

**LES FRONTIÈRES DU DROIT
ET LE TEMPS JURIDIQUE :
LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS
DE L'HOMME REPOUSSE LES LIMITES**

**Cour européenne des droits de l'homme
(Grande Chambre), *Demir et Baykara c. Turquie*,
12 novembre 2008 (*)**

PAR

Sébastien VAN DROOGHENBROECK
*Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis
à Bruxelles*

Résumé

Dans un arrêt du 12 novembre 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a rompu avec sa jurisprudence antérieure en affirmant que le droit à la négociation collective constitue une prérogative couverte par l'article 11 de la Convention. Le présent commentaire analyse le contenu de ce revirement, la démarche interprétative qui y préside, et les effets temporels qui lui sont attachés

Ainsi que le fit observer François Ost (1), le droit de la Convention européenne des droits de l'homme n'a jamais occulté la dimension herméneutique inhérente à la fonction de juger. L'instrument conventionnel lui-même annonce, dans son article 32, que son prescrit ne saurait être « appliqué » sans être « interprété ». Quant à la Cour, elle s'est d'emblée départie de ce style oraculaire qui, au bénéfice du dernier mot, assène sans motivation les solutions juridiques comme s'il s'agissait de vérités éternelles et révélées. La démarche strasbourgeoise, dès l'origine, fut tout au contraire empreinte de transparence et de sincérité; elle « met à plat » les postulats et

(*) L'arrêt peut être consulté, avec d'autres documents, par un lien sur la page correspondant au présent article sur le site www.rtdh.eu (Documents proposés).

(1) F. OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme : l'esprit plutôt que la lettre ? », *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, sous la dir. de M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, Bruxelles, F.U.S.L., 1990, p. 252.



méthodes interprétatives guidant le raisonnement, quitte à exposer les uns et les autres aux feux de la critique. Qui ne se souvient des opinions dissidentes kilométriques jointes par le Juge Sir Gerald Fitzmaurice aux arrêts *Golder* (2), *Tyrer* (3) ou encore *Marckx* (4) ?

On eût pu croire que ces temps héroïques des *leading cases* de l'interprétation conventionnelle étaient définitivement révolus. *Anno* 2008-2009, le juge strasbourgeois n'aurait plus qu'à appliquer des recettes interprétatives bien connues et largement digérées en leur principe même; leurs aspects controversés, bien vivaces à l'origine, auraient été définitivement aplanis par le passage du temps et – faut-il le dire – la nécessité d'écuser au plus vite un flot contentieux sans cesse plus menaçant.

rtdh.eu

L'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, rendu en Grande Chambre le 12 novembre 2008 (5) sur renvoi d'un arrêt de chambre rendu deux ans auparavant (6), vient pourtant revivifier les débats les plus anciens. En l'occurrence, la Cour fut sommée de justifier la pratique largement silencieuse qui l'avait conduite, à rythme soutenu depuis quelques années, à enrichir son interprétation conventionnelle de références à des textes aux provenances et statuts juridiques les plus divers (II). Cette technique d'enrichissement est longuement décrite par l'arrêt commenté, et au demeurant mise au service d'un spectaculaire revirement de jurisprudence: l'intégration du droit à la négociation collective au sein des prérogatives couvertes par l'article 11 de la Convention et le démantèlement – partiel ou total? : l'arrêt demeure ambigu sur ce point précis – du régime d'exception mis en place par cette disposition au détriment des «membres des forces armées, de la police et de l'administration de l'Etat» (III). Quelles que soient les incertitudes entourant son exacte portée, il reste que ce revirement pouvait être difficilement anticipé, non seulement par l'Etat défendeur qui en a fait directe-

(2) Cour eur. dr. h., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975.

(3) Cour eur. dr. h., arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978.

(4) Cour eur. dr. h., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979.

(5) Pour un autre commentaire de cet arrêt, voy. F. SUDRE, «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; J.-P. MARGUÉNAUD et C. MOULY, «L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH, 12 novembre 2008, '*Demir et Baykara c. Turquie*')», *D.*, 2009, *Etudes et commentaires*, pp. 739 et s. Voy. également les excellentes annotations de F. DORSSEMONT et J.H. GERARDS publiées dans *European Human Rights Cases*, 2009/4, pp. 41-73. Voy. enfin, J.-F. FLAUSS, «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre 2008-février 2009)», *A.J.D.A.*, 2009, pp. 872-874 et 878.

rtdh.eu

(6) Cour eur. dr. h., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 21 novembre 2006.



ment les frais, mais aussi, plus largement, par la communauté de ceux auxquels la Convention reconnaît des droits et impose des obligations. L'affaire *Demir et Baykara* offrait donc potentiellement l'occasion de renouer avec l'arrêt *Marckx* (7) en limitant, par souci de sécurité juridique, l'effet déclaratif du revirement intervenu. La Grande Chambre n'a pas privilégié cette voie. Ce n'est cependant pas faute que son attention ait été attirée sur le sujet, ainsi qu'en atteste la remarquable opinion séparée jointe à l'arrêt par le juge Zagrebelsky (IV).

rtdh.eu

Préalablement à toute analyse, il s'impose cependant de resituer brièvement la genèse de l'affaire (I).

