

philosophiques »³¹⁰⁸. Un tel constat ne saurait toutefois étonner. Le droit comparé reste un instrument entre les mains du juge. Un instrument soumis à son bon vouloir et, pour être plus précis, aux objectifs qu'il se fixe en termes de développement des droits et libertés conventionnels.

SECTION 2 : L'UTILISATION FINALISTE ET OPPORTUNISTE DES SOURCES EXTERIEURES A LA CONVENTION EDH

711. Si « *l'emprunt est souvent créatif* »³¹⁰⁹, « *nulle comparaison n'est faite sans raison* »³¹¹⁰. Comme l'enseigne la jurisprudence strasbourgeoise, lorsque la Cour EDH fait appel à des sources extérieures à la CEDH pour motiver ses décisions, ce n'est effectivement jamais par simple sympathie ou encore parce qu'il est nécessaire d'aller dans le sens de la majorité³¹¹¹. De la même manière, il ne s'agit pas non plus d'adopter aveuglément les vues de ceux que la Cour européenne prend pour exemple³¹¹². Mais alors, quels sont les intentions qui animent le juge de Strasbourg dans sa démarche comparatiste ? Répondre à cette question n'a au fond rien d'évident. On pourrait en effet penser, à première vue, que la prise en considération de toutes ces sources ne répond à aucune politique jurisprudentielle prédéterminée puisque celle-ci a pu aboutir selon les cas à une lecture restrictive³¹¹³ ou, au contraire, extensive du texte conventionnel. La réalité est cependant plus nuancée. A y regarder de plus près, il semble que le recours à ces différents instruments soit tout de même principalement guidé par la recherche d'une interprétation dynamique, constructive et évolutive des droits et libertés garantis par la CEDH et ses protocoles. L'utilisation finaliste

³¹⁰⁸ En ce sens voir G. LEWKOWICZ, « Droits de l'homme, droits du citoyen : les présupposés de la jurisprudence américaine et européenne », in J. ALLARD et al., *Juger les droits de l'homme. Europe et Etats-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 1-44, p. 30.

³¹⁰⁹ A. WATSON, « Aspects of reception of law », *AJCL*, 1994, 44, p. 345.

³¹¹⁰ X. THUNIS, « L'empire de la comparaison », in F. VAN DER MENSBRUGGHE (dir.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur Press univ, 2003, pp. 5-15.

³¹¹¹ Voir en ce sens H. ARENDT, *La crise de la culture*, Paris, Folio, 1972, pp. 307-308, cité par J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in L. HENNEBEL, *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 166 p., p. 88.

³¹¹² *Ibid.*

³¹¹³ La mobilisation des sources externes à la CEDH s'opère parfois – mais rarement – au détriment de la protection des droits fondamentaux, voir par exemple **Cour EDH, Gr. Ch., 21 novembre 2001, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, op. cit.**

des sources externes à la CEDH étant admise, il devient nécessaire de ne pas oublier de penser les limites de la comparaison juridique. L'exposé des motifs strasbourgeois ne permet d'ailleurs pas de passer outre. Comme le laisse percevoir la rédaction de certains arrêts, la mobilisation des sources révèle tout l'opportunisme du juge. A l'instar des autres juges ayant recours au droit comparé, la Cour EDH n'échappe pas à la critique du *cherry picking*, c'est-à-dire à cette pratique consistant à sélectionner à l'étranger les éléments particuliers qui vont l'aider dans sa quête et à laisser ceux qui ne lui paraissent pas aller dans le sens désiré, ou qui sont susceptible d'affaiblir son raisonnement. Pire, il est clairement des décisions où le choix des comparaisons opérées apparaît comme arbitraire.

712. Deux points méritent donc notre attention. Après avoir déterminé dans quelle mesure la combinaison des sources extérieures au texte conventionnel vise à assurer une plus grande effectivité des droits et libertés (§.1), nous nous attacherons à démontrer ce qui conduit à qualifier la pratique de la Cour EDH de sélective (§.2).

§. 1 : Une combinaison des sources au service de l'effectivité des droits

713. Ainsi que le souligne Marie-Claire PONTHEAU, « *les juges peuvent trouver dans le droit étranger un support pour mieux comprendre leur propre droit et ainsi aborder un problème de "manière plus créative ou avec plus de perspicacité"*³¹¹⁴ »³¹¹⁵. En plus « *d'offrir [au juge européen] une vision plus complète des réponses possibles à un problème juridique donné* »³¹¹⁶ et de contribuer à renforcer l'exposé des motifs strasbourgeois, l'appel aux sources extérieures à la CEDH va donc permettre à la Cour EDH de faire évoluer la protection des droits et libertés garantis par le texte conventionnel afin de les faire correspondre aux attentes sans cesse renouvelées de la société démocratique européenne. Il s'agit alors pour la juridiction strasbourgeoise d'œuvrer à la modernisation des droits et libertés conventionnels (A) ou, de façon plus spécifique mais toujours dans cette même optique, de procéder à un revirement de jurisprudence (B).

³¹¹⁴ M-C. PONTHEAU renvoie ici à A-M. SLAUGHTER, « A global community of courts », *Harvard International Law Journal*, vol 44., 2003, p. 201.

³¹¹⁵ M-C. PONTHEAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, n° 1, pp. 7-27, p. 21

³¹¹⁶ *Ibid.*, p. 22.

A- La « modernisation » des droits et libertés

714. La lecture du corpus prétorien de la Cour EDH est révélatrice. La Cour a su créer une réelle synergie entre les différentes sources européennes, nationales et internationales qu'elle utilise pour motiver ses décisions. Et cette synergie, elle l'a mise au service de la justification du développement des droits et libertés conventionnels. Un développement qui va principalement passer par l'extension du champ d'application de certaines notions conventionnelles. A côté de la technique de l'interprétation autonome³¹¹⁷ qui constitue un préalable au développement du contenu de certains droits et libertés garantis par la CEDH, l'option méthodologique du droit comparé va également permettre à la Cour d'œuvrer à la consécration nouvelle « *de certains "aspects" de droits déjà garantis ou [à] la qualification de certaines situations comme rentrant dans le champ d'application de droits inscrits dans la Convention* »³¹¹⁸.

715. L'arrêt *D. H c/ République Tchèque* est à cet égard topique³¹¹⁹. Confrontée à la question de savoir si les mesures de placement d'enfants d'origine rom dans des écoles spéciales destinées aux enfants atteints de déficiences intellectuelles et ne pouvant suivre un cursus scolaire ordinaire était constitutif d'une discrimination, la Cour EDH va mobiliser un raisonnement juridique très largement fondé sur le droit communautaire mais aussi le droit international. L'objectif étant ici de faire doublement « *entrer le droit à la non discrimination, au sens de l'article 14, dans la modernité* »³¹²⁰. Pour commencer, la juridiction strasbourgeoise va non seulement rappeler que les discriminations directes sont prohibées, mais aussi affirmer expressément³¹²¹ qu'il en va de même des discriminations indirectes³¹²².

³¹¹⁷ Sur l'interprétation autonome, voir *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §. 2, 2), paragraphes n° 319 et s.

³¹¹⁸ M. MELCHIOR, « Notions « vagues » ou « indéterminées » et « lacunes » dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymans Verlag K.G., 1988, pp. 411-419, p. 416. – Sur le fait qu'il ne s'agit pas ici de création de nouveaux droits dans la mesure où les « extensions » consacrées par la Cour EDH sont toujours rattachées au texte conventionnel ou à ses protocoles, voir aussi Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §. 2, A), paragraphes n° 108 et s.

³¹¹⁹ **Cour EDH, Gr. Ch., 13 novembre 2007, D.H. c/ République Tchèque, req. n° 57325/00** ; comm. E. DUBOUT, *RTDH*, 2008, n° 75, pp. 821-856

³¹²⁰ F. SUDRE, commentaires sous l'arrêt de la Cour EDH du 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge, GACEDH*, Paris, 6^e éd, 2011, n° 9, pp. 95-109, p. 104.

³¹²¹ La Cour EDH avait pour la première fois constaté l'existence d'une discrimination indirecte – sans en employer les termes – dans l'arrêt Cour EDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c/ Malte*, req.n° 17209/02, Rec. 2006-VIII. Cet arrêt était déjà très largement inspiré de la jurisprudence communautaire.

³¹²² §. 175 de l'arrêt *D.H* précité : peut « être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe ».

Renvoyant expressément au droit communautaire, en particulier à la directive 2000/43/CE qui définit ces deux types de discrimination, l'influence de ce dernier ne peut donc être passée sous silence. Il en va d'autant plus ainsi que la Cour EDH rejoint la CJCE qui reconnaît ce type de discrimination depuis 1974³¹²³. C'est en suivant une nouvelle fois les enseignements du droit communautaire, que le juge de Strasbourg va décider de procéder au renversement de la charge de la preuve en abandonnant le critère de l'intentionnalité et en ayant recours – conformément à la pratique de la juridiction luxembourgeoise³¹²⁴ – aux statistiques³¹²⁵.

716. De même, c'est en s'aidant de la Charte sociale européenne et de la pratique du Comité européen pour les droits sociaux que la Cour EDH va faire prendre de l'ampleur à l'article 11 de la CEDH.

En effet, après avoir longtemps refusé de faire entrer dans le champ d'application de l'article 11 protégeant la liberté syndicale, des droits collectifs³¹²⁶, la juridiction strasbourgeoise a saisi l'occasion présentée par l'arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson c/ Islande* de 1993 pour consacrer – en se fondant largement sur la pratique du Comité d'experts indépendants – le droit de ne pas adhérer à un syndicat ou à une organisation professionnelle et ce, en tant que composante du droit d'association négatif³¹²⁷.

