demeurant, les analyses de droit national comparé effectuées par la Cour ont souvent été critiquées pour leur relative légèreté (voy. VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant – Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2001, p. 531-532). Lorsqu'elles étaient plus exhaustives, les conclusions que la principale intéressée en tirait n'étaient pas toujours convaincantes (voy., s'agissant de l'arrêt V. c. *Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, *ibid.*, p. 534; voy. aussi l'opinion dissidente jointe par la Juge Tulkens à Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, point 3; pour une controverse plus récente, voy. l'arrêt *Lautsi c. Italie*, rendu par la grande chambre le 18 mars 2011, et les critiques formulées par le Juge Malinverni dans une opinion dissidente à laquelle s'est ralliée la Juge Kalaydjieva; voy., à cet égard, KRENC (Fr.), « Le crucifix porté à Strasbourg », *J.L.M.B.*, 2011, p. 1721). En réalité, toute la difficulté consiste à prendre l'exacte mesure du degré de consensus au sein des États. La Cour doit veiller, d'une part, à procéder à un relevé exact et complet des données de droit comparé et, d'autre part, à en livrer une juste analyse (voy., récemment, Cour eur. D.H. (gde ch.), 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*). L'utilisation des sources externes « supranationales » apparaît de ce point de vue, *a priori*, plus aisée en termes de recherches et plus « objectivable » en termes de résultats (voy. les annotations précitées de J. Gerards, ainsi que COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-Fr.), « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international (2008) », op. cit., p. 531).

nales. La logique « d'entre-deux » demeure cependant la même. Les « indications » recherchées n'ont pas nécessairement besoin d'être logées dans des instruments juridiquement contraignants pour que les « tendances » qu'elles révèlent par leur accumulation soient prises en considération aux fins d'interprétation de la Convention<sup>99</sup>. Les termes de l'arrêt *Demir et Baykara* sont tout à fait évocateurs de cette transformation alchimique que l'interprétation évolutive et consensuelle opère dans l'entre-deux du droit et du non-droit : « Ensembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des États, les dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des États européens reflètent une réalité, que la Cour ne saurait ignorer lorsqu'elle est appelée à clarifier la portée d'une disposition de la Convention que le recours aux moyens d'interprétation classiques n'a pas permis de dégager avec un degré suffisant de certitude »<sup>100</sup>. Non moins évocatrice de cet entre-deux est l'oscillation que réalise l'arrêt entre la « faculté » et le « devoir » de prise en considération des « sources externes » dans l'interprétation conventionnelle : « La Cour, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, *peut et doit* tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergeant des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants *peut constituer* un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques »<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 86. Voy. encore, de manière tout à fait significative, Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 décembre 1999, *V. c. Royaume-Uni*. Au gouvernement défendeur, qui affirmait que « Les règles de Beijing invoquées par le requérant n'ont pas force obligatoire en droit international » (§ 66), la Cour répondit ce qui suit : « l'article 4 des règles de Beijing qui, bien que n'ayant pas force obligatoire, peut fournir une indication quant à l'existence d'un consensus international [...] » (§ 73, avec notre accent). Voy. encore Cour eur. D.H., 27 mars 2008, *Chtoukatourov c. Russie*, § 95 : « La Cour renvoie à cet égard aux principes formulés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans la recommandation n° R (99) 4 [...]. Même si ces principes n'ont pas force de loi pour la Cour, ils permettent peut-être de définir une norme européenne commune dans ce domaine. Or, contrairement à ce qu'ils recommandent, la législation russe n'apportait pas de réponse adaptée à la situation particulière d'un individu. De ce fait, les droits du requérant garantis par l'article 8 ont en l'espèce été limités plus que cela n'était strictement nécessaire » (avec notre accent).

<sup>100</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 76.

<sup>101</sup> *Ibid.*, § 85, avec notre accent.

## IV. Questions de méthode

Sur le plan de l'heuristique juridique, la logique d'entre-deux ci-avant décrite investit la Cour européenne des droits de l'homme d'une grande liberté: comme le démontre à loisir l'échantillon précédemment livré (*supra*, II), les « indications » dénotant les consensus et tendances émergentes peuvent être glanées dans les instruments et textes aux statuts les plus divers. Cette liberté va cependant de pair avec une importante responsabilité. Le juge qui applique une norme juridiquement contraignante n'a pas à justifier le *pourquoi* de cette application; l'obligatorité intrinsèque de cette norme tient lieu de justification suffisante. Cette dispense de justification n'est, par contre, plus systématiquement acceptable dans le champ heuristique nettement plus vaste des « sources externes », dont les interprétations consensuelles et évolutives de la Cour pourraient s'abreuver.

La littérature d'ores et déjà disponible sur ce thème avertit en effet du danger: faute d'une transparence suffisante dans la manière dont il sélectionne et pondère ses sources externes – *hard* ou *soft* –, le juge européen des droits de l'homme s'expose rapidement au grief relatif à la pratique d'un *cherry picking*<sup>102</sup>.

<sup>102</sup> Il n'est que de citer, sur ce point, l'analyse de MM. Barkhuysen et van Emmerik: « Verwijzingen naar *soft law* instrumenten door het E.H.R.M. zijn nu reeds talrijk en zullen waarschijnlijk alleen maar toemen. Daaraan ten grondslag ligt het feit dat enerzijds de formulering van de verdragsrechten in het E.V.R.M. vastligt en dus niet mee kan veranderen met recente rechtsontwikkelingen [...], terwijl anderzijds de ontwikkeling van nieuw rechtsnormen op nationaal en internationaal niveau tegenwoordig steeds vaker begint met *soft law*. In het licht van deze constatering is het problematisch dat de verwijzingspraktijk van het E.H.R.M. er geen blik van geeft te zijn gebaseerd op weldoordachte uitgangspunten. Eigenlijk valt er geen lijn te ontdekken en kan de conclusie moeilijk anders luiden dan dat het Hof er voor kiest te verwijzen wanneer dat goed uitkomt om een bepaalde gewenste uitkomst (interpretatie van een verdragsbepalingen) te rechtvaardigen. Dit is eerder door verschillende auteurs aangeduid met "*cherry picking*" [...]. Daarnaast valt op – en dat ligt in het verlengde daarvan – dat het Hof geen moeite doet te motiveren waarom er al dan niet gebruik wordt gemaakt van verwijzingen naar *soft law*. Verwijzingen komen daardoor voor (één van de) partijen vaak als een verrassing » (BARKHUYSEN (T.) et VAN EMMERIK (M.), « Ongebonden Binding. Verwijzing naar *soft law*-standaarden in uitspraken van het E.H.R.M. », *op. cit.*, p. 834); « Les renvois à des instruments de *soft law* par la Cour européenne des droits de l'homme sont aujourd'hui nombreux et ne feront vraisemblablement que croître. Ceci est lié au fait que, d'une part, la formulation des droits fondamentaux dans la Convention est figée et ne peut, par conséquent, s'adapter aux développements juridiques récents [...], tandis que, d'autre part, le développement de nouvelles normes aux niveaux national et international s'appuie de plus en plus souvent sur le *soft law*. À la lumière de ce constat, il est problématique que la pratique du renvoi par la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas reposer sur une doctrine prédéfinie. À vrai dire, l'on ne discerne pas de ligne de conduite et la conclusion peut difficilement être autre que la Cour opte pour un renvoi lorsque celui-ci tend à justifier le résultat (interprétation d'une disposition de la Convention) qu'elle souhaite atteindre. Cette pratique a déjà été décrite par plusieurs auteurs comme relevant du "*cherry picking*" [...]. Du reste, force est de constater – et cela se situe dans le prolongement de ce qui précède – que la Cour ne prend pas la peine de motiver son choix de recourir ou de ne pas

Quelques *curiosa* issus de la pratique strasbourgeoise permettent d'illustrer cet avertissement<sup>103</sup>.

En l'affaire *Bayatyan*, ci-avant analysée, la Cour confère un poids argumentatif tout à fait considérable à la « jurisprudence » du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Tant s'en faut que, dans toutes les affaires, il soit procédé à l'identique<sup>104</sup>. Ainsi constate-t-on, par exemple, que les positions de la Cour relatives à la délicate question du port de signes religieux en milieu scolaire – qu'il s'agisse des enseignants ou des enseignés – ont été définies sans référence aucune à la « jurisprudence » onusienne, qui, en cette thématique, semble nettement moins déférente à l'égard de la marge d'appréciation étatique. Par six décisions de recevabilité prononcées le 30 juin 2009<sup>105</sup>, la loi française du 15 mars 2004 (encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics) a en effet reçu sans ambages un *fiat* de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, alors que ladite loi avait pourtant été très largement « recalée » par le Comité des droits de l'homme, moins d'un an auparavant<sup>106</sup>. On peut également citer l'affaire *Hirst n° 2*, à l'occasion de laquelle la Cour a déclaré incompatible avec l'article 3 du Premier protocole additionnel à la Convention le système britannique prévoyant une suspension automatique du droit de vote au détriment de la quasi-totalité des personnes subissant une déten-

---

recourir à des instruments de *soft law*. Ce faisant, les renvois s'apparentent souvent à une surprise pour les parties ou l'une d'elles » (traduction libre). Adde COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUS (J.-Fr.), « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international (2008) », *op. cit.*, p. 529.