I. – La genèse de l'arrêt

Au moment des faits litigieux, les premiers et seconds requérants étaient respectivement membre et présidente du syndicat *Tüm Bel Sen*. Fondé en 1990 par des fonctionnaires de diverses communes, ce syndicat avait pour objectif statutaire de promouvoir un syndicalisme démocratique au service des aspirations et des revendications des personnes qu'il regroupe. En 1993, ce syndicat conclut avec une commune une convention collective qui concernait tous les aspects des conditions de travail dans les services de la municipalité. Estimant que la commune ne remplissait pas ses obligations au regard de la convention collective, le syndicat saisit les juridictions civiles turques. Le tribunal de grande instance fit droit à la demande du syndicat. Il estima notamment que, si la loi nationale turque ne comportait pas de dispositions expresses reconnaissant aux syndicats fondés par des fonctionnaires le droit de conclure des conventions collectives, cette lacune devait être comblée à la lumière des traités internationaux, telles les conventions de l'Organisation internationale du travail (O.I.T.) d'ores et déjà ratifiées par la Turquie. Cependant, le 6 décembre 1995, la Cour de cassation estima qu'en l'absence de loi spécifique, les libertés de se syndiquer et de mener des négociations collectives ne pouvaient être exercées. Elle indiqua qu'à l'époque à laquelle le syndicat requérant avait été fondé, la législation turque en vigueur n'autorisait pas les fonctionnaires à fonder des syndicats. Elle conclut que *Tüm Bel Sen* n'avait pas acquis le statut de personne morale lors de sa création et n'était, de ce fait, pas habilitée à agir en justice. La convention col-

(7) Cour eur. dr. h., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979.



lective de travail conclue par ce syndicat fut quant à elle déclarée nulle, avec effet rétroactif.

Par arrêt du 21 novembre 2006 (8), la deuxième section de la Cour estima que l'article 11 de la Convention avait été, en l'espèce, violé. Cette conclusion reposait elle-même sur un double tour de force.

Se posait tout d'abord la question de savoir si, en dépit de l'apparence contraire suscitée par la seconde phrase du paragraphe 2 de cette disposition, les droits garantis par l'article 11 bénéficient de manière pleine et entière aux fonctionnaires. L'arrêt du 21 novembre 2006 répondit à cette question par l'affirmative, en renvoyant au raisonnement qui avait été préalablement développé dans l'arrêt *Tum Haber Sen et Cinar* du 21 février 2006. Ce dernier arrêt avait en effet affirmé que «la Convention n'opère aucune distinction entre les attributions de puissance publique des Etats contractants et leurs responsabilités en tant qu'employeurs. L'article 11 ne fait pas exception à cette règle. Bien au contraire, son paragraphe 2 *in fine* implique nettement que l'Etat est tenu de respecter la liberté d'association de ses employés sauf à y apporter, le cas échéant, des 'restrictions légitimes' s'il s'agit de membres de ses forces armées, de sa police ou de son administration» (9). Ce posé, l'arrêt du 21 février 2006 avait conclu que, si «des restrictions légitimes peuvent être imposées à l'exercice des droits syndicaux par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat», il faut cependant «aussi tenir compte de ce que les exceptions visées à l'article 11 appellent une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à la liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11, §2, les Etats ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris celles d'une juridiction indépendante» (10). D'une manière assez claire, l'arrêt *Tum Haber Sen* et, en référence à ce dernier, l'arrêt de Chambre en l'affaire *Demir et Baykara*, avaient purement et simplement neutralisé l'effet utile de la dernière phrase de l'article 11, §2 : les restrictions aux droits des personnes y visées n'échappaient pas à l'emprise du droit commun de la triple condition de *légalité, légitimité du but poursuivi et nécessité*

(8) *European Human Rights Cases*, 2007/2, note F. DORSSEMONT.

(9) Cour eur. dr. h., arrêt *Tum Haber Sen et Cinar c. Turquie*, 21 février 2006, §29.

(10) *Ibid.*, §35.

dans une société démocratique. Cette neutralisation fit l'objet d'un premier volet des débats devant la Grande Chambre (voy. ci-après, III).

Le second tour de force réalisé par l'arrêt de Chambre en l'affaire *Demir et Baykara* consista en l'inclusion *in concreto*, parmi les droits tirés de l'article 11 de la Convention en matière syndicale, du droit à la négociation collective. Par là même, s'amorçait une importante rupture d'avec la jurisprudence antérieure. Sa particularité fut d'être appuyée par une référence aux prises de position concordantes du Comité européen des droits sociaux relatives aux articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne. Or, et comme l'arrêt de Chambre le releva expressément (quoique dans une pudique parenthèse) (11), aucune de ces deux dispositions de la Charte n'avait été souscrite juridiquement par la Turquie, en parfaite conformité avec le système d'«engagement à la carte» que prévoit cet instrument (12). La légitimité d'une telle «référence croisée», et du contournement qu'elle permettait vis-à-vis de la décision souveraine de l'Etat défendeur quant au choix des engagements par lui contractés sous l'empire de la Charte, constitua un autre volet du débat mené devant la Grande Chambre (II).

rtdh.eu

II. – Les frontières du droit conventionnel. Au-delà de la Convention et au-delà du droit

La mobilisation des articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne aux fins d'interprétation de l'article 11 de la Convention divisa profondément les commentateurs de l'arrêt de Chambre du 21 novembre 2006. Le procédé fut jugé inadmissible par MM. Renucci et Birsan : «L'arrêt *Demir et Baykara* est», selon ces auteurs, «de nature à susciter de légitimes inquiétudes de la part des Etats qui pourraient bien avoir l'impression d'être piégés, se trouvant, contre leur volonté, 'engagés au-delà de leurs

(11) Cour eur. dr. h., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 21 novembre 2006, §35.

(12) A l'époque où fut rendu l'arrêt de Chambre dans l'affaire *Demir et Baykara*, la Turquie n'avait ratifié (1989) que la Charte sociale européenne originaire (1961). Depuis lors, la Turquie a ratifié (juillet 2007) la Charte sociale révisée (1996). Toutefois, et conformément au système d'engagement optionnel prévu par l'article A de la partie III de cette Charte