Pareillement, c'est en prenant appui à la fois sur le PIDESC, la Convention OIT et l'article 6 de la CSE, que la Cour EDH a implicitement reconnu, dans l'arrêt *Gustafsson c/ Suède*, le droit de négociation collective en tant qu'élément constitutif du droit syndical³¹²⁸.

En outre, c'est en faisant directement appel à ladite Charte que les affaires *Sorensen et Rasmussen*, *Demir et Baykara* ou encore *Enerji Yapi Yol Sen* offrent respectivement au juge de Strasbourg l'occasion de rattacher au droit d'association négatif un droit à la liberté de ne pas se syndiquer³¹²⁹, de procéder à un revirement de jurisprudence en reconnaissant le droit à

³¹²³ CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. C-152/73. L'arrêt *Sotgiu* est expressément cité par la Cour EDH dans la partie consacrée au « Droit et à la pratique communautaire pertinents », §. 86.

³¹²⁴ Voir notamment l'arrêt de la CJCE, 9 février 1999, *Regina c/ Secretary of State for Employment ex parte Nicole Seymour-Smith et Laura Perez*, aff. C-167/97, cité par la Cour EDH au §. 88.

³¹²⁵ Sur le recours aux statistiques, voir *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, §. 2, B) de la présente thèse, paragraphes n° 802 et s.

³¹²⁶ Cour EDH, (plén.), 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, req. n° 4464/70, série A n° 19 : refus de reconnaître le droit à la consultation syndicale ; comm. R. PELLOUX, *AFDI*, 1976, n° 22, pp. 120-127. – Cour EDH, 6 février 1976, *Schmidt et Dahlström c/ Suède*, req. n° 5589/72, série A n° 21 : refus de reconnaître le droit à la négociation, à la conclusion de convention collective et le droit de grève.

³¹²⁷ Cour EDH, 30 juin 1996, *Sigurdur A. Sigurjonsson c/ Islande*, req. n° 16130/90, série A n° 264.

³¹²⁸ **Cour EDH, Gr. Ch., 25 avril 1996, *Gustafsson c/ Suède*, req. n° 15573/89, Rec. 1996-II** ; chron. J.F. FLAUSS, *AJDA*, 1997, n° 12, pp. 977-989.

³¹²⁹ **Cour EDH, Gr. Ch., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, req. n° 52562/99 et 52620/99, Rec. 2006-I** ; chron. J.P. MARGUENAUD et J. MOULY, *Droit social*, 2006, n° 11, pp. 1022-1025.

la négociation collective³¹³⁰ et enfin de consacrer pour la première fois le droit de grève au rang de droit protégé par le droit européen des droits de l'homme³¹³¹.

Témoigne enfin de la synergie entre CEDH et CSE au service de l'amplification de la protection européenne du salarié³¹³², la consécration par les arrêts *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*³¹³³ et *Rainys et Gasparavicius c/ Lituanie*³¹³⁴, du droit de gagner sa vie par le travail. Comme l'expliquent Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY, ces deux affaires dans lesquelles la « *Cour attache expressément un poids particulier à l'article 1§2 de la Charte sociale européenne* »³¹³⁵, montrent « *de manière éclatante que la CSE, après avoir longtemps exercé un "effet inhibiteur" conduisant à exclure toute intrusion de la CEDH dans les domaines qu'elle occupait symboliquement, est désormais dotée d'un "effet stimulant" permettant de donner une interprétation sociale aux droits consacrés par la CEDH* »³¹³⁶.

717. De la même façon, l'arrêt *Leyla Sahin* de 2005 donne l'occasion à la Cour EDH de se référer à la Recommandation (93)3 du Comité des ministres sur l'accès à l'enseignement supérieur et à la Recommandation 1353(1998) de l'Assemblée parlementaire relative à l'accès des minorités à l'enseignement supérieur qui soulignent le rôle essentiel et l'importance du droit à l'accès à l'enseignement dans la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales³¹³⁷. En considération de ces textes, elle conclura alors que « *dans une société démocratique le droit à l'instruction, indispensable à la réalisation des droits de l'homme, occupe une place si fondamentale qu'une interprétation restrictive de la première phrase de l'article 2 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition* »³¹³⁸.

³¹³⁰ Cour EDH, Gr. Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, op. cit. ; chron. J.P. MARGUENAUD et J. MOULY, *Dalloz*, 2009, n° 11, pp. 739-744. Chron. D. SZYMCAK, *JCP A*, 2009, n° 30, 2189.

³¹³¹ Cour EDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi-Sol Sen c/ Turquie*, req. n° 68959/01 ; comm. J.P. MARGUENAUD, *Revue de droit du travail*, 2009, pp. 499 et s. Comme l'explique cet auteur, il s'agit ici d'un « *revirement qui ne dit pas son nom* », la Cour ne nomme pas explicitement la reconnaissance d'un tel droit, mais il s'agit tout de même d'une reconnaissance en ce qu'elle assimile le droit de grève au droit de négociation collective.

³¹³² En ce sens, voir A. CARILLON, *Les sources européennes des droits de l'homme salarié*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 562 p., spéc. pp. 405 et s.

³¹³³ Cour EDH, 27 juillet 2004, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, req. n° 55480/00 et al., Rec. 2004-VIII ; chron. F. SUDRE et al., *RDP*, 2005, n° 3, pp. 755-831.

³¹³⁴ Cour EDH, 7 avril 2005, *Rainys et Gasparavicius c/ Lituanie*, req. n° 70665/01 et al.

³¹³⁵ J.P. MARGUENAUD et J. MOULY, « *Les incursions de la Cour EDH en droit du travail : une œuvre en demi-teinte* », *Revue de droit du travail*, 2008, pp. 16 et s.

³¹³⁶ *Ibid.*

³¹³⁷ Cour EDH, Gr. Ch., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 44774/98, Rec. 2005-XI, §. 136 ; comm. L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, *RTDH*, 2006, n° 66, pp. 183-215.

³¹³⁸ *Ibid.*, §. 137.

718. On fera mention pour conclure de la jurisprudence relative au droit de vivre dans un environnement sain. Droit que la Cour EDH a dégagé des articles 2³¹³⁹ et 8³¹⁴⁰ de la CEDH et continue de sauvegarder en s'inspirant très largement de la protection prévue par différents textes internationaux et européens³¹⁴¹ comme en atteste très clairement l'arrêt *Tatar c/ Roumanie*. Dans cette affaire initiée par les riverains d'installations polluantes à l'origine d'un très grand accident écologique, la Cour EDH fait la part belle à l'option méthodologique du droit comparé. Après avoir rappelé le « *droit et la pratique internationaux pertinents* » en début d'arrêt, la Cour va en effet faire appel aux principes n° 21 de la Déclaration de Stockholm et n° 14 de la Déclaration de Rio pour mettre l'accent sur le « *devoir général des autorités de décourager et prévenir les transferts dans d'autres Etats de substances qui provoquent une grave détérioration de l'environnement* »³¹⁴². Le §. 118 de la motivation est également intéressante, la Cour européenne rappelant qu' « *au niveau international, (...), l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement sont consacrés par la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, ratifiée par la Roumanie le 22 mai 2000 (voir p. 23, c). Dans le même sens, la Résolution no 1430/2005 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les risques industriels renforce, entre autres, le devoir pour les États membres d'améliorer la diffusion d'informations dans ce domaine (voir p. 25, f)* ». Cela étant, et *a contrario*, l'existence de textes internationaux spécifiques semble justifier le refus de la Cour EDH de consacrer un droit de l'environnement au sens de la CEDH³¹⁴³. La référence aux sources externes à la CEDH justifie donc cette fois la frilosité du juge européen.

719. L'utilisation des sources extérieures à la CEDH est à l'évidence très utile pour la Cour EDH³¹⁴⁴. Grâce à elle, le droit européen des droits de l'homme va investir de

³¹³⁹ Cour EDH, Gr. Ch., 30 novembre 2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, req. n° 48939/99, Rec. 2004-XII ; chron. F. SUDRE et al., *RDP*, 2005, n° 3, pp. 755-831.

³¹⁴⁰ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, req. n° 16798/90, série A n° 303-C ; *GACEDH*, 6^e éd., pp. 30-39, n° 3.

³¹⁴¹ Voir par exemple Cour EDH, 10 novembre 2004, *Taskin et al. c/ Turquie*, req. n° 46117/99, Rec. 2004-X, §§. 98-100 : « *B- Les textes internationaux pertinents concernant le droit à l'environnement* ». La Cour EDH se fonde sur la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, la Convention d'Aarhus mais aussi la Recommandation 1614(2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe concernant l'environnement et les droits de l'homme ; note P. TAVERNIER, *JDI*, 2005, n° 2, pp. 525-527.

³¹⁴² Cour EDH, 27 janvier 2009, *Tatar c/ Roumanie*, req. n° 67021/01, §. 111 ; comm. A. POMADE, *RTDE*, 2010, n° 2, pp. 333-345.

³¹⁴³ Cour EDH, 22 mai 2005, *Kyrtatos c/ Grèce*, req. n° 41666/98, Rec. 2003-VI, §. 52 : « *ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; d'autres instruments internationaux et législations internes sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier* » ; comm. Y. WINISDOERFFER, *RJE*, 2004, n° 2, pp. 171-175.