<sup>103</sup> Voy. également ZIEMELE (I.), « Other rules of international law and the european Court of human rights: a question of a simple collateral benefit? », in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de C.L. Rozakis*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 745.

<sup>104</sup> Voy., à ce sujet, KRENC (Fr.), « La Belgique « condamnée » pour la première fois par le Comité des droits de l'homme sur fond de lutte contre le terrorisme – Cap sur Genève! », *J.T.*, 2009, p. 628.

<sup>105</sup> Cour eur. D.H., 30 juin 2009, *Aktas c. France*, *Bayrak c. France*, *Gamaleddyn c. France*, *Ghazal c. France*, *Jasvir Singh c. France* et *Ranjit Singh c. France*.

<sup>106</sup> C.C.P.R., *Observations finales sur le quatrième rapport périodique de la France*, 31 juillet 2008, CCPR/C/FRA/CO/4, § 23: « Le Comité note avec préoccupation que des élèves de l'enseignement primaire et secondaire sont empêchés par la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 d'assister aux cours dans les établissements scolaires publics s'ils portent des signes religieux qualifiés d'« ostensibles ». L'État partie n'a mis en place que des moyens d'enseignement limités – téléenseignement ou enseignement par internet – à l'intention des élèves qui veulent, pour des raisons de conscience et de conviction, avoir la tête couverte par exemple d'une calotte (kippa), un foulard (hijab) ou d'un turban. Ainsi les élèves juifs, musulmans et sikhs pratiquants peuvent être empêchés d'aller à l'école en compagnie des autres enfants français. Le Comité note que pour respecter une culture publique de laïcité il ne devrait pas être besoin d'interdire le port de ces signes religieux courants (art. 18 et 26). L'État partie devrait réexaminer la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 à la lumière des garanties consacrées dans l'article 18 du Pacte, relatif à la liberté de conscience et de religion, y compris la liberté de manifester sa religion, tant en public qu'en privé, ainsi que du principe d'égalité garanti à l'article 26 ».

tion après condamnation. En l'espèce, la grande chambre a, dans son arrêt du 6 octobre 2005, passé sous silence le constat de violation des articles 10, § 3, et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, auquel le Comité des droits de l'homme était parvenu trois ans plus tôt<sup>107</sup>. Dans d'autres affaires, l'on observe que les positions « divergentes » du Comité susdit, bien que n'étant pas passées sous silence, n'influent que peu ou prou sur les conclusions finalement atteintes par la Cour. Il en fut notamment ainsi dans l'arrêt *A. et autres c. Royaume-Uni*, à propos de l'interprétation de la clause de dérogation figurant à l'article 15 de la Convention<sup>108</sup>.

Des *curiosa* du même type apparaissent également s'agissant du *soft electoral law* de la Commission de Venise. Ici encore s'observe, de la part de la Cour européenne, une pratique de réception « sous bénéfice d'inventaire ». En contraste avec l'affaire *Grosaru*, ci-avant évoquée, se rencontrent des arrêts où la Cour, appelée à statuer sur les *requisits* conventionnels en matière électorale, se distancie plus ou moins expressément des positions exprimées par la Commission de Venise. Tel fut le cas dans l'affaire *Parti nationaliste basque*<sup>109</sup>, à propos du financement, par un parti établi au sein d'un État membre de l'Union européenne, d'un parti politique établi au sein d'un autre État membre<sup>110</sup>. Tel fut également le cas dans l'affaire *Yumak et*

<sup>107</sup> C.C.P.R., *Concluding Observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 6 décembre 2001, CCPR/CO/73/UK, point 10.

<sup>108</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 19 février 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, § 178: « Si, aux yeux du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, les mesures dérogatoires aux dispositions du P.D.I.C.P. [lire "Pacte international relatif aux droits civils et politiques"] doivent avoir un caractère "exceptionnel et provisoire" [...], la Cour, quant à elle, n'a encore jamais expressément jugé que le danger invoqué devait être de nature temporaire, quoique la durée de celui-ci puisse entrer en ligne de compte pour la question de la proportionnalité de la riposte qui lui est apportée. Il ressort au contraire des affaires précitées concernant l'état d'urgence en Irlande du Nord qu'un "danger public" au sens de l'article 15 peut persister plusieurs années. La Cour estime que des mesures dérogatoires mises en œuvre immédiatement après les attentats perpétrés par Al-Qaïda sur le territoire américain et soumises à un réexamen annuel par le Parlement ne sauraient être déclarées invalides au motif qu'elles ne sont pas "provisoires" ».

<sup>109</sup> Cour eur. D.H., 7 juin 2007, *Parti nationaliste basque – Organisation régionale d'Iparralde c. France*.

<sup>110</sup> Sollicitée pour avis dans cette affaire, la Commission de Venise avait, en substance, affirmé la nécessité d'une approche spécifique de ce genre de financement transfrontalier lorsque l'on se trouve à l'intérieur de l'espace de l'Union européenne (voy. les § 30-31 de l'arrêt). La Cour refusa cependant d'aller en ce sens:

« Le parti requérant soutient qu'il faut néanmoins adopter une approche spécifique s'agissant du financement d'un parti politique constitué dans un État membre de l'Union européenne par un parti politique constitué dans un autre État membre de l'Union européenne.

Selon la Cour, c'est là sans doute un élément à prendre en considération, dès lors qu'une certaine "intrusion" de tels partis dans la vie politique d'autres États membres de l'Union peut sembler s'inscrire dans la logique de la construction européenne. Telle semble au demeurant être l'approche de la Commission de Venise, qui souligne dans son avis l'intérêt de la coopération financière entre partis européens à l'échelle de l'Union et qui estime que la prohibition litigieuse pourrait se heurter au principe communautaire de libre mouvement des capitaux [...].

*Sadak*<sup>111</sup>, à propos de la compatibilité, avec l'article 3 du Premier protocole additionnel à la Convention, d'un seuil électoral de 10%. La circonstance que de multiples instances du Conseil de l'Europe ont recommandé<sup>112</sup> l'abaissement du seuil susdit n'ébranla pas le *fiat* que la Cour lui décerna *in fine*, quoique du bout des lèvres.

C'est précisément en se fondant sur ce précédent *Yumak et Sadak* que le gouvernement moldave affirma, dans l'affaire *Tanase*<sup>113</sup>, qu'il n'y avait pas lieu d'accorder un quelconque poids aux critiques que les experts de Venise<sup>114</sup> avaient adressées à propos de sa législation privant de droit d'éligibilité les binationaux ou multinationaux<sup>115</sup>. La Cour fit cependant pièce à l'argument du « précédent » en ces termes :

« La Cour souligne qu'elle dit invariablement devoir prendre en considération les instruments et rapports internationaux pertinents, en particulier ceux d'autres organes du Conseil de l'Europe, pour interpréter les garanties offertes par la Convention et déterminer s'il existe dans le domaine concerné une norme européenne commune. *C'est à la Cour qu'il appartient de décider des instruments et rapports internationaux qu'elle juge dignes d'attention ainsi que du poids qu'elle entend leur accorder.* S'il existe une norme commune et que l'État défendeur ne s'y est pas conformé, ce peut être un élément important que la Cour ait à considérer lorsqu'elle interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques [...]. En l'espèce, la Cour estime devoir prendre en compte les dispositions de la CEN [Convention européenne sur la nationalité], les conclusions et rapports de l'E.C.R.I. et de la Commission de Venise [...] et les résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe [...] pour déterminer si la loi n° 273 est proportionnée. Elle précise qu'en faisant référence à la CEN, elle n'entend pas examiner le droit du requérant de posséder deux nationalités, mais celui

Cependant, d'une part, il n'appartient pas à la Cour d'empiéter sur des questions qui touchent à la compatibilité du droit interne d'un État membre avec le projet communautaire. D'autre part, le choix opéré par le législateur français de ne pas faire d'exception à cette prohibition au profit des partis politiques constitués dans d'autres États membres de l'Union est un choix éminemment politique, qui relève en conséquence de sa marge d'appréciation résiduelle » (§ 48).

<sup>111</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*.

<sup>112</sup> *Ibid.*, § 130.

<sup>113</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 avril 2010, *Tanase c. Moldova*.

<sup>114</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>115</sup> *Ibid.*, § 138 : « Par ailleurs, le gouvernement critique aussi la chambre pour l'importance qu'elle a attachée au fait que la Moldova n'a pas soumis le projet de loi aux organes internationaux compétents et n'a pas suivi les recommandations de l'E.C.R.I. et de la Commission de Venise [...]. Invoquant l'affaire *Boicenco c. Moldova* [...], il souligne que la Cour a par le passé constaté une violation alors même que la loi en cause avait été soumise aux experts du Conseil de l'Europe et avait été modifiée conformément à leurs recommandations ; à l'inverse, dans l'affaire *Yumak et Sadak c. Turquie* [...], le manquement de la Turquie à suivre les recommandations des experts du Conseil de l'Europe n'aurait pas conduit la Cour à conclure à la violation de la Convention. Par ailleurs, le rapport de la Commission de Venise, qui n'aurait pas encore été publié au moment où la loi a été adoptée, ne serait pas pertinent en l'espèce ».

de l'État défendeur de restreindre le droit de l'intéressé, en raison de sa binationalité, d'exercer son mandat à la suite de son élection, et la compatibilité de pareille restriction avec l'article 3 du Protocole n° 1 »<sup>116</sup>.