³¹⁴⁴ On aurait très bien pu citer d'autres exemples comme la consécration du droit à la protection des données à caractère personnel (voir en ce sens Cour EDH, Gr. Ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*,

nouveaux terrains et, par là même, gagner en force. Elle va également fonder la volonté de la Cour EDH de procéder à un revirement de jurisprudence.

B- Le revirement de jurisprudence

720. Si la Cour EDH a pendant longtemps passé sous silence sa volonté de renverser sa jurisprudence, il en va différemment depuis quelques années. Soucieuse de rendre ses décisions plus claires et, par là même, plus facilement acceptables, la juridiction de Strasbourg s'est engagée dans une plus grande justification et une plus grande explication de ses choix³¹⁴⁵. Une volonté de transparence et un désir de persuader qui va conduire la Cour à afficher sans complexe les raisons – en l'occurrence ici les instruments juridiques – qui viennent directement fonder, ou simplement renforcer, le choix de la Cour européenne de revenir sur une position le plus souvent bien établie.

721. C'est ainsi qu'il faut relever la tendance de la Cour EDH à chercher l'appui du droit communautaire, en particulier de la jurisprudence de la CJCE, quand elle procède à un revirement de jurisprudence.

Les arrêts *Pellegrin c/ France*³¹⁴⁶ et *Micallef c/ Malte*³¹⁴⁷ sont topiques. C'est en effet en s'appuyant sur la jurisprudence de la CJCE que le juge de Strasbourg a respectivement choisi d'adopter un critère fonctionnel fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités

req. n° 30562/04 et 30566/04, Rec. 2008, §§. 41-44 : « *Textes du Conseil de l'Europe* », §§. 47-49 : « *B- Le droit et la pratique dans les Etats membres du Conseil de l'Europe* », §§. 50-53 « *L'Union européenne* », §. 54 « *La jurisprudence dans d'autres pays* », §. 55 : « *Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant* » ; chron. F. SUDRE, *JCP G.*, 2009, n° 3, pp. 27-32. Voir surtout le §. 107 de la motivation : « *la Cour procédera à son examen en tenant dûment compte des instruments pertinents du Conseil de l'Europe et du droit et de la pratique en vigueur dans les autres Etats contractants* », ou encore le droit à la protection de la santé du détenu (voir par exemple Cour EDH, 18 décembre 2007, *Dybeku c/ Albanie*, req. n° 41153/06. La Cour EDH va conclure à la violation de l'article 3 en raison du fait que la nature de l'état psychologique de M. Dybeku le rendait plus vulnérable que le détenu moyen et que sa détention avait pu aggraver son sentiment de détresse, d'angoisse et de peur. La Cour EDH condamne aussi le fait que l'Etat ne s'est pas conformé aux recommandations du Conseil de l'Europe sur le traitement des prisonniers atteints de maladies mentales. – Voir également parmi d'autres Cour EDH, 16 octobre 2008, *Renolde c/ France*, req. n° 5608/05, Rec. 2008, qui s'appuie sur de nombreuses Recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ; note E. DECAUX, *JDI*, 2009, n° 3, pp. 1018-1020).

³¹⁴⁵ Pour plus de détails sur le revirement de jurisprudence, voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §. 1, C), paragraphes n° 172.

³¹⁴⁶ **Cour EDH, Gr. Ch., 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, req. n° 28541/95, Rec. 1999-VIII ; *GACEDH*, 4^e éd., paragraphe n° 22.**

³¹⁴⁷ **Cour EDH, Gr. Ch., 15 octobre 2009, *Micallef c/ Malte*, req. n° 17056/06, §. 50 ; chron. E. DECAUX, *JDI*, 2010, n° 3, pp. 974-976.**

exercées par l'agent public pour déterminer l'applicabilité de l'article 6§1 à ces derniers³¹⁴⁸, et a considéré que les mesures provisoires doivent s'entourer des garanties d'équité de la procédure notamment le droit d'être entendu³¹⁴⁹.

Dans le même ordre d'idées, c'est en s'appuyant très largement sur l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE que la Cour EDH va décider dans l'arrêt *Vilho Eskelinen et al. c/ Finlande*³¹⁵⁰ de revenir sur la jurisprudence *Pellegrin* et, par là même, d'opter pour un nouveau critère d'applicabilité de l'article 6§1 de la CEDH, à savoir l'accès à un tribunal en droit interne³¹⁵¹. Le droit communautaire vient donc, une nouvelle fois, étayer et consolider la motivation particulièrement explicite de la juridiction strasbourgeoise.

722. L'association de la Charte sociale européenne et de certaines Conventions de l'OIT a également conduit la Cour EDH à faire évoluer sa jurisprudence. C'est l'hypothèse ici de l'arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie* où la Grande Chambre décide de rompre avec la jurisprudence antérieure selon laquelle l'article 11 de la CEDH ne garantit pas à un syndicat le droit de conclure une convention collective³¹⁵². Pour admettre que des fonctionnaires municipaux ne sauraient être assimilés à des membres de l'administration d'Etat au sens de l'article 11, la Cour EDH va se fonder sur de très nombreuses sources européennes³¹⁵³, communautaires³¹⁵⁴ mais aussi internationales³¹⁵⁵. De cette importante combinaison

³¹⁴⁸ **Cour EDH, Gr. Ch., 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France, op. cit.*, §. 64.** La Cour EDH s'aligne sur la jurisprudence de la CJCE dans l'arrêt du 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, Rec. p. 3881, qui considérait que la dérogation au principe de libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté pour les emplois dans l'administration publique ne concernait que les emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques et qui supposent de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité avec l'Etat.

³¹⁴⁹ **Cour EDH, Gr. Ch., 15 octobre 2009, *Micallef c/ Malte, op. cit.*, §. 78 :** « ainsi que le montre la jurisprudence de la CJCE, celle-ci [la Cour] considère que les mesures provisoires doivent s'entourer des garanties d'équité de la procédure, notamment le droit d'être entendu ».

³¹⁵⁰ **Cour EDH, Gr. Ch., 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et al. c/ Finlande*, req. n° 63235/00, Rec. 2007 ;** comm. J. VAN COMPERNOLLE, *RTDH*, 2008, n° 76, pp. 1125-1137.

³¹⁵¹ **Cour EDH, Gr. Ch., 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et al. c/ Finlande, op. cit.*** La Cour EDH remarque que la jurisprudence *Pellegrin* qui établit une distinction entre fonctionnaire de gestion et fonctionnaire d'autorité n'est guère pertinente pour déterminer les garanties procédurales applicables aux agents publics. La Cour EDH va donc renoncer au critère fonctionnel. Une telle jurisprudence conduisait à des anomalies puisque l'article 6 était applicable à certains fonctionnaires et non à d'autres. Se fondant sur le droit à la non discrimination, la Cour va donc retenir ce nouveau critère. Cette présomption d'applicabilité de l'article 6 est toutefois écartée si 2 conditions cumulatives sont remplies : le droit interne doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question, l'Etat doit par ailleurs démontrer que l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial de confiance et de loyauté entre l'agent et l'Etat employeur.

³¹⁵² **Cour EDH, Gr. Ch., 12 décembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97, §. 67 ;** chron. F. SUDRE, *JCP G.*, 2009, pp. 30-33. Chron. D. SZYMCZAK, *JCP A*, 2009, n° 30, 2189.

³¹⁵³ Dont, à titre principal, l'article 5 de la Charte sociale européenne, mais aussi la Recommandation R. (2000) 6 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le statut des agents publics en Europe

³¹⁵⁴ Par exemple l'article 12§1 de la Charte des droits fondamentaux.

d'instruments juridiques auxquels la Turquie n'a pas toujours adhéré³¹⁵⁶ elle conclut à l'existence d'un consensus. Au-delà, c'est à la vérification du respect par la Turquie des engagements souscrits au titre des Conventions n° 87 et n° 98 de l'Organisation internationale du travail que la Cour va procéder. C'est dans cette optique qu'elle vient alors condamner l'inertie du législateur qui, pendant huit années, n'a pas su donner effet à la ratification de ladite Convention dans l'ordre juridique interne. Le Cour EDH remet par ailleurs en cause le fait que la Cour de cassation ne se soit pas livrée à une interprétation conforme du droit interne. Concernant plus spécifiquement la convention n° 98, la Cour condamne l'abstention du législateur national, celui-ci ayant refusé de prendre les mesures d'application d'un engagement international souscrit depuis plusieurs décennies. Refus qui a finalement conduit à l'annulation rétroactive d'une convention collective par les juridictions turques, ce que ne permet pas l'article 11 de la CEDH tel qu'interprété désormais par la Cour.

723. De façon encore plus large, la Cour EDH n'a pas hésité à se référer à tous les instruments internationaux, communautaires et même nationaux, consacrant le principe *non bis in idem* afin de conclure à la violation de l'article 4§1 du Protocole 7 et, procéder, par là même, à un revirement de jurisprudence. Comme l'explique Damien ROETS, « *jusqu'à l'arrêt ici commenté [l'arrêt Zolotoukhine c/ Russie]³¹⁵⁷, (...), l'interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme du principe non bis in idem était – c'est presque un euphémisme – "peu visible", tiraillée entre une approche protectrice, axée sur le "même comportement" (idem factuel) interdisant de nouvelles poursuites pour les mêmes faits, une approche littérale, axée sur la "même infraction" (idem légal) autorisant de nouvelles poursuites pour les mêmes faits sous une autre qualification juridique en cas de concours idéal d'infractions, mais à la condition que les deux infractions successivement poursuivies diffèrent dans leurs "éléments essentiels" »³¹⁵⁸. Comme le montre la partie de l'arrêt consacrée au « *droit international et au droit comparé pertinents* », mais aussi et surtout l'exposé des motifs, l'évolution de la position de la Cour EDH est très largement fondée sur la combinaison de différentes sources étrangères à la CEDH. Le §.79 de la motivation*

³¹⁵⁵ Comme l'article 22 du Pacte international des droits civils et politiques ; l'article 8 (2) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; les Conventions n° 87 et 98 de l'Organisation internationale du travail sur la liberté syndicale et plus spécialement les positions adoptées respectivement par la Commission d'experts de l'OIT.

³¹⁵⁶ C'est le cas de l'article 5 de la CSE. On ajoutera que la Turquie n'est pas membre de l'Union européenne. – Sur la pratique critiquable du droit comparé, voir *infra* le §.2 de cette même Section, paragraphes n° 726 et s.

³¹⁵⁷ **Cour EDH, Gr. Ch., 12 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c/ Russie, req. n° 14939/03, Rec. 2009** ; note E. DECAUX, *JDI*, 2010, n° 3, pp. 985-988.

³¹⁵⁸ D. ROETS, commentaires de l'arrêt *Zolotoukhine c/ Russie*, *RSC*, 2009, pp. 675 et s.

strasbourgeoise est particulièrement éclairant. Selon celui-ci, « *l'analyse des instruments internationaux qui consacrent le principe non bis in idem sous une forme ou une autre révèle la variété des formules employées* », les uns se référant à la « même infraction » tandis que les autres parlent plutôt de « mêmes faits »³¹⁵⁹. De la même façon, c'est en prenant appui sur les jurisprudences de la CJCE et de la Cour IADH qui plaident en faveur d'une plus grande protection découlant de « *l'approche fondée strictement sur l'identité de faits matériels* »³¹⁶⁰, que le juge de Strasbourg va estimer que « *l'emploi du terme "infraction" à l'article 4 du Protocole n° 7 ne saurait justifier l'adhésion à une approche plus restrictive* »³¹⁶¹, d'autant plus que la Convention, en tant qu' « *instrument vivant* », « *doit être interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoire* »³¹⁶² mais aussi « *à la lumière des conditions actuelles* »³¹⁶³. Partant de là, elle conclut que « *l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes* »³¹⁶⁴.

724. Pour terminer sur ce point, on ne manquera pas de mentionner l'arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni*³¹⁶⁵ dans lequel la Cour EDH n'a pas eu de difficulté à faire appel à la jurisprudence de certains Etats tiers au Conseil de l'Europe pour déterminer l'existence d'une « *tendance internationale en faveur de la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés* »³¹⁶⁶, et mettre ce faisant à la charge de l'Etat une obligation positive de rectifier l'état civil de l'intéressé. Ceci, alors même que la Cour européenne avait admis quelques lignes plus haut, l'absence de démarche commune à ce propos. Autant dire

³¹⁵⁹ §. 79 de l'arrêt : « *ainsi, l'article 4 du Protocole no 7 à la Convention, l'article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par les Nations unies et l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se réfèrent à la « [même] infraction » (« [same] offence »), la Convention américaine des droits de l'homme parle des « mêmes faits » (« same cause »), la Convention d'application de l'accord de Schengen emploie les termes « mêmes faits » (« same acts ») et le Statut de la Cour pénale internationale utilise quant à lui l'expression « [mêmes] actes » (« [same] conduct ») ».*

³¹⁶⁰ §. 79 de l'arrêt : « *la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont attaché de l'importance à la différence entre la formule « mêmes faits » (« same acts » ou « same cause »), d'une part, et l'expression « [même] infraction » (« same offence »), d'autre part, lorsqu'elles ont décidé d'adopter l'approche fondée strictement sur l'identité des faits matériels et de ne pas retenir la qualification juridique de ces faits comme critère pertinent. Ce faisant, les deux juridictions ont souligné qu'une telle approche serait favorable à l'auteur de l'acte en cause qui saurait que, une fois reconnu coupable et sa peine purgée ou une fois relaxé, il n'aurait plus à craindre de nouvelles poursuites pour les mêmes faits ».*

³¹⁶¹ §. 80 de l'arrêt.

³¹⁶² *Ibid.*

³¹⁶³ *Ibid.*

³¹⁶⁴ §. 82.

³¹⁶⁵ Voir aussi **Cour EDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, Rec. 2002-VI ; *GACEDH*, 6^e éd., pp. 497-505, n°45.**

³¹⁶⁶ §. 85 de l'arrêt.

que la volonté de la Cour EDH de faire évoluer la protection des droits des transsexuels prend ici le pas sur toutes autres considérations et révèle, ce faisant, tout l'opportunisme dont celle-ci peut parfois faire preuve. Un opportunisme qui pourra facilement être taxé d'arbitraire lorsque la prise en compte des sources étrangères à la CEDH apparaît comme sélective.

§. 2 : Une pratique sélective des sources révélant tout l'arbitraire du juge

725. Dans son article consacré aux références croisées, Ludovic HENNEBEL a mis en avant le fait que la Cour interaméricaine des droits de l'homme utilisait « *parfois la technique du référencement croisé de manière erronée ou superfétatoire* » ; « *l'erreur consist[ant] à se référer à une jurisprudence dépassée car elle a fait l'objet d'un revirement alors que la référence superfétatoire, qui n'est pas nécessairement volontaire, consiste pour la Cour interaméricaine à préférer un référencement croisé alors qu'un autoréférencement aurait été préférable* »³¹⁶⁷. Et aussi l'utilisation par la Cour EDH des sources étrangères à la CEDH connaît des limites. Le juge européen peut choisir de faire appel à certains instruments internationaux ou à certaines jurisprudences parce que ceux-ci vont dans le sens qu'il souhaite adopter et, dans le même temps, faire abstraction d'autres références possibles qui lui auraient pourtant permis de développer une interprétation dynamique de la Convention. Selon nous, cette pratique sélective des sources extérieures au texte conventionnel emprunte, au sein de la motivation, principalement trois directions. Soit que la Cour cherche à justifier son raisonnement en accordant, de façon critiquable, une préférence à certaines d'entre elles (A). Soit qu'elle écarte certaines références parce que celles-ci vont précisément à l'encontre de la direction qu'elle entend prendre (B). Ou bien, que par oubli ou inadvertance, elle n'en fasse tout simplement pas mention (C).

³¹⁶⁷ L. HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », in J. ALLARD, B. FRYDMAN et L. HENNEBEL, *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-76, p. 71 ?

A- La préférence critiquable accordée à certaines sources pour justifier le raisonnement choisi par la Cour EDH

726. Parmi les premières manifestations de cette pratique sélective des sources figurent les hypothèses dans lesquelles la Cour EDH va accorder une place prépondérante à la *soft law* du Conseil de l'Europe.

727. Il en va ainsi dans l'arrêt *Emonet c/ Suisse*³¹⁶⁸, où la Cour EDH, amenée à se prononcer sur les conséquences en matière de filiation de l'adoption d'un majeur par des concubins dont l'un est le parent biologique dudit majeur, va donner la préférence – au sein du droit du Conseil de l'Europe – à une disposition de *soft law* alors qu'elle aurait pu centrer son raisonnement sur une des stipulations de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants, en vigueur dans de nombreux Etats membres, et dont la force contraignante ne fait quant à elle pas de doute.

728. C'est également ce qui ressort de l'arrêt *Sejdic et Finci c/ Bosnie-Herzégovine*³¹⁶⁹ dans lequel la juridiction strasbourgeoise semble accorder une place importante aux avis et recommandations adoptés par la Commission de Venise – qui plaident en faveur d'une modification du droit interne en faveur de l'élimination de toute discrimination – afin de trancher la question de savoir si l'exclusion de candidats relevant des minorités juives et roms aux élections est constitutive d'une violation des articles 14 et 1 Protocole 12 de la CEDH.

729. Plus critiquable encore est l'arrêt *Ivan Atanasov c/ Bulgarie*³¹⁷⁰ où la justification de l'existence d'un consensus européen apparaît en réalité insuffisante pour « peser efficacement dans le sens de telle ou telle évolution de l'interprétation conventionnelle »³¹⁷¹. Dans cette affaire, la Cour EDH se fonde en effet sur deux recommandations adoptées en 1999 et en 2003 par l'Assemblée parlementaire pour déterminer l'existence d'un consensus européen en faveur du caractère limité de la protection environnementale alors que ces deux recommandations, dans lesquelles l'Assemblée parlementaire demandait au Comité des

³¹⁶⁸ Cour EDH, 13 décembre 2007, *Emonet et al. c/ Suisse*, req. n° 39051/03 ; note J.P. MARGUENAUD, *RTD. CIV.*, 2008, pp. 255-257.

³¹⁶⁹ Cour EDH, Gr. Ch., 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c/ Bosnie-Herzégovine*, req. n° 27996/06 et 34836/06 ; comm. Ph. WECKEL, *RGDIP*, 2010, n° 1, pp. 204-212.

³¹⁷⁰ Cour EDH, 2 décembre 2010, *Ivan Atanasov c/ Bulgarie*, req. n° 12853/03.

³¹⁷¹ F. TULKENS S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le *soft law* et la Cour EDH : questions de légitimité et de méthode », *RTDH*, 2012, n° 91, pp. 433-489, p. 485.

ministres du Conseil de l'Europe d'adopter un nouveau protocole additionnel à la CEDH sur le droit de tout individu à un environnement sain, ne furent pas suivies d'effet.