L'extrait qui précède, et singulièrement la proposition qui s'y trouve mise en exergue par nos soins<sup>117</sup>, est une clef de lecture de toute première importance, non seulement pour les *curiosa* ci-avant recensés, mais aussi, plus largement, pour l'ensemble de la jurisprudence strasbourgeoise relative aux « sources externes ». Une vision exclusivement binaire du phénomène juridique – « half rights and obligations are, when it comes to applying the law, nothing else but perfect absurdities »<sup>118</sup> – sera, par essence, incapable de rendre compte et, *a fortiori*, de justifier les oscillations et éclipses que révèle cette jurisprudence. Il est inconcevable, selon cette perspective binaire, que la production de normes issue d'une même source et d'un même auteur ne soit pas dotée d'une validité juridique parfaitement homogène et constante dans l'espace et dans le temps. Tous les standards issus de la Commission de Venise devraient être porteurs de la même efficacité juridique – qu'elle soit nulle ou, au contraire, bien réelle – et cette efficacité juridique ne saurait varier au gré des affaires. Dans cette perspective binaire et monolithique, les *curiosa* jurisprudentiels répertoriés ci-avant ne peuvent être analysés que comme une suite de revirements jurisprudentiels parfaitement erratiques, où les « sources externes » opèrent un va-et-vient inexplicable entre le « tout » et le « rien », que sépare une frontière juridique parfaitement étanche.

La logique que met en lumière l'extrait précité de l'arrêt *Tanase* n'est cependant pas la logique binaire du « tout » ou « rien », mais une logique ternaire, de type « gradualiste », qui envisage qu'une norme déposée dans une source intrinsèquement non obligatoire puisse néanmoins avoir une certaine valeur normative et qui admet, de manière supplémentaire, que cette valeur normative – conçue en l'occurrence en termes d'aptitude à influencer l'interprétation et l'application des garanties de la Convention – puisse être d'intensité variable. Il n'est pas question de tout ou rien, mais de plus ou moins, ou, pour le dire avec les termes mêmes de l'arrêt *Tanase*, de « poids » différenciés au sein d'un ensemble de sources externes préalablement reconnues comme « dignes d'intérêt ». Les *curiosa* jurisprudentiels ci-avant recensés ne procéderont donc point de revirements jurisprudentiels parfaitement erratiques, mais de « *distinguishing* pondéraux ».

---

<sup>116</sup> *Ibid.*, § 176.

<sup>117</sup> Voy., dans le même sens, Cour eur. D.H., 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, § 67.

<sup>118</sup> KLABBERS (J.), « The redundancy of soft law », *op. cit.*, p. 67.

Toute la question se reporte alors sur l'identification des paramètres qui, mis en œuvre de manière combinée, gouvernent de tels *distinguishing* et permettent à ceux-ci de ne pas s'effondrer dans un décisionnisme purement arbitraire.

Il ne saurait évidemment être exigé de la Cour la mise en place d'une fonction algébrique, mais au moins l'observance d'une méthode itérative fondée sur quelques orientations transparentes et dûment motivées<sup>119</sup>. Cette méthode est encore à construire. La théorie tridimensionnelle de la validité<sup>120</sup> se révèle être, sur ce terrain, une clef relativement féconde. Si les évaluations en termes de *légalité* semblent finalement peu influencer sur le poids normatif que la Cour reconnaît aux normes de *soft law*, il n'en va pas de même, par contre, s'agissant de l'examen de leur «légitimité» (B) et de leur «effectivité», au sens conféré à ces notions par la théorie susdite (C)<sup>121</sup>.

Disons-le sans ambages : les propositions qui vont suivre relèvent, pour une large part, de la spéculation et de la prospection, n'étant alimentées – pour l'heure – que par de rares indices jurisprudentiels.

Au préalable cependant, doit être éclaircie une question somme toute assez fondamentale. Avant de déterminer le poids que telle ou telle source externe doit revêtir dans le débat juridique mené à Strasbourg, encore convient-il de se demander à qui, de la Cour ou des parties, il incombe de verser la source concernée au débat (A).

## A. Curia novit soft law ?

De jurisprudence classique<sup>122</sup>, la Cour estime qu'il lui appartient de requalifier d'office les faits présentés par une requête, lorsqu'elle estime que ceux-ci peuvent être plus adéquatement subsumés sous tel fondement conventionnel que sous tel autre. Selon les termes de l'arrêt *Guerra*, la Cour est « maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause », en sorte qu'« elle ne se considère pas comme liée par celle que leur attribuent les requérants, les

<sup>119</sup> En ce sens également, voy. BARKHUYSEN (T.) et VAN EMMERIK (M.), « Ongebonden Binding. Verwijzing naar *soft law*-standaarden in uitspraken van het E.H.R.M. », *op. cit.*, p. 835, et G. Cohen-Jonathan et J.-Fr. Flauss, lesquels invitent la Cour à procéder à « une remise à plat méthodologique » (COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-Fr.), « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international (2008) », *op. cit.*, p. 534).

<sup>120</sup> Voy. HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *op. cit.*, p. 28 et s.

<sup>121</sup> *Ibid.*, renvoyant sur ce point aux travaux de M. van de Kerchove et Fr. Ost.

<sup>122</sup> Voy., récemment, Cour eur. D.H., 6 décembre 2011, *De Donder et De Clippel c. Belgique*, § 52.

gouvernements ou la Commission». Toujours selon le même arrêt, «un grief se caractérise par les faits qu'il dénonce et non par les simples moyens ou arguments de droit invoqués»<sup>123</sup>. En revanche, il n'appartient pas à la Cour de verser elle-même aux débats l'existence d'un complexe factuel susceptible d'articuler un grief autre que ceux formulés par la requête : *da mihi factum, dabo tibi jus*.

Les lignes claires ainsi tracées s'obscurcissent cependant lorsque l'on s'interroge sur le «statut procédural» qu'occupent, dans le débat strasbourgeois, les «sources externes» dont s'abreuve l'interprétation conventionnelle et, singulièrement, celles desdites sources qui sont dépourvues de force obligatoire intrinsèque. Sont-elles du *jus* procéduralement assimilable aux dispositions conventionnelles elles-mêmes? Dans l'affirmative, il serait parfaitement légitime, et même obligatoire, que la Cour en invoque l'existence, fût-ce dans le silence des parties litigantes ou des tiers intervenants. Doivent-elles, au contraire, être procéduralement apparentées à du *factum*? Dans ce cas, les seules sources externes susceptibles de «peser» sur l'interprétation conventionnelle seraient celles dont les parties elles-mêmes ou, à la limite, l'éventuel tiers intervenant auraient invoqué l'existence : la Cour n'aurait, pour sa part, aucune possibilité de suppléer d'office à l'un ou l'autre «oubli» en versant au débat telle ou telle source externe révélée par ses propres recherches.

Selon que l'on adopte l'un ou l'autre point de vue, les *curiosa* jurisprudentiels identifiés plus haut pourraient faire l'objet de lectures fondamentalement distinctes. Ci-avant constaté, le passage sous silence des positions onusiennes dans la thématique du port de signes convictionnels en milieu scolaire pourrait trouver son explication, non pas dans quelque contestation implicite de leur aptitude à exprimer un «consensus» sur la question en litige, mais bien, plus simplement et plus prosaïquement, dans le fait que la partie requérante aurait omis d'en faire état.

À ce jour, on ne trouve pas, dans la pratique strasbourgeoise, quelque position tranchée et explicite sur la question ainsi mise en exergue<sup>124</sup>. La lecture littérale de l'arrêt *Mosley*, ci-avant analysé (II), pourrait laisser accroire que c'est sur les parties elles-mêmes, et non sur la Cour, que repose ultimement le soin d'identifier les «sources externes» susceptibles de venir en appui de l'interprétation conventionnelle qu'elles défendent : «Nor has the applicant

---

<sup>123</sup> Cour eur. D.H., 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, § 44.

<sup>124</sup> Dans le premier arrêt *Sabri Günes c. Turquie* rendu par une chambre le 24 mai 2011, il apparaît assez clairement que les sources externes ont été invoquées à la propre initiative de la Cour, dès lors qu'elles furent utilisées aux fins de résoudre une question que cette dernière avait elle-même soulevée d'office – en l'occurrence, l'observation de la règle du délai de six mois pour pouvoir saisir la Cour.

pointed to any international instruments which require States to put in place a pre-notification requirement [...]»<sup>125</sup>.

À la réflexion cependant, le ravalement du statut procédural des «sources externes» au rang de simples «faits» et l'exclusion corrélatrice de toute forme d'initiative de la Cour quant à leur invocation seraient difficilement justifiables. Ce statut procédural doit, en effet, être déterminé non pas tant en fonction de la nature intrinsèque desdites sources qu'en fonction de la nature de l'opération en vue de laquelle elles sont mobilisées ou mobilisables. Il s'agit, en l'occurrence, de l'interprétation de la Convention. Or, on conçoit mal que, dans cette opération, la Cour puisse abdiquer tout ou partie de la responsabilité dont elle est investie par la Convention elle-même (article 32) en s'estimant enchaînée par l'argumentaire des parties. On peinerait à justifier que l'interprétation conventionnelle soit, ne fût-ce que partiellement, déterminée *de jure* par l'existence, l'amplitude et la qualité des recherches de «droit comparé» auxquelles les parties, dans une affaire déterminée, se seront livrées. *Curia novit soft law* – au même titre que les autres sources externes : telle semble être la seule position logiquement admissible.