730. Mais ce ne sont pas là les exemples les plus troublants. L'arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie*³¹⁷² permet de réaliser toute l'instrumentalisation des sources par le juge européen. Comme a pu le dénoncer la doctrine, il est pour le moins déroutant que la Cour EDH accorde à l'article 6 de la CSE une place prépondérante alors même que pour celui-ci l'Etat turc a expressément refusé de s'engager. Cette référence précise à la Charte est donc ici particulièrement contestable. Contrairement aux dispositions de la CEDH qui sont contraignantes et d'applicabilité directe, l'article 6 de la CSE dont la Cour EDH se sert pour interpréter l'article 11 de la CEDH et y déduire l'existence d'un droit de négociation collective, est dépourvu de caractère contraignant³¹⁷³. En optant pour une telle méthodologie de raisonnement, la juridiction strasbourgeoise s'oriente par ailleurs vers une réécriture de l'article 11 de la Convention qui va conduire à faire peser sur la Turquie de nouveaux engagements.

731. On fera ensuite mention du raisonnement adopté à l'occasion de l'arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni*³¹⁷⁴. Désireux de répondre positivement à la question de savoir s'il était possible de reconnaître le droit au mariage aux transsexuels. Le juge s'est en effet engagé dans une motivation qui n'est pas sans suscité la critique. Tout d'abord, celui-ci fait totalement fi de l'absence de consensus en la matière. Ensuite, et c'est là ce qui nous intéresse, la réécriture de l'article 12 de la CEDH à laquelle il procède s'appuie exclusivement sur l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais une telle référence n'apparaît pas pertinente. Si l'article 9 de la Charte ne fait effectivement pas mention de l'homme et de la femme – ce qui précisément pose problème dans l'article 12 de la CEDH – il faut alors considérer que celui-ci « ouvre implicitement mais certainement la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe »³¹⁷⁵. Or, ce n'est vraisemblablement pas l'objectif auquel la Cour EDH souhaite parvenir. Dans l'arrêt *Goodwin*, la Cour entend conserver la différence de sexe comme condition du mariage. Elle

³¹⁷² Cour EDH, Gr. Ch., 12 décembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97, §. 67 ; chron. F. SUDRE, *JCP G.*, 2009, pp. 30-33. Chron. D. SZYMCAK, *JCP A*, 2009, n° 30, 2189.

³¹⁷³ Voir notamment F. SUDRE, « L'interprétation constructive de la liberté syndicale au sens de l'article 11 de la CEDH », *JCP G.*, 2009, n° 5, pp. 30-33.

³¹⁷⁴ Cour EDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, op. cit.

³¹⁷⁵ P. MURAT, « Article II-69, Droit de se marier », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOT, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, tome 2, p. 105.

condamne alors simplement « *la primauté de la biologie comme critère d'attribution d'un sexe donné* »³¹⁷⁶. La mobilisation de la Charte – dont on rappellera qu'à l'époque celle-ci était dépourvue de toute valeur juridique obligatoire – semble donc ici uniquement justifiée par la volonté de la Cour EDH d'étendre le champ d'application du droit au mariage.

732. Pour conclure, mais nous ne prétendons pas à l'exhaustivité, citons l'arrêt *G.N c/ Italie*³¹⁷⁷. En l'espèce, les requérants se plaignaient du fait de ne pas avoir pu bénéficier de règlements amiables à la suite de leur contamination et ce, à la différence des hémophiles. Ils alléguaient alors être victimes d'une discrimination. Afin de justifier le constat selon lequel l'article 14 interdit toute discrimination fondée sur l'état de santé, le handicap ou les caractéristiques génétiques³¹⁷⁸, la Cour choisit de se fonder – là encore exclusivement (en dehors bien évidemment de sa propre jurisprudence) – sur l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui prohibe effectivement les discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques ou encore sur le handicap. Or, il est permis de se demander si un tel renvoi était nécessaire. En effet, n'est-il pas bien établi dans la jurisprudence strasbourgeoise que la liste des motifs de distinction énumérée à l'article 14 de la CEDH n'est pas exhaustive³¹⁷⁹ ? La jurisprudence antérieure de la Cour EDH, par le biais notamment de l'arrêt *Glor*³¹⁸⁰, ne témoigne-t-elle pas par ailleurs du caractère superficiel de ce renvoi ?

733. A l'évidence, la Cour européenne fait preuve d'un réel opportunisme qui ne peut conduire la motivation à remplir sa fonction première, à savoir légitimer l'office du juge mais aussi ce qu'il en ressort, c'est-à-dire la décision finalement adoptée. Un opportunisme que l'on va retrouver lorsque le juge va volontairement écarter certaines sources étrangères à la CEDH parce que celles-ci seraient susceptibles d'affaiblir son raisonnement juridique et, par là même, la solution de droit recherchée.

³¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 160.

³¹⁷⁷ Cour EDH, 1 décembre 2009, *G.N. c/ Italie*, req. n° 43134/05 ; zoom F. SUDRE, *JCP G.*, 2009, n° 52, p. 43.

³¹⁷⁸ *Ibid.*, §. 126.

³¹⁷⁹ Voir en ce sens Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, req. n° 5100/71 et al., série A n° 22, §. 72 ; *GACEDH*, 6^e éd., pp. 40-49, n° 4.

³¹⁸⁰ Cour EDH, 30 avril 2009, *Glor c/ Suisse*, req. n° 13444/04, Rec. 2009 ; chron. F. SUDRE, *JCP G.*, 2009, 143 ; n° 27. Dans cette affaire, la Cour EDH, sans faire mention de la Charte, énonce qu'« *il n'est pas douteux que le champ d'application de cette disposition englobe l'interdiction de la discrimination fondée sur un handicap* », (§. 80).

B- La mise à l'écart de sources allant à l'encontre du raisonnement de la Cour EDH

734. Les exemples où la Cour EDH écarte volontairement de sa motivation des sources de droit ne sont pas si rares. Dans l'ensemble, une telle attitude – qu'elle soit clairement assumée par la Cour EDH ou non – n'est en rien laissée au hasard. Elle répond au contraire à une stratégie de la juridiction strasbourgeoise. C'est parce que le juge de Strasbourg se montre parfaitement conscient du fait que certaines références croisées n'auraient pas servi son raisonnement et, surtout, l'auraient empêché de conserver une position retenue, qu'il va décider de ne pas les retenir.

735. L'arrêt *Jorgic c/ Allemagne* est tout à fait caractéristique de cette pratique. Alors que la Cour EDH devait apprécier si l'interprétation large qu'avaient faite les juridictions internes de la notion de génocide, et notamment de l'« intention de détruire » qu'elle comporte, pouvait être qualifiée de raisonnable, celle-ci n'a pas hésité à faire état de l'opinion concordante d'une partie de la doctrine et, surtout, à s'appuyer sur la résolution 47/121 adoptée le 18 décembre 1992 par l'Assemblée générale des Nations-Unies³¹⁸¹. Par contre, dès qu'il fut question de déterminer si une interprétation aussi large était prévisible, la Cour EDH n'éprouve aucune difficulté à minimiser le poids de tous les éléments – c'est-à-dire de la majeure partie de la doctrine³¹⁸² mais aussi des jurisprudences du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et de la CIJ³¹⁸³ – en faveur d'une interprétation plus stricte de la notion de génocide. Partant de là, elle arrive à la conclusion et à l'objectif souhaités : à savoir que ces différentes sources ne sont pas invocables rétroactivement dans la mesure où celles-ci ont été émises ou adoptées postérieurement à la commission des faits litigieux du cas d'espèce³¹⁸⁴ et qu'il est impératif de lutter contre l'impunité.

³¹⁸¹ Cour EDH, 12 juillet 2007, *Jorgic c/ Allemagne*, req. n° 74613/01, Rec. 2007-III, §. 107 ; note P. TAVERNIER, *JDI*, 2008, n° 3, pp. 778-780.

³¹⁸² §. 111 de l'arrêt.

³¹⁸³ §. 112 de l'arrêt. La Cour fait valoir que « dans les décisions qu'il [le TPYI] a rendues dans les affaires *Le Procureur c. Krstić* et *Le Procureur c. Kupreškić* et autres, a expressément rejeté l'interprétation large de l'« intention de détruire » adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies et les juridictions allemandes, et que, s'appuyant sur le principe *nullum crimen sine lege*, il a considéré que le génocide, tel qu'il était défini en droit international public, ne recouvrait que les actes visant la destruction physique ou biologique du groupe protégé. Cependant, dans la mesure où ces décisions, comme d'autres rendues sur le même sujet par des juridictions nationales et internationales, en particulier la Cour internationale de justice (paragraphe 45 ci-dessus)... »

³¹⁸⁴ §. 113 de l'arrêt.

736. Si la Cour EDH peut expressément décider de mettre à l'écart certaines références, il arrive que la juridiction européenne occulte intentionnellement le fait qu'elle ne prend pas en compte telle ou telle source parce que celle-ci ne lui permettrait pas de justifier la solution qu'elle recherche.

Il arrive ainsi que la juridiction strasbourgeoise ne tienne pas compte au sein de sa motivation des instruments de droit comparé qu'elle a pourtant cités dans la rubrique de son arrêt consacré au « droit pertinent ». C'est à notre sens ce que l'on peut déduire de l'arrêt *Botta c/ Italie*³¹⁸⁵ dans lequel la motivation strasbourgeoise passe sous silence les recommandations du Conseil de l'Europe citées aux §§. 20 à 22 de l'arrêt, afin de ne pas affaiblir le constat auquel elle est parvenu : celui de la non applicabilité de l'article 8 de la CEDH au droit d'accès à la plage et à la mer loin de sa demeure habituelle pendant ses vacances que revendique le requérant handicapé. C'est également le cas des arrêts *Karaçay c/ Turquie*³¹⁸⁶ et *Satilmis c/ Turquie*³¹⁸⁷ à l'occasion desquels la Cour EDH – allant à l'encontre d'une tendance récente³¹⁸⁸ – n'intègre pas à son raisonnement la Charte sociale européenne qu'elle avait pourtant expressément visée dans la partie de la décision consacrée aux « *textes internationaux pertinents* ». Ou encore de l'arrêt *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*³¹⁸⁹ dans lequel le juge européen oublie de mentionner la position dissonante du droit de l'OIT à propos du droit à la libre association dans le domaine syndical.

Pareillement, il est des affaires où les juges du Palais des droits de l'homme n'entendent pas répondre aux sollicitations des parties au litige ou bien des tiers intervenants afin, là encore, de ne pas affaiblir son raisonnement. Sans prétendre à l'exhaustivité, on fera mention de l'arrêt *Uner c/ Pays-Bas*³¹⁹⁰ dans lequel la Cour EDH prend le parti de ne pas tirer les conséquences de la *soft law* du Conseil de l'Europe qu'elle cite³¹⁹¹ et ce, nonobstant la pression des ONG intervenantes au procès. Aussi ne procède-t-elle pas réellement à l'interprétation de l'article 8 de la CEDH à la lumière des Recommandation Rec(2000)25 et Rec. (2002)4 du Comité des ministres et la Recommandation 1504(2001) de l'Assemblée

³¹⁸⁵ Cour EDH, 24 février 1998, *Botta c/ Italie*, req. n° 21439/93, Rec. 1998-I ; comm. B. MAURER, *RTDH*, 1999, n° 39, pp. 595-618.

³¹⁸⁶ Cour EDH, 27 mars 2007, *Karacay c/ Turquie*, req. n° 6615/03 ; note J. CAVALLINI, *JCP S.*, 2007, n° 19, pp. 29-31.

³¹⁸⁷ Cour EDH, 17 juillet 2007, *Satilmis et al. c/ Turquie*, req. n° 74611/01 et al. ; note J. CAVALLINI, *JCP S.*, 2007, n° 38, pp. 37-39.

³¹⁸⁸ La protection européenne du salarié passe en effet par une interprétation fondée sur la combinaison CSE et CEDH.

³¹⁸⁹ **Cour EDH, Gr. Ch., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, req. n° 52562/99 et 52620/99, Rec. 2006-I** ; chron. J.P. MARGUENAUD et J. MOULY, *Droit social*, 2006, n° 11, pp. 1022-1025.

³¹⁹⁰ **Cour EDH, Gr. Ch., 18 octobre 2006, *Uner c/ Pays-Bas*, req. n° 46410/99, Rec. 2006-XII** ; note L. BENOITON, *JDI*, 2007, n° 2, pp. 722-724.

³¹⁹¹ Voir les §§. 36 à 38 de l'arrêt.

parlementaire qui soulignent la nécessité de protéger contre l'expulsion des immigrés de longue durée et prévoient de limiter pour eux la sanction d'expulsion à des infractions particulièrement graves touchant la sûreté de l'Etat et d'accorder une considération spéciale à la situation des enfants. Une attitude de retenue qui va avoir pour conséquence de conduire à la non violation de l'article 8 de la CEDH, la Cour EDH estimant que la mesure d'expulsion prononcée contre le requérant est proportionnée aux buts poursuivis par l'Etat. On citera de surcroît, l'arrêt *Chapman c/ Royaume-Uni*³¹⁹² où la juridiction strasbourgeoise décide d'ignorer le droit international invoqué par la requérante – en particulier la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales – qui poussait à restreindre la marge nationale d'appréciation. La Cour EDH instrumentalise donc les sources de droit international afin de pouvoir conclure que le consensus international n'est pas suffisamment concret.

737. C'est également parce que la Cour européenne entend procéder à une interprétation prudente de la CEDH que tout une série de sources internationales va délibérément et totalement – en ce sens qu'elles n'apparaissent dans aucune partie de l'arrêt – être passée sous silence par la majorité.

C'est le cas par exemple de l'arrêt *Odièvre c/ France*³¹⁹³ où la Cour EDH a souhaité préserver le système français de l'accouchement sous X. Comme l'expliquent très clairement les juges WILDHABER, BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, CABRAL BARRETO, TULKENS et PELLONPAA dans leur opinion dissidente commune, la volonté de la juridiction strasbourgeoise de conclure à l'absence de dénominateurs aux différents droits internes pousse celle-ci dans une « manipulation » du droit comparé. En effet, alors que la Cour EDH constate dans le §. 19 de son arrêt (*i.e* dans la partie consacrée au « droit pertinent ») que « *la maternité secrète est peu connue des législations internes européennes* » et que la plupart des pays s'orientent vers la pratique d'un accouchement dans la discrétion – ce qui diffère de l'accouchement sous X – le juge de Strasbourg va tout de même reconnaître l'absence de consensus. Mais ce n'est pas là, la seule défaillance de l'argumentation européenne. Selon ces mêmes juges, il est à regretter que la majorité soit arrivée à cette conclusion « *sans rappeler les différents instruments internationaux qui jouent un rôle déterminant dans la construction d'un consensus et qui, en l'espèce, veillent à assurer un équilibre entre les droits en*

³¹⁹² Cour EDH, Gr. Ch., 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, req. n° 27238/95, Rec. 2001-I ; *GACEDH*, 6^e éd., pp. 525-535, n° 48.

³¹⁹³ Cour EDH, Gr. Ch., 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, req. n° 42326/98, Rec. 2003-III ; comm. V. BONNET, *RTDH*, 2004, n° 58, pp. 405-421.

présence »³¹⁹⁴. Aussi la Cour EDH aurait-elle dû normalement prendre en considération l'article 7 de la Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant qui dispose que l'enfant a dès sa naissance « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents* », la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, ratifiée par la France, qui prévoit que les autorités compétentes de l'Etat contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille, ou encore la Recommandation 1443(2000) du 26 janvier 2000 qui invite les Etats « *à assurer le droit de l'enfant adopté de connaître ses origines au plus tard à sa majorité et à éliminer de leurs législations nationales toute disposition contraire* ». Il n'en est pourtant rien. Bien au contraire. « *En se fondant sur la prétendue diversité des systèmes et des traditions juridiques (prenant même en compte des projets de lois qui sont seulement envisagés) pour encadrer la marge d'appréciation et valider ainsi, au regard de la Convention, le droit absolu de la mère de garder secrète son identité, la majorité prend l'argument du consensus européen à rebours et le vide complètement de sa substance. Plutôt que de permettre une évolution dans le sens du développement des droits garantis par la Convention, au départ de ce qui est accepté dans une large majorité de pays, le recours à l'interprétation consensuelle, fondée sur la pratique quasi isolée d'un pays (...), sert à justifier une limitation des droits* »³¹⁹⁵.

C'est également l'hypothèse de l'arrêt de Chambre *Anguelova c/ Bulgarie*³¹⁹⁶ dans lequel la Cour EDH n'a pas voulu consacrer, sur le terrain de l'article 14 de la CEDH, un renversement de la charge de preuve, restant ainsi « *en retrait par rapport à d'autres juridictions importantes en matière des droits de l'homme* »³¹⁹⁷ telles que la Cour interaméricaine des droits de l'homme³¹⁹⁸ et la Cour suprême des Etats-Unis³¹⁹⁹. Ou encore de l'arrêt *Cruz Varas et al. c/ Suède*³²⁰⁰ où le juge de Strasbourg ne prend pas en compte la

³¹⁹⁴ §. 15 de l'opinion dissidente commune.

³¹⁹⁵ §. 16 de l'opinion dissidente commune.

³¹⁹⁶ Cour EDH, 13 juin 2002, *Anguelova c/ Bulgarie*, req. n° 38361/97, Rec. 2002-IV.

³¹⁹⁷ §. 11 de l'opinion dissidente du juge BONELLO. – On relèvera toutefois que la position du juge BONELLO sera finalement suivie par la Grande Chambre dans l'arrêt **Cour EDH, 6 juillet 2005, *Natchova et al. c/ Bulgarie*, req. n° 43577/98 et al., Rec. 2005-VII** ; comm. D. ROSENBERG, *RTDH*, 2006, n° 67, pp. 655-665. Le principe est désormais le renversement de la charge de la preuve.

³¹⁹⁸ Cour IADH, 29 juillet 1988, *Velasquez Rodriguez c/ Honduras*, §. 134.

³¹⁹⁹ CS des Etats-Unis, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424, 427 (1971). – CS des Etats-Unis, *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 US 792, 802 (1973).

³²⁰⁰ Cour EDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et al. c/ Suède*, req. n° 15576/89, série A n° 201. – Pour d'autres exemples voir notamment Cour EDH, 3 juin 2004, *Calheiros Lopes et al. c/ Portugal*, req. n° 69338/01. Mais aussi **Cour EDH, Gr. Ch., 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne*, req. n° 42527/98 Rec. 2001-VIII** ; note P. TAVERNIER, *JDI*, 2002, n° 1, pp. 265-270. Dans ces deux arrêts, la Cour va

jurisprudence de la CPIJ qui, depuis 1939, affirme l'existence d'un « *principe universellement admis devant les juridictions internationales et consacré d'ailleurs dans maintes conventions (...) d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend* »³²⁰¹.