Deux nuances doivent être apportées.

La première tient au respect du principe du contradictoire. Il est admis aujourd'hui que le relevé d'office par un juge d'un moyen de pur droit ne peut se concevoir sans que la possibilité ait été offerte aux parties d'en prendre connaissance et de le discuter<sup>126</sup>. Cette exigence de contradiction semble devoir s'imposer avec une acuité particulière s'agissant d'instruments de *soft law* que la Cour entendrait verser d'initiative aux débats : la logique «pondérale» qui gouverne la reconnaissance de leur impact sur

<sup>125</sup> Voy. aussi Cour eur. D.H., 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, § 67 : « In the present case the Court considers undoubtedly relevant the third party's submission on the existing consensus among experts and international bodies active in the field of public health, which agreed that travel restrictions on people living with H.I.V. could not be justified by reference to public health concerns. The World Health Organization rejected travel restrictions as an ineffective way to prevent the spread of H.I.V. as long ago as 1987 (*Report on the Consultation on International Travel and H.I.V. Infection*, 2-3 March 1987). The same view has since been expressed by the U.N. High Commissioner for Human Rights [...], the International Organization for Migration [...], the U.N. High Commissioner for Refugees (U.N.H.C.R., Note on H.I.V./A.I.D.S. and the Protection of Refugees, I.D.Ps. and Other Persons of Concern, 2006), the World Bank (Legal Aspects of H.I.V./A.I.D.S., 2007), and, most recently, the International Labour Organization (ILO Recommendation concerning H.I.V. and A.I.D.S. and the World of Work, no. 200, 2010). At the European level, the European Parliament and the European Commission acknowledged that "there are no objective reasons for a travel ban on H.I.V. infected people" (Resolution of 22 May 2008). *The respondent Government, for their part, did not adduce any expert opinions or scientific analysis that would be capable of gainsaying the unanimous view of international experts* » (nous soulignons).

<sup>126</sup> Voy., en rapport avec l'exigence du contradictoire tirée de l'article 6 de la Convention, Cour eur. D.H., 13 octobre 2005, *Clinique des Acacias et autres c. France*, § 37-43, ainsi que Cour eur. D.H., 18 décembre 2003, *Skondrianos c. Grèce*, § 29-31.

l'interprétation conventionnelle est, par essence, matière à débat. Dans cette perspective, l'on ne peut que rallier la proposition de MM. Barkhuysen et van Emmerik : il serait inadmissible, et pour tout dire inéquitable, que le renvoi à un instrument de *soft law*, opéré à l'initiative de la Cour elle-même, prenne les parties par « surprise »<sup>127</sup>.

La seconde nuance s'inscrit dans un constat réaliste. Nous l'avons affirmé : il ne serait pas concevable que l'interprétation de la Convention soit déterminée *de jure* par l'existence, l'amplitude et la qualité des recherches de « droit comparé » auxquelles les parties, dans une affaire déterminée, se seraient livrées. S'agissant de l'interprétation de la Convention, la Cour peut et doit avoir l'initiative des recherches documentaires pertinentes. Force est cependant de constater, sans pour autant se contredire, que les analyses auxquelles les parties auront elles-mêmes procédé pourront, en raison de leur amplitude, de leur profondeur et de leur précision, avoir *en fait* un impact parfois déterminant. *Curia novit* « sources externes », a-t-on dit. Fort bien. L'adage repose cependant sur une large part de fiction : ces sources externes, et singulièrement le *soft law*, constituent un océan immense et traversé de courants aussi divers que changeants. Il est illusoire de croire que la Cour, telle l'Hercule de Dworkin, dispose, en toute affaire dont elle est saisie, du temps et des moyens nécessaires pour parcourir cet océan de fond en comble. C'est en raison des limites « cognitives » de la Cour que les analyses de droit comparé livrées par d'autres qu'elle-même peuvent avoir, en fait, un impact déterminant. Cet impact est particulièrement notable lorsque se joignent à la procédure, en qualité de tiers intervenants, des O.N.G. spécialisées dans les matières formant l'objet du litige et disposant, à leur propos, de ressources documentaires considérables cartographiant de manière précise et fiable les sources externes susceptibles de se révéler pertinentes<sup>128</sup>. Ainsi, on relève par exemple que l'affaire *Bayatyan*, précédemment analysée en raison précisément de la multitude des sources externes mobilisées par la Cour, a suscité, devant la grande chambre, les interventions d'Amnesty International, de Conscience and Peace Tax International, du Friends World Committee for Consultation (Quakers), de la Commission internationale de juristes, de l'Internationale des résistants à la guerre (War Resisters' International) et de l'Association européenne des chrétiens

---

<sup>127</sup> BARKHUYSEN (T.) et VAN EMMERIK (M.), « Ongebonden Binding. Verwijzing naar *soft law*-standaarden in uitspraken van het E.H.R.M. », *op. cit.*, p. 834.

<sup>128</sup> Voy., à ce sujet, PETTITI (L.-E.) et DE SCHUTTER (O.), « Le rôle des associations dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.-dr. eur.*, 1996, p. 149 et 150, et, plus récemment, DECAUX (E.) et PETTITI (C.) dir., *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Coll. « Droit et justice », n° 84, Nemesis – Bruylant, Bruxelles, 2008.

témoins de Jehovah. Force est de constater qu'en pratique, les références aux sources externes sont plus riches et plus nombreuses lorsque des tierces interventions sont autorisées. Aussi, il n'est pas étonnant que la grande chambre constitue le lieu privilégié de pareilles interventions et que les analyses de « droit comparé » y soient nettement plus développées que celles opérées par d'autres formations de la Cour.

## B. La « légitimité »

Selon les termes mêmes de l'arrêt *Demir et Baykara*, la légitimité du recours aux « sources externes » – *hard* ou *soft* – repose sur la capacité de celles-ci à révéler l'existence d'un *consensus* entre les *États membres du Conseil de l'Europe* sur la question en litige, consensus dont la Cour peut et doit tenir compte lorsqu'il s'agit d'interpréter la Convention. Si l'on prend la proposition au sérieux, chacun des termes ainsi mis en exergue pourrait sécréter les éléments de la méthode de pondération évoquée ci-avant (*cf. supra*). Par évidence, tous les textes de *soft law* ne peuvent prétendre traduire avec la même intensité – le même poids – le consensus auquel il est fait référence. Une certaine échelle de priorité semble donc *a priori* pouvoir être dégagée lorsque, entre ces différents textes, survient une divergence.

### 1. Un consensus des États : *soft law* « politique », *soft law* « expert » et *soft law* « privé »

A priori, en pure logique, le poids d'un instrument de *soft law* devrait être proportionnel à la proximité qu'entretient son auteur vis-à-vis des États. Cette proximité est maximale en présence de ce que l'on baptisera le *soft law* « politique », c'est-à-dire un instrument dont l'auteur s'identifie à un organe assumant la représentation « politique » de l'ensemble des États concernés, à l'instar du Comité des ministres ou de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. L'arrêt *M.C. c. Bulgarie* met excellemment en évidence ce rôle de « porte-voix » du consensus européen que le Comité des ministres assume au travers des recommandations qu'il édicte<sup>129</sup>.

<sup>129</sup> Cour eur. D.H., 4 décembre 2003, *M.C. c. Bulgarie*, § 162 : « La Cour relève également que les États membres du Conseil de l'Europe ont reconnu, par l'intermédiaire du Comité des ministres, la nécessité de sanctionner les actes sexuels non consensuels, y compris « les cas dans lesquels la victime ne montre pas de signes de résistance », afin que les femmes soient effectivement protégées de la violence [...], et ont insisté sur la mise en œuvre d'autres réformes dans ce domaine » (notre accent).

Le lien de proximité est, par contre, plus distendu en présence d'un « organe expert » n'ayant pas vocation à assurer la représentation « politique » des États parties, à l'instar de la Commission de Venise, de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (E.C.R.I.) ou encore des organes de surveillance non juridictionnels institués par un traité, tels le Comité consultatif de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales ou le Comité pour la prévention de la torture (C.P.T.). La volonté étatique ne trouve, en présence de tels organes et de leur « production » normative, qu'une expression indirecte, matérialisée par la décision initiale de les constituer et de leur assigner telle ou telle fonction recommandatoire et/ou de surveillance.

Faut-il alors, *a contrario*, refuser aux standards et autres recommandations émanant d'acteurs collectifs *privés* (groupements de fait ou O.N.G.) toute aptitude à révéler par eux-mêmes un consensus pertinent pour le raisonnement de la Cour et à constituer de ce fait une source externe à part entière<sup>130</sup>, lestée d'un quelconque poids ? On touche ici au cœur de la définition même du *soft law*<sup>131</sup> et des limites ultimes de la « zone grise ». Sur ce point, la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme ne comporte pas encore de prise de position explicite. Quelques indices, tout au plus. Ainsi constate-t-on, par exemple, que la Cour a tendance à recourir de plus en plus fréquemment, lorsqu'il s'agit d'évaluer la compatibilité avec l'article 3 de la Convention d'un traitement pénitentiaire, au *Guide pour le contrôle des tuberculoses en prison*, coréalisé par l'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.) et le Comité international de la Croix-Rouge (C.I.C.R.)<sup>132</sup>. De même voit-on l'arrêt *Makharadze et Sikharulidze c. Géorgie* se référer aux déclarations pertinentes établies par la World Medical Association lorsqu'il s'agit d'élucider la teneur des obligations des États en présence d'une grève de la faim entamée par des détenus<sup>133</sup>. Plus ambiguë est, par contre, la référence aux Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte inter-

---

<sup>130</sup> Autre que purement doctrinale.