738. Les développements de ce B) permettent, une nouvelle fois, de rendre compte que la Cour EDH dispose d'une grande latitude dans le maniement du droit comparé. La Cour EDH motive ici à rebours ses décisions³²⁰². L'objectif à atteindre justifie ainsi que certaines références de droit comparé soient écartées de son raisonnement juridique. Penchons-nous désormais sur les hypothèses où l'exposé des motifs met en avant un manque d'attention ou de rigueur dans le choix des sources venant fonder la solution retenue.

C- Les cas d'inadvertance ou de simples oublis

739. Il s'agit ici d'évoquer les affaires où la Cour EDH ne se réfère pas à certains instruments alors même qu'elle pouvait le faire et que la conclusion à laquelle elle souhaitait parvenir aurait été inchangée. Plusieurs hypothèses doivent être ici envisagées.

740. Pour commencer, on relèvera la tendance de la Cour EDH à ne pas prêter attention aux textes internationaux de droit humanitaire invoqués par les requérants. Selon Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS, « *l'attitude d'ouverture adoptée par principe à l'égard du droit international comporte un angle mort important* »³²⁰³. Angle mort

choisir de se référer limitativement à certains textes internationaux ou à certaines jurisprudences mais fait, dans le même temps, abstraction d'autres références possibles, plus récentes ou plus progressives, et qui, par conséquent, aurait pu conduire à une interprétation dynamique de la CEDH.

³²⁰¹ CPIJ, (ord.), 5 décembre 1939, *Affaire Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, série A/B n° 79, p. 199. – Cette jurisprudence ne figure pas davantage dans l'arrêt Cour EDH, *Conka et al. c/ Belgique* qui soulève pourtant une question analogue sous l'angle de l'article 34 de la CEDH.

³²⁰² Sur le raisonnement régressif, voir *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §. 2, A), 3) paragraphes n° 517 et s.

³²⁰³ G. COHEN-JONATHAN et J.F. FLAUSS, chron *AFDI*, 2005, vol. 51, n° 51, pp. 675-698, p. 676. – Voir également J.F. FLAUSS, « Le droit international humanitaire devant les instances de contrôle des Conventions européennes et interaméricaine des droits de l'homme », in J.F. FLAUSS (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2003, spéc. pp. 120-126.

que certains juges eux-mêmes ont pu regretter³²⁰⁴ et que l'on retrouve notamment dans les affaires tchéchènes où le juge de Strasbourg ne prend pas véritablement en compte les règles contenues dans les Conventions de Genève³²⁰⁵. En effet, bien que la rédaction de l'arrêt, en particulier des motifs, « traduit un raisonnement d'une logique propre au droit international humanitaire », la Cour se contente en réalité « d'une pratique de renvoi implicite à ces dernières (...) et se garde de toute référence expresse (...) en dépit des sollicitations en ce sens des tiers intervenants et malgré les prises de positions similaires de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (...). C'est dire que la Cour européenne se refuse ou ne parvient pas à intégrer, de manière visible, une logique de droit humanitaire dans sa méthode d'application et d'interprétation de la Convention »³²⁰⁶. C'est également admettre que la Cour entend manier avec une très grande flexibilité le droit international.

741. On fera ensuite mention des situations où la Cour EDH, d'une affaire à l'autre, et dans un temps plus ou moins rapproché, ne se réfère pas aux mêmes sources.

C'est notamment le cas des arrêts *Hoffman c/ Autriche*³²⁰⁷, *Costello-Roberts c/ Royaume*³²⁰⁸ et *Keegan c/ Irlande*³²⁰⁹. Si tous ces arrêts renvoient d'une manière ou d'une autre à la question des droits de l'enfant, le premier ne fait aucunement mention de la Convention des Nations-Unies de 1989 sur les droits de l'enfant alors même que celle-ci est expressément visée dans les deux autres. C'est dire à quel point le choix de la Cour EDH de mobiliser telle ou telle source extérieure à la CEDH apparaît parfois comme hasardeux et peut, par là même, porter atteinte à la prévisibilité des solutions juridiques.

Il en va de même en ce qui concerne la mobilisation des standards établis par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)³²¹⁰. Bien que ces derniers ne soient pas obligatoires pour la Cour EDH³²¹¹,

³²⁰⁴ Voir l'opinion dissidente du juge LOUCAIDES sous **Cour EDH, Gr. Ch., 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c/ Allemagne*, req. n° 34044/96 et al., Rec. 2001-II** ; note Ph. GUILLOT, *JDI*, 2002, n° 1, pp. 278-282. Ce juge estime qu'il s'agissait en l'espèce de rechercher si, du point de vue des règles du droit international, distinguées des règles du droit interne, le comportement des requérants constituait une infraction. Il estime plus précisément que le comportement pour lequel les requérants ont été condamnés s'analysait, du point de vue du droit international, en un crime contre l'humanité.

³²⁰⁵ Voir Cour EDH, 24 février 2005, *Khachien et Akaieva, Issaieva, Youssoupova et Bazaieva et Issaieva c/ Russie*, req. n° 57947/00 et al. ; comme. H. TIGROUDJA, *RUDH*, vol. 17, n° 65, 2006, pp. 111-140.

³²⁰⁶ G. COHEN-JONATHAN et J.F. FLAUSS, *chron AFDI*, 2005, *op. cit.*

³²⁰⁷ Cour EDH, 23 juin 1993, *Hoffman c/ Autriche*, req. n° 12875/87.

³²⁰⁸ Cour EDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, req. n° 13134/87.

³²⁰⁹ Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, req. n° 16969/90.

³²¹⁰ Pour différents exemples de prise en compte de ces standards, voir F. KRENC et s. VAN DROUGHENBROECK, « Les droits du détenu dans la jurisprudence récente de la Cour EDH », in *Le nouveau droit des peines : statuts juridiques des condamnés et tribunaux d'application des peines*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 15 et s.

³²¹¹ En ce sens voir Cour EDH, 19 juillet 2007, *Trepashkin c/ Russie*, req. n° 15248/05, §. 92 : « the Court has frequently found a violation of article 3 of the Convention on account of the lack of personal space afforded to

cette dernière les utilise dans l'ensemble très largement dès que sont en cause les conditions de détentions. Aussi a-t-on du mal à comprendre pourquoi la Cour EDH a expressément – mais sans véritablement s'en expliquer – pris des distances avec les normes fixées par ledit Comité à l'occasion de l'affaire *Aleksanyan c/ Russie* selon lesquelles les détenus doivent bénéficier en prisons de soins équivalents à ceux qu'ils pourraient obtenir s'ils n'étaient pas détenus³²¹². Or, « à défaut d'explication convaincante de sa géométrie variable, la pratique d'enrichissement interprétatif risque, non seulement de se voir taxée d'arbitraire (*cherry picking*), mais aussi de faire perdre sa crédibilité à la source externe mobilisée »³²¹³.

On mettra enfin en parallèle l'arrêt *Bayatyan c/ Arménie*³²¹⁴ où la Cour EDH confère un poids important à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies (moins déférente à l'égard de la marge nationale d'appréciation) pour faire évoluer sa jurisprudence alors même qu'elle ne fait même pas mention de celle-ci – peut être parce que les requérants ne l'ont pas invoquée – dans les affaires relatives au port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuses dans les écoles françaises³²¹⁵. Ou encore l'arrêt *Hirst n° 2 c/ Royaume-Uni*³²¹⁶ et l'arrêt *A. c/ Royaume*³²¹⁷ où la Cour EDH évite dans le premier de citer les positions du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies concernant les article 10§3 et 25 su PIDCP alors qu'elle les prend en compte dans le second, même s'il est vrai que celles-ci n'influent que très peu sur la solution finalement adoptée. Autant dire que la Cour entend être la seule maîtresse du choix des matériaux qu'elle peut mobiliser pour interpréter la CEDH et, par là même, motiver ses décisions. C'est d'ailleurs ce qu'elle dira expressément dans l'arrêt *Tanase c/ Moldavie* : « la Cour souligne qu'elle dit invariablement *devoir prendre en considération les instruments et rapports internationaux pertinents (...)*.

detainees (...). However, the Court cannot decide, once and for all, how much personal space should be allocated to a detainee in terms of the Convention. That depends on many relevant factors (...). This is why, whereas the Court may take into account general standards in the area developed by other international institutions, such as the CPT (...), these cannot constitute a decisive argument ». A contrario, voir entre autres Cour EDH, 4 mai 2006, *Kadikis c. Lettonie*, req. n° 62493/00 §. 52 dans lequel le dépassement des normes fixées par le CPT semble constituer un motif suffisant conduisant à la violation de la CEDH.

³²¹² Cour EDH, 22 décembre 2008, *Aleksanyan c/ Russie*, req. n° 4682/05, §. 139 : « *The adequacy of medical assistance remains the most difficult element to determine. The CPT proclaimed the principle of the equivalence of health care in prison with that in the outside community (...). However, the Court does not always adhere to this standard, at least when it comes to medical assistance to convicted prisoners* », (souligné par nous).

³²¹³ S. VAN DROOGHENBROECK, « Les frontières du droit et le temps juridique : la Cour EDH repousse les limites », *RTDH*, 2009, n° 79, pp. 811-849, p. 832.

³²¹⁴ **Cour EDH, Gr. Ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c/ Arménie*, op. cit.**

³²¹⁵ Voir parmi d'autres Cour EDH, (déc. irrecev.), 30 juin 2009, *Aktas c/ France*, req. n° 43563/08 ; comm. G. GONZALEZ, *AJDA*, 2009, n° 37, pp. 2077-2082. – Cour EDH, (déc. irrecev.), 30 juin 2009, *Jasvir Singh c/ France*, req. n° 25463/08.

³²¹⁶ **Cour EDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst n° 2 c/ Royaume-Uni*, op. cit.**

³²¹⁷ **Cour EDH, Gr. Ch., 19 février 2009, *A. et al. c/ Royaume-Uni*, req. n° 3455/05, Rec. 2009, §. 178 : « si aux yeux du Comité des droits de l'homme (...), ».**

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 »³²¹⁸.

742. A côté de cela, il est des hypothèses où le juge de Strasbourg omet de citer des textes ou des décisions récemment adoptés. Ce qui, nous devons l'admettre, peut aisément donner la sensation d'une connaissance insuffisante des sources de droit que celui-ci a à sa disposition et donner la sensation d'un usage quelque peu approximatif de la technique des références croisées. Sans prétendre épuiser tous les exemples, on mentionnera ici l'arrêt *Stjerna c/ Finlande* relatif au refus des autorités finlandaises d'autoriser le requérant à changer de patronyme, et à l'occasion duquel la Cour EDH omet de s'appuyer sur la Convention cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales alors même que celle-ci avait été adoptée quelques jours auparavant³²¹⁹.

743. Pour conclure, nous renverrons à l'arrêt *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*³²²⁰. Dans cette affaire, la Cour EDH devait trancher la question de savoir si la décision du Tribunal fédéral suisse ordonnant le retour en Israël auprès de son père du fils de la requérante était compatible avec l'article 13 al 1 lettre b) de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants – qui fait précisément obstacle à un tel retour immédiat si l'enfant court un risque grave d'être exposé à un danger physique ou psychique – interprété en conformité avec l'article 8 de la Convention. Décidée à conclure à la violation de l'article 8 de la CEDH, la Cour EDH va mettre en balance les intérêts de l'enfant avec ceux des deux parents et de l'ordre public et reconnaître qu'il lui faut accorder un soin particulier à l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, la Cour justifie cette attention spécifique accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant en renvoyant à l'article 24§2 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Pourtant, ce n'est pas là le texte de référence. L'intérêt supérieur de l'enfant est en effet l'une des notions « phare » de la Convention internationale des droits de l'enfant que la juridiction strasbourgeoise n'a habituellement aucune difficulté à prendre en compte. Bien au contraire³²²¹. Mais alors, comment expliquer une telle absence ? Celle-ci

³²¹⁸ **Cour EDH, Gr. Ch., 27 avril 2010, *Tanase c/ Moldavie*, req. n° 7/08, Rec. 2010, §. 176** ; veille L. MILANO, *JCP G.*, 2010, n° 21, p. 1082. – L'affirmation de la Cour européenne vient ici nuancer la remarque faite plus haut selon laquelle se serait parce que les requérants dans les affaires *Aktas* ou encore *Jasvi Singh* n'auraient pas invoqué la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies que la Cour EDH n'en fait pas mention.

³²¹⁹ Cour EDH, 25 novembre 1994, *Stjerna c/ Finlande*, req. n° 18131/91, série A n° 299-B ; note E. DECAUX, *JDI*, 1995, n° 3, pp. 791-792.

³²²⁰ **Cour EDH, Gr. Ch., 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, req. n° 41615/07, §. 133** ; chron. F. SUDRE, *JCP G.*, 2011, n° 4, pp. 182-188.

³²²¹ Voir *supra* la Section 1 de ce même Chapitre de thèse, paragraphe n° 691.

serait-elle dictée par la volonté de la Cour EDH de définir ce qu'est l'intérêt de l'enfant au sens de l'article 8 de la Convention ? La réponse semble positive, la Cour EDH renvoyant à cet égard à l'arrêt *Gnahoré c/ France* à l'occasion duquel elle avait précisément fait valoir que l'intérêt supérieur de l'enfant devait constituer la « *considération déterminante* »³²²².

744. Si la juridiction strasbourgeoise semble ponctuellement manquer de rigueur, doit-on toutefois véritablement lui en vouloir ? Le nombre très important d'instruments susceptibles de lui venir en aide dans l'adoption de ses décisions ne rend-elle pas inévitable certains oublis voire même certaines discordances ? La réponse est évidemment positive. Comme ont su l'expliquer Françoise TULKENS, elle-même juge à la Cour EDH et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « *la masse des textes disponibles rend évidemment probable la survenance, en son sein, de contradictions externes – deux textes de soft law provenant d'origines distinctes se contredisent – ou de contradictions internes – deux textes successifs provenant de la même origine, se contredisent* »³²²³. Cela étant, sans demander à la Cour « *la mise en place d'une fonction algébrique* »³²²⁴ de l'utilisation des sources externes, il serait bien utile qu'elle observe une certaine « *méthode itérative fondée sur quelques orientations transparentes et dûment motivées* »³²²⁵. Il en va de la préservation de son « capital » de légitimité et de persuasion.

*

* *

745. L'appel au droit comparé n'est pas neutre. La Cour semble à cet égard principalement guidée par la recherche d'une interprétation qui rende les droits et libertés conventionnels plus concrets et plus effectifs. Aussi, les références croisées vont-elles pouvoir intervenir au soutien du choix de la Cour EDH de procéder à un revirement de jurisprudence, ou bien servir la modernisation desdits droits et libertés. Mais ce n'est pas tout. A l'inverse de

³²²² §. 134 de l'arrêt *Neulinger et Shuruk* précité. – C'est donc en renvoyant à l'arrêt *Gnahoré c/ France* que la Cour EDH va reconnaître que « *l'intérêt de l'enfant présente un double aspect. D'une part, il prévoit que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci se serait montrée particulièrement indigne (...). D'autre part, il est certain que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant* » (§. 136).

³²²³ F. TULKENS S. VAN DROOGHENBROECK, « *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 Michel MAHIEU*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505-526, p. 525.

³²²⁴ F. TULKENS S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « *Le soft law et la Cour EDH : questions de légitimité et de méthode* », *RTDH*, 2012, n° 91, pp. 433-489, p. 469.

³²²⁵ *Ibid.*

cette utilisation finaliste, la juridiction strasbourgeoise peut décider d'avoir recours à l'option méthodologique du droit comparé de façon tout à fait opportuniste voire même arbitraire. Il s'agit alors pour elle de sélectionner les sources qui l'intéressent eu égard à la solution à laquelle elle souhaite parvenir quitte à ce que cela la conduise à en privilégier certaines au détriment d'autres, ou bien à faire volontairement ou maladroitement abstraction de certaines d'entre elles. Autant dire que la Cour EDH adhère au système du *pick and choose* et que, par conséquent, si les textes internationaux et les décisions de justice adoptées par d'autres juridictions s'emboîtent les uns aux autres, ceux-ci passent toutefois à chaque fois par le filtre critique, et nous ajouterons critiquable, des juges interprètes qui les utilisent.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

746. Les développements qui précèdent sont assez éclairants. Les différents systèmes de protection des droits de l'homme sont en réalité loin d'être imperméables les uns des autres. Bien au contraire. Comme le démontre la lecture du corpus prétorien de la Cour EDH, des interactions entre jurisprudences et textes juridiques sont clairement souhaitées par le juge européen. Mieux, le recours au droit comparé est aujourd'hui très largement banalisé et en plein essor. Selon nous, le phénomène de mondialisation et l'activisme des ONG intervenants au procès fournissent de bonnes explications – si ce n'est les principales – à l'intensification de la démarche comparative de la Cour EDH. Quant au premier phénomène, celui-ci peut difficilement être nié. Dans le monde d'aujourd'hui, les références croisées apparaissent comme inévitables pour tout juge qui cherche à nourrir les interprétations de son texte de référence et, par là même, à augmenter la rationalité de ses décisions et à gagner en légitimité³²²⁶. Aussi l'appel aux sources extérieures à la CEDH soutient-il en définitive l'effort de la Cour EDH pour bien juger. Quant aux ONG, leur influence sur la mobilisation du droit comparé est certaine. Riches en références étrangères et incisifs dans leurs demandes, les mémoires de ces organisations agissent comme de réelles contraintes argumentatives que la Cour EDH a tout intérêt à ne pas ignorer si elle veut pouvoir emporter l'adhésion de son auditoire. Et c'est précisément ce que cette dernière va s'attacher à ne pas faire. Erigeant le droit comparé en véritable technique de justification, la juridiction strasbourgeoise entend clairement motiver ses décisions en ayant égard, de façon de plus en plus systématique, à ce qui se fait ailleurs. C'est dire que les dispositions de la CEDH ne sauraient être « *l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés* »³²²⁷ que cette dernière contient. Il appartient en effet à la Cour EDH de prendre en compte, quand le besoin s'en fera sentir, d'autres matériaux telles que les sources issues du Conseil de l'Europe, des Etats membres ou encore de l'UE. Mais ce n'est pas tout. Les sources internationales sont également de plus en

³²²⁶ Comme l'explique M-C. PONTHEUREAU, c'est la connaissance de soi-même que favorise le regard posé sur l'autre, in « Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel », in *L'interprétation constitutionnelle*, sous la dir. DE F. MELIN-SUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, p. 170.

³²²⁷ **Cour EDH, Gr. Ch., 12 décembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97, §. 67** ; chron. F. SUDRE, *JCP G.*, 2009, pp. 30-33. Chron. D. SZYMCZAK, *JCP A.*, 2009, n° 30, 2189.