<sup>131</sup> À l'estime de Dinah Shelton, il n'y a pas d'obstacle à ce que les « normes » formulées par des acteurs privés, à l'instar, par exemple, des O.N.G., puissent être intégrées dans la catégorie du *soft law* international (SHELTON (D.)), « Compliance with international human rights soft law », *op. cit.*, p. 128-129). Dans le même sens, semble-t-il, voy. DUPLESSIS (I.), « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *op. cit.*, p. 251.

<sup>132</sup> Cour eur. D.H., 3 mars 2009, *Ghavitadze c. Géorgie*, § 57 ; Cour eur. D.H., 22 juin 2010, *Gavrilita c. Roumanie*, § 17 et 32 ; Cour eur. D.H., 14 décembre 2010, *Dobri c. Roumanie*, § 26.

<sup>133</sup> Cour eur. D.H., 22 novembre 2011, *Makharadze et Sikharulidze c. Géorgie*, § 82 : « However, the Court, sharing the principles expressed by the World Medical Association (« the W.M.A. ») (see the Declaration of Malta on Hunger Strikers, adopted by the 43rd World Medical Assembly in November 1991, subsequently revised by the 57th W.M.A. General Assembly in October 2006), also considers that the prison authorities may not be totally absolved of their positive obligations in such difficult situations

national relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations, que l'on retrouve dans l'arrêt *A et autres c. Royaume-Uni* du 19 février 2009. Établis par trente et un spécialistes du droit international, réunis à l'invitation de la Commission internationale de juristes, de l'Association internationale de droit pénal, de l'Association américaine pour la Commission internationale de juristes, de l'Institut Urban Morgan des droits de l'homme et de l'Institut international des hautes études en sciences criminelles, ces Principes sont mentionnés dans la section de l'arrêt dédiée à « l'interprétation de la notion de « danger public » au regard de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ». La motivation de l'arrêt proprement dite n'y comporte cependant pas d'allusion tout à fait explicite<sup>134</sup>.

## 2. Le *consensus* des États : l'unanimité plutôt que la majorité

L'existence d'un consensus se soutient d'autant mieux que les textes censés le traduire emportèrent une adhésion massive au sein des organes dont ils sont issus. La proposition qui précède semble assez logique. À la suivre, de fines distinctions pourraient cependant être établies au sein de la catégorie du *soft law* « politique », ci-avant visée.

Les recommandations du Comité des ministres supposent et impliquent l'existence d'un consensus particulièrement large au sein des États membres du Conseil de l'Europe<sup>135</sup>. Selon l'article 20, a), du Statut de Londres, lesdites recommandations sont en effet prises à l'unanimité des voix exprimées et à la majorité des représentants ayant le droit de siéger au sein dudit Comité. Toutefois, lors de leur 519<sup>e</sup> *bis* réunion (novembre 1994), les délégués des ministres ont décidé d'assouplir la procédure de vote et ont adopté un *Gentleman's Agreement* aux termes duquel aucune délégation ne demandera l'application de la règle de l'unanimité pour bloquer l'adoption de recommandations aux gouvernements des États membres, si la majorité

(see Renolde...), passively contemplating the fasting detainee's demise ». Voy., antérieurement, Cour eur. D.H., 5 avril 2005, *Nevmerzhitsky c. Ukraine*, § 69 et 93.

<sup>134</sup> Le paragraphe 178 se réfère au paragraphe 109 comme si celui-ci énonçait la position du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dont la Cour entend prendre précisément ses distances. La position de ce Comité figure cependant au paragraphe 110. Le paragraphe 109 visait, quant à lui, ces « Principes de Syracuse ».

<sup>135</sup> Voy. KLEIJSEN (J.), « Council of Europe standard-setting in the human rights field », *op. cit.*, p. 899.

prévue à l'article 20, d), du Statut (majorité des deux tiers des voix exprimées et majorité des représentants ayant le droit de siéger) est atteinte<sup>136</sup>.

Les textes issus de l'Assemblée parlementaire voient, quant à eux, leur adoption soumise à des quorums moins contraignants. En outre, le comportement de vote de chacune des délégations y est aisément identifiable. Le quorum des présences – à supposer que sa vérification soit réclamée – est fixé à un tiers des représentants autorisés à voter (article 40 du règlement de l'Assemblée parlementaire). Les recommandations et autres avis adressés au Comité des ministres requièrent, pour leur adoption, une majorité des deux tiers des suffrages exprimés. Les résolutions et autres décisions se contentent, quant à elles, de la majorité simple des suffrages exprimés<sup>137</sup>.

S'agissant des textes issus de l'Assemblée parlementaire, différents degrés d'adhésion sont donc potentiellement identifiables et par conséquent, d'une certaine manière, « mesurables ». Trouve-t-on, dans la jurisprudence de la Cour, l'idée qu'une résolution de cette Assemblée devrait voir son « poids », en tant que candidate au statut de « source externe », varier en fonction de ce degré d'adhésion ? *A priori*, pareille idée ne paraît pas saugrenue, rejoignant au demeurant les positions exprimées par la Cour internationale de Justice quant à la « valeur normative » susceptible d'être reconnue à certaines résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies (voy. *supra*). À notre connaissance toutefois, il n'existe à ce jour, dans les annales strasbourgeoises, aucune position de principe explicite sur la question. Tout juste aperçoit-on une affaire dans laquelle la Cour a explicitement fait mention des conditions d'adoption d'une résolution de l'Assemblée parlementaire ayant trait à la question en litige. Dans son arrêt *A, B et C c. Irlande*, rendu par la grande chambre le 16 décembre 2010, la Cour européenne des droits de l'homme mentionna en effet l'existence, sous la catégorie générique des « Éléments de droit européen et international » relatifs au « droit à l'avortement », d'une résolution de l'Assemblée parlementaire vis-à-vis de laquelle la pratique de l'État défendeur se trouvait assez nettement en retrait, à savoir la Résolution 1607 (2008) relative à l'« Accès à un avortement sans risque et légal en Europe ». L'arrêt fait explicitement état du fait que cette résolution fut adoptée par 102 voix contre 69 et que les quatre représentants irlandais au sein de l'Assemblée exprimèrent un suffrage négatif<sup>138</sup>. Prenant argument de cette circonstance, le gouvernement irlandais concluait – à l'inverse des

---

<sup>136</sup> Pour plus de détails, voy. BENOÎT-ROHMER (F.) et KLEBES (H.), *Council of Europe Law. Towards a Pan-European Legal Area*, op. cit., p. 54-55.

<sup>137</sup> Pour plus de détails, voy. *ibid.*, p. 69.

<sup>138</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, § 107.

requérantes<sup>139</sup> et de certains intervenants<sup>140</sup> – que la résolution susdite ne pouvait révéler l'existence d'un consensus européen sur la question en litige. Selon ses propres termes, «la résolution [...] invoquée par les requérantes témoignerait de la divergence de vues parmi les États contractants: [...] c'est une résolution, et non une recommandation, adoptée à l'issue d'un vote partagé et sans les voix des parlementaires irlandais»<sup>141</sup>. La Cour ne s'engagea pas explicitement dans le débat ainsi esquissé. Non sans susciter une importante division en son sein<sup>142</sup>, elle estima en effet que le «consensus européen» sur la question en litige, fût-il même avéré, n'avait pas pour effet de réduire la marge d'appréciation étatique dans une matière aussi délicate que celle discutée en l'espèce<sup>143</sup>.

### 3. Le *consensus* des États membres du Conseil de l'Europe : le proche plutôt que le lointain

Il n'est pas déraisonnable de postuler que l'identité de la «sphère juridique» dont est issu un texte de *soft law* influe sur la capacité de celui-ci à exprimer un consensus pertinent pour l'interprétation de la Convention.

Monsieur de La Palice ne l'aurait sans doute pas contesté : les «sources externes» issues du Conseil de l'Europe et de ses organes ont, par évidence, une vocation particulière à révéler l'existence d'un tel consensus. Les cercles des États respectivement intéressés par l'instrument à interpréter – la Convention – et par le matériel interprétatif mobilisé sont ici parfaitement identiques. Ce poids particulier des sources externes *home made* est affirmé, de manière explicite, par l'arrêt *Soltysyak c. Russie* : «The Court reiterates its constant approach that it takes into account relevant international instruments and reports, and in particular those of other Council of Europe organs, in order to interpret the guarantees of the Convention and to establish whether there is a common European standard in the field»<sup>144</sup>.

Les sources externes issues du droit de la «petite Europe» peuvent également prétendre à une légitimité certaine dans l'expression des consensus pertinents. Certes, les cercles ne sont pas ici identiques. Il n'empêche cepen-

<sup>139</sup> *Ibid.*, § 175.

<sup>140</sup> *Ibid.*, § 194.

<sup>141</sup> *Ibid.*, § 187.

<sup>142</sup> Voy. l'opinion en partie dissidente commune aux Juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi.

<sup>143</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 décembre 2010, A, B et C c. *Irlande*, § 236.

<sup>144</sup> Cour eur. D.H., 10 février 2011, *Soltysyak c. Russie*, § 51.

dant que les normes admises par les États membres de l'Union européenne peuvent s'autoriser de l'assentiment d'une « majorité des États membres du Conseil de l'Europe », pour reprendre les termes de l'arrêt *Demir et Baykara*<sup>145</sup> : 27 États sur les 47 que comporte la « grande Europe ».

Dès lors que l'Organisation des Nations Unies inclut l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe, le consensus existant entre les États membres de ce Conseil peut être légitimement recherché dans le consensus international qui soutient les « sources externes » issues de ladite Organisation. L'élargissement considérable du « cercle » et la dilution de la voix européenne dans l'enceinte onusienne impliquent cependant que l'on se garde d'identifier de manière totale et automatique les deux consensus<sup>146</sup>. En cas de divergence entre l'instrument onusien et l'instrument européen, il conviendrait de reconnaître un « poids » supérieur au second.

Fort logiquement, l'absence totale d'intersection entre les « cercles » d'États respectivement concernés impliquerait que les « produits » issus d'organisations régionales non européennes se voient reconnaître une capacité relativement faible à influencer sur l'interprétation conventionnelle<sup>147</sup>, particulièrement lorsque de tels produits divergent par rapport à des sources externes émanant de cercles plus proches. Il est certes, dans la jurisprudence strasbourgeoise, de nombreux précédents où l'on vit cette Cour tirer inspiration du droit interaméricain des droits de l'homme, textuel ou prétorien. Tel fut le cas lorsque ce droit était le seul à offrir une solution élaborée à une question jusqu'alors inédite dans le contentieux européen des droits de l'homme. Songeons, par exemple, au contentieux de la disparition de personnes à la suite de leur détention *incommunicado*<sup>148</sup>. Tel fut le cas également lorsque le droit interaméricain offrait des indications convergentes par rapport à d'autres sources externes – européennes ou onusiennes – auxquelles la Cour pouvait avoir égard<sup>149</sup>. Par contre, lorsqu'elles dénotent

<sup>145</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 76 et 86.

<sup>146</sup> Voy. FOROWICZ (M.), *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, op. cit., p. 188.

<sup>147</sup> Ainsi, on observe que la Cour européenne fait relativement peu référence à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981. On peut toutefois épingle une mention de cet instrument par la Cour dans la décision *Ould Dah c. France* du 17 mars 2009 ou dans le récent arrêt *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, rendu le 15 mars 2012 par la grande chambre (§ 30-31). La Charte africaine fut par ailleurs citée par le Centre des droits génésiques, partie intervenante dans l'affaire *Vo c. France* (Cour eur. D.H. (gde ch.), 8 juillet 2004, § 63).

<sup>148</sup> Cour eur. D.H., 13 juin 2000, *Timurtas c. Turquie*, § 79-80.

<sup>149</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 février 2005, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, § 49-53, 116 et 124 ; Cour eur. D.H., 21 septembre 2006, *Maszni c. Roumanie*, § 32-33, 49 et 59 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, § 39-40 et 79 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, § 93-98, 138 et 147.

une dissidence par rapport aux indications convergentes issues de « cercles » plus proches et donc plus immédiatement à même d'exprimer le « consensus européen », les positions jurisprudentielles américaines seront – à notre estime, à bon droit – privées d'impact sur l'interprétation de la Convention. Tel fut le cas dans l'arrêt *Bayatyan*, ci-avant analysé, où la jurisprudence la plus récente de la Commission américaine des droits de l'homme qui affirmait qu'un droit à l'objection de conscience ne pouvait être déduit de la Convention éponyme<sup>150</sup>, fut sans influence sur la conclusion *in fine* atteinte par le juge de Strasbourg. L'on signalera, au passage, que le caractère « rétrograde » de cette jurisprudence interaméricaine était, en réalité, imputable au fait que la Commission de San José avait pris le parti de calquer explicitement ses propres positions sur celles de la défunte Commission européenne des droits de l'homme, renonçant ainsi à des *dicta* antérieurs plus progressistes<sup>151</sup>. On voit ici apparaître, dans la construction d'un droit des droits de l'homme « défragmenté », ce que Michel van de Kerchove et François Ost auraient volontiers qualifié de « boucle étrange » : l'environnement juridique à l'écoute duquel se met le juge de Strasbourg aux fins de faire évoluer ses propres positions lui renvoie précisément l'écho desdites positions<sup>152</sup>, parce que, ailleurs dans le « réseau », d'autres juges procèdent à l'identique et jouent eux aussi le jeu des « sources externes ». Ce paradoxe logique n'a pas lieu de demeurer exclusivement un délice intellectuel pour théoriciens du droit : en creux de l'affaire *Bayatyan*, s'aperçoit en effet le danger que le dialogue des « sources » et de leurs interprètes, pratiqué universellement et à haute dose, aboutisse, dans la protection des droits

<sup>150</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, § 68.

<sup>151</sup> *Ibid.*, § 67-68 : « En 1997 et 1998, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a émis des recommandations invitant les États membres dont la législation n'exemptait toujours pas les objecteurs de conscience du service militaire ou du service de remplacement à revoir leur régime juridique et à y apporter des modifications compatibles avec l'esprit du droit international des droits de l'homme par le biais d'amendements législatifs prévoyant l'exemption du service militaire en cas d'objection de conscience.

La Commission interaméricaine a tranché le 10 mars 2005 le premier recours individuel portant sur le droit à l'objection de conscience. Elle a considéré qu'il fallait interpréter l'article 12 à la lumière de l'article 6, § 3, b), et conclu que l'objection de conscience n'était protégée par la Convention américaine que pour les pays où ce droit était reconnu. À cet égard, la Commission interaméricaine s'est largement appuyée sur la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme et sur celle du Comité des droits de l'homme des Nations Unies antérieures à 2005 (*Cristián Daniel Sahli Vera et autres c. Chili*, affaire 12.219, rapport n° 43/05, 10 mars 2005, § 95-97). Elle a par la suite confirmé cette approche dans une autre affaire (*Alfredo Díaz Bustos c. Bolivie*, affaire 14/04, rapport n° 97/05, 27 octobre 2005, § 19) ».

<sup>152</sup> Une forme de circularité pourrait également être aperçue dans la pratique de la Cour consistant à s'inspirer de recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, elles-mêmes inspirées... de la jurisprudence de la Cour. Sur ce phénomène et sa justification, voy. KLEIJSEN (J.), « Council of Europe standard-setting in the human rights field », *op. cit.*, p. 901-902.

fondamentaux, à une forme de conservatisme consensuel plutôt qu'à une saine et innovante émulation.

#### 4. Les conditions de vie actuelles : le récent plutôt que l'ancien

La Convention est un instrument « vivant » « à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles », rappelle l'arrêt *Demir et Baykara*. Telle est la raison pour laquelle, selon le même arrêt, la Cour doit tenir compte de « l'évolution des normes de droit national et international dans son interprétation des dispositions de la Convention »<sup>153</sup>.

À la lumière de ce rappel évident peut être soutenue une proposition non moins évidente : l'influence – le poids – d'une source externe dans l'interprétation de la Convention devrait être inversement proportionnelle à son ancienneté. Autrement dit, en cas de divergence entre deux sources externes, la source la plus récente devrait être préférée.

Il reste que plusieurs difficultés peuvent surgir.

La première porte sur ce qu'il y a lieu d'entendre par source externe « récente » ou, au contraire, « ancienne ». La difficulté peut être illustrée par l'affaire *Sabri Günes c. Turquie*<sup>154</sup>. En l'espèce, se posait la question de savoir si le *dies ad quem* du délai de six mois prescrit par l'article 35 de la Convention, s'agissant de la saisine de la Cour, devait être reporté au premier jour ouvrable lorsque, par les hasards du calendrier, il s'identifie à un samedi, à un dimanche ou à un jour férié légal. Dans son arrêt du 24 mai 2011, la Cour répondit à cette question de manière affirmative, en s'inspirant notamment de la règle de computation contenue, à l'identique, dans le Règlement européen du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes<sup>155</sup>, et dans la Convention européenne du 16 mai 1972 sur la computation des délais, entrée en vigueur le 28 avril 1983. La pertinence des sources externes ainsi mobilisées fut cependant contestée par deux juges dissidents<sup>156</sup>, notamment en raison de leur ancienneté. À l'estime de ces juges, « les textes invoqués par la majorité [...] sont des textes très anciens. Sur ce point, ils sont décalés par rapport à la situation présente et ne tiennent pas compte du développement et de l'élargissement tant du Conseil de l'Europe que de l'Union

---

<sup>153</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 68.

<sup>154</sup> Cour eur. D.H., 24 mai 2011, *Sabri Günes c. Turquie*.

<sup>155</sup> Règlement (C.E.E., Euratom) n° 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, J.O.C.E., L. 124, du 8 juin 1971, p. 0001-0002.

<sup>156</sup> Opinion dissidente commune des Juges Tulkens et Jočienė.

européenne». L'on signalera que cet arrêt *Sabri Günes* a été “renversé” par un arrêt rendu le 29 juin 2012 par la Grande Chambre celle-ci déclarant irrecevable les requêtes introduite en l'espèce.

Une deuxième difficulté s'inscrit dans la problématique plus générale du droit transitoire jurisprudentiel. La question est la suivante : la Cour peut-elle, aux fins d'engager la responsabilité d'un État, nourrir l'interprétation conventionnelle de sources externes – *soft* ou *hard* – édictées ou élaborées *postérieurement* à la date des faits litigieux dénoncés par la requête ? La question avait été soulevée, non sans pertinence, dans l'opinion séparée jointe par le Juge Zagrebelsky à l'arrêt *Demir et Baykara*, rendu par la grande chambre. En substance, ce juge estimait que la cristallisation du consensus européen autour de l'inclusion du droit à la négociation collective parmi les prérogatives couvertes par la liberté d'association s'était véritablement réalisée à la faveur de la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Or, cette proclamation avait eu lieu en décembre 2000, soit cinq ans après la survenance des faits litigieux. Une difficulté du même ordre est au cœur de la critique qu'adressa le Juge Gyulumyan au raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Bayatyan c. Arménie*, rendu par la grande chambre. Selon ce juge<sup>157</sup>, la cristallisation du consensus européen et international autour de la reconnaissance du droit à l'objection de conscience au titre des garanties découlant de la liberté de conscience et de religion était postérieure aux faits dénoncés par la requête, étant en l'occurrence imputable à une Recommandation du Comité des ministres datée de 2010 et à une évolution de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme

<sup>157</sup> « Ce n'est que dans ses Recommandations les plus récentes (2010) que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a considéré, à la lumière des développements intervenus au plan international, que le droit à l'objection de conscience faisait partie intégrante de la liberté de pensée, de conscience et de religion consacrée par l'article 9 de la Convention.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée en décembre 2000 et qui reconnaît le droit à l'objection de conscience au titre du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, est entrée en vigueur en décembre 2009.

Ce n'est qu'en 2006 que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a refusé explicitement d'appliquer l'article 8 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (P.I.D.C.P.) dans deux affaires dirigées contre la Corée du Sud qui concernaient des objecteurs de conscience, examinant leurs griefs sous l'angle du seul article 18 du P.I.D.C.P. et concluant à la violation de cette disposition à raison de la condamnation des requérants pour avoir refusé de servir dans l'armée pour motifs de conscience.

Je tiens à souligner également qu'à l'époque où le requérant a été condamné pour avoir refusé de servir dans les forces armées à cause de ses convictions religieuses, il existait une jurisprudence explicite en vertu de laquelle la Convention et ses Protocoles ne garantissaient pas un droit à l'objection de conscience en tant que tel. Les autorités nationales ne sauraient se voir reprocher ni d'avoir suivi la jurisprudence qui existait à l'époque ni de ne pas avoir mis en œuvre une approche reflétant des développements intervenus seulement par la suite ».

des Nations Unies survenue en 2006. En creux de ces deux affaires réapparaît la problématique de l'effet rétroactif des revirements de jurisprudence. Nous ne nous y attarderons cependant pas dans le cadre de la présente étude<sup>158</sup>. Émerge également une difficulté nouvelle, liée à la possibilité d'opérer une « datation » exacte et précise de la survenance du consensus susceptible d'influencer l'interprétation conventionnelle. Lorsque ce consensus se nourrit de l'empilement de « sources externes » convergentes sur le fond mais portant des dates distinctes, il est difficile, voire hasardeux, d'identifier celle de ces sources qui a véritablement opéré le « basculement » dans la situation de consensus.

### C. L'effectivité

Nous y avons fait allusion ci-avant : dans la jurisprudence la plus ancienne de la Cour, l'objectivation du « consensus européen » traduisant les conditions de vie actuelles et susceptible à ce titre de peser sur l'interprétation conventionnelle passait par une analyse comparée des pratiques et réglementations nationales des États membres à propos de la question en litige. C'est un peu la « preuve par l'effectivité » : une interprétation conventionnelle novatrice sera d'autant plus acceptable s'il se révèle, en pratique, qu'elle a d'ores et déjà été largement acceptée et mise en œuvre. La montée en puissance des références aux sources externes comme procédés d'objectivation du consensus rend sans doute moins impérieuse, sur le plan de la démonstration, la nécessité d'un tel recours à ces analyses de droit national comparé ; elle ne l'a cependant pas supprimée. Quoiqu'elle n'en constitue plus l'alpha et l'oméga, la « preuve par l'effectivité » n'en a pas moins un effet de consolidation de la démonstration livrée par la Cour quant à l'existence, *vel non*, d'un consensus sur la question en litige. L'instrument de *soft law* pèsera d'autant plus sur l'interprétation conventionnelle si la norme qu'il véhicule a d'ores et déjà reçu, dans le droit interne des États membres, une certaine effectivité.

---

<sup>158</sup> Sur cette question, voy. VAN DROOGENBROECK (S.), « Les frontières du droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites. En marge de l'arrêt de grande chambre du 12 novembre 2008 rendu en l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie* », *op. cit.*, p. 843-849 ; TULKENS (Fr.) et VAN DROOGENBROECK (S.), « L'ombre de *Marckx*. Pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à P. Tavernier*, à paraître ; *Idem*, « The shadow of *Marckx*. For a renewed debate on the temporal effects of judgments of the European Court of human rights », in *The Global Community Yearbook of International Law & Jurisprudence*, à paraître.

La jurisprudence conventionnelle démontre à loisir la prégnance de cet « effet de consolidation »<sup>159</sup>. Qu'il suffise de contempler les arrêts qui, à l'heure actuelle, font figure de paradigmes de la montée en puissance des « sources externes », à l'instar des arrêts *Demir et Baykara*<sup>160</sup>, *Mosley*<sup>161</sup> et surtout *Bayatyan*<sup>162</sup>. En chacun de ceux-ci, l'invocation desdites sources fut épaulée par une analyse de droit national comparé. Sans doute est-il raisonnable de considérer que pareille « preuve par l'effectivité » ne s'impose pas à tout coup avec la même insistance. Il en va ainsi, par exemple, lorsque l'instrument de *soft law* procède lui-même d'une analyse de droit national comparé et d'une distillation des *best practices* que celle-ci révèle. Songeons, par exemple, aux *standards* élaborés par la Commission de Venise en matière électorale.

A priori, l'on serait également tenté d'alléger pragmatiquement la preuve par l'effectivité du consensus européen que dessine le *soft law* politique, dont il a été question ci-avant. L'on imagine mal, en effet, qu'un État, saisi de schizophrénie, s'adresse à lui-même, via le canal du Comité des ministres ou de l'Assemblée parlementaire, une recommandation vis-à-vis de laquelle il a la ferme intention de demeurer en défaut, dans le cadre de son ordre juridique interne. D'une certaine manière, il y aurait là une sorte de présomption d'effectivité, sinon actuelle, du moins future.

<sup>159</sup> Dans l'affaire *Stummer c. Autriche* (Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juillet 2011), la Cour devait trancher la question de la compatibilité, avec l'article 14 combiné avec l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel, de l'absence d'affiliation au régime des pensions d'un détenu exerçant un travail en milieu carcéral. Examinant les instruments de *soft law* du Conseil de l'Europe pertinents sur la question, elle constata l'émergence progressive d'un consensus autour de la nécessité d'une telle affiliation. Le poids de ce consensus fut cependant immédiatement relativisé par le constat que seule une « faible majorité » d'États membres connaissait effectivement, dans leur droit interne, une règle d'affiliation au régime des pensions. Voy. les § 105-106 : « La Cour observe que, s'il n'existe pas un consensus européen sur la question, il se dégage néanmoins une tendance croissante : à la différence des Règles de 1987, les Règles pénitentiaires européennes de 2006 consacrent le principe de normalisation du travail en prison mais recommandent en outre explicitement (règle 26.17) que "les détenus exerçant un travail [soient], dans la mesure du possible, [...] affiliés au régime national de sécurité sociale" [...]. De surcroît, si une majorité absolue des États membres du Conseil de l'Europe font bénéficier les détenus d'une forme de sécurité sociale, seule une faible majorité d'entre eux affilient les détenus au régime des pensions de retraite, certains, comme l'Autriche, se bornant à leur donner la possibilité de verser des cotisations volontaires. Une minorité d'États n'intègrent ni d'une façon ni d'une autre les détenus au régime des pensions de retraite [...]. Ce n'est donc que progressivement que les sociétés se dirigent vers l'affiliation des détenus à leurs systèmes de sécurité sociale en général et à leurs régimes de pensions de retraite en particulier ». Voy. également, particulièrement évocateur, le § 132 de l'arrêt : « Si la règle 26.17 des Règles de 2006 reflète une tendance croissante, il ne peut en découler une obligation au titre de l'article 4 de la Convention ».

<sup>160</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 48-52.

<sup>161</sup> Cour eur. D.H., 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, § 62-63.

<sup>162</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, § 46-49.

Cette présomption est cependant une « présomption simple ». Il arrive en effet, de temps à autre, que telle ou telle position adoptée par un État ou ses représentants sur la scène européenne présente quelque divergence vis-à-vis de réformes promues au sein de son ordre juridique national<sup>163</sup>.

Apparaissent surtout des situations où le consensus européen, que l'on croyait voir se dessiner derrière tel ou tel instrument de *soft law* politique, se révèle, à l'épreuve des faits et à la faveur de l'écoulement du temps, insuffisant pour « peser » efficacement dans le sens de telle ou telle évolution de l'interprétation conventionnelle. Ainsi, par exemple, la Cour mentionna, dans l'arrêt *Ivan Atanasov*, du 2 décembre 2010, l'existence de deux recommandations, adoptées en 1999<sup>164</sup> et en 2003<sup>165</sup>, dans lesquelles l'Assemblée parlementaire exhortait le Comité des ministres du Conseil de l'Europe à mettre en chantier un nouveau protocole additionnel à la Convention aux fins d'y intégrer le droit de tout individu à un environnement sain. Ces résolutions n'eurent cependant pas les suites escomptées. La Cour prit argument de ces deux résolutions, non pas pour élargir la protection environnementale que sa jurisprudence antérieure assurait par le truchement de l'article 8, mais, tout au contraire, pour confirmer le bien-fondé du caractère limité de ladite protection. Selon les termes de l'arrêt *Ivan Atanasov*: « In today's society the protection of the environment is an increasingly important consideration [...]. However, Article 8 is not engaged every time environmental deterioration occurs: no right to nature preservation is included as such among the rights and freedoms guaranteed by the Convention or its Protocols [...]. Indeed, that has been noted twice by the Council of Europe's Parliamentary Assembly, which urged the Committee of Ministers to consider the possibility of supplementing the Convention in that respect [...] »<sup>166</sup>.

L'on notera toutefois que la jurisprudence de la Cour sur la question des « protocoles-additionnels-espérés-mais-finalement-non-advenus » n'est pas toujours à l'image des conclusions atteintes dans l'arrêt *Ivan Atanasov*. Dans l'affaire *Demir et Baykara*, le gouvernement turc soutenait que les droits sociaux – il s'agissait, en l'occurrence, du droit à la négociation collective – ne pouvaient légitimement faire leur entrée dans la sphère de protection

---

<sup>163</sup> Voy., à propos du port du voile intégral, DELGRANGE (X.), « Quand la burqa passe à l'Ouest. La Belgique perd-elle le Nord ? », in *Quand la burqa passe à l'Ouest. Enjeux éthiques, politiques et juridiques*, ROY (O.) et KOUSSENS (D.) dir., Coll. « Sciences des religions », Presses universitaires de Rennes, à paraître.

<sup>164</sup> Recommandation 1431 (1999), « Action future du Conseil de l'Europe en matière de protection de l'environnement ».

<sup>165</sup> Recommandation 1614 (2003), « Environnement et droits de l'homme ».

<sup>166</sup> Cour eur. D.H., 2 décembre 2010, *Ivan Atanasov c. Bulgarie*, § 66.

de la Convention européenne des droits de l'homme et devaient rester du ressort exclusif de la Charte sociale européenne et de son système d'engagement «à la carte». Aux fins d'appuyer ce plaidoyer, il rappelait qu'il n'y avait pas eu de soutien politique des États membres, dans le cadre des travaux menés au sein du Comité directeur des droits de l'homme suite à la Recommandation 1415 (1999) de l'Assemblée parlementaire, pour la création d'un protocole additionnel qui étendrait le système de la Convention à certains droits économiques et sociaux<sup>167</sup>. L'argument ne fit pas mouche, que du contraire. Selon la grande chambre, «cette attitude des États membres était accompagnée [...] de la volonté de renforcer le mécanisme de la Charte sociale. Pour la Cour, il s'agit là d'un argument plaçant en faveur de l'existence d'un consensus des États contractants pour faire avancer les droits économiques et sociaux. Rien n'empêche la Cour de prendre en considération cette volonté générale des États contractants lorsqu'elle interprète les dispositions de la Convention»<sup>168</sup>.



L'ambition des lignes qui précèdent doit être bien comprise. Aussi, les conclusions qui sont susceptibles d'en être tirées ne doivent certainement pas être surestimées quant à leur originalité et à leur fermeté. Il s'agissait d'identifier différents paramètres susceptibles d'influencer le « poids » relatif que telle ou telle source externe – *hard* ou *soft* – est susceptible de revêtir vis-à-vis de l'interprétation conventionnelle. L'identification de ces paramètres emprunte elle-même son inspiration à la théorie tridimensionnelle de la validité juridique et, singulièrement, aux catégories de la « légitimité » et de l'« effectivité » que cette théorie met en place. Certaines sources externes sont, en raison de leur auteur, de leur origine ou de leur datation, plus légitimes que d'autres dans leur prétention à exprimer le « consensus européen »

<sup>167</sup> Voy. la réponse du Comité des ministres, adoptée à la 750<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres (18 avril 2001), aux Recommandations 1354 (1998) et 1415 (1999), « Avenir de la Charte sociale européenne » et « Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme relatif aux droits sociaux fondamentaux », CM/Del/Dec(98)645/4.4 et (99)677b/3.1 : « À ce stade, le Comité des ministres n'est en faveur ni de la création d'une cour européenne des droits sociaux ni d'un droit de réclamation individuelle en vertu de la Charte. Il partage l'avis du Comité européen des droits sociaux et du Comité gouvernemental selon lequel il faudrait accorder la priorité à la ratification et la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives et de la Charte sociale européenne révisée. Quant à l'inclusion dans la Convention européenne des droits de l'homme de certains des droits contenus dans la Charte, le Comité des ministres, tout en n'excluant pas cette possibilité à terme, estime qu'il faut mettre l'accent sur la consolidation des mécanismes renforcés de la Charte. Il se réfère à cet égard à sa réponse à la Recommandation 1415 (1999) ».

<sup>168</sup> Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 84.

sur la question en litige. Le poids relatif de l'une ou l'autre source externe sera, par ailleurs, d'autant plus important que la norme qu'elle véhicule est « actualisée », et par là même consolidée, dans la législation et la pratique d'un nombre significatif d'États concernés.

Les prémisses de base ci-avant exposées ont été déclinées en différentes propositions plus concrètes. Ces propositions, dictées par la logique qui inspire l'arrêt *Demir et Baykara*, peuvent, pour certaines d'entre elles, s'appuyer sur l'un ou l'autre *dictum* de la Cour européenne. Toutefois, l'essentiel du travail reste encore à faire pour que l'on puisse parler d'une véritable « méthode ». Et encore faut-il, dès l'abord, avertir des limites que présenterait une telle méthode, à supposer que les tenants et aboutissants en aient été préalablement révélés, explicités et justifiés. L'on se situe en effet dans une logique de « pondération », laquelle est, par essence, réfractaire à tout enfermement dans une formule algébrique qui en rendrait les produits parfaitement prévisibles. D'autres logiques « pondérales » particulièrement prégnantes dans le raisonnement de la Cour se sont d'ores et déjà révélées rebelles à semblable enfermement et, corrélativement, incapables de produire des solutions parfaitement prévisibles. Songeons à la mise en œuvre du principe de proportionnalité ou encore au calibrage de la marge d'appréciation étatique<sup>169</sup>. Il n'y a pas de raisons qu'il en aille différemment s'agissant de la sélection et de la pondération des « sources externes » de l'interprétation conventionnelle. Ici encore, il faudra faire le deuil d'une parfaite prévisibilité. La transparence et la motivation maximales des choix peuvent par contre, et doivent au demeurant, être requises de l'institution strasbourgeoise.

## Conclusion générale

Selon le Juge Rozakis, « the legal system of the Convention is not a watertight, self-sufficient system. It is in constant dialogue with other legal systems [...]. The European Court of Human Rights and its judges do not operate in the splendid isolation of an ivory tower built with material originating

---

<sup>169</sup> Pour des illustrations récentes, voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande* et l'opinion en partie dissidente commune aux Juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi, mais aussi Cour eur. D.H. (gde ch.), 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche* et l'opinion dissidente commune aux Juges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska et Tsotsoria.

solely from the E.C.H.R.'s interpretative inventions or those of the States party to the Convention »<sup>170</sup>.

Le propos date de 2005. Un bon lustre plus tard, les « tendances cosmopolites »<sup>171</sup> de la Cour, ainsi mises en lumière, n'ont nullement été démenties, que du contraire. À dire vrai, la Cour n'a pas simplement relativisé les frontières séparant les ordres juridiques ; c'est la frontière même du droit que sa pratique contemporaine questionne avec insistance lorsque, aux fins d'interprétation de la Convention, elle convoque allègrement des instruments de *soft law*. Faut-il alors aller jusqu'à écrire, à la manière de Sophie Robin-Olivier<sup>172</sup>, « [that] it seems there is no such thing as a distinction between soft and hard law in the case law of [the European Court of Human Rights] » ? La proposition est sans doute excessive si elle va jusqu'à suggérer que les sources externes de l'interprétation conventionnelle – en ce compris celles de droit *soft* – auraient acquis le même statut que la Convention elle-même. Elle est, par contre, aisément vérifiable si elle entend uniquement mettre en lumière le fait que, parmi les sources externes susceptibles de peser sur l'interprétation conventionnelle, il n'y a pas lieu de discriminer le *soft* par rapport au *hard*.

---

<sup>170</sup> ROZAKIS (C.L.), « The european judge as a comparatist », *Tul. Law Review*, 2005, p. 268 et 278.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>172</sup> ROBIN-OLIVIER (S.), « Normative interactions and the development of labour law. A european perspective », *op. cit.*, p. 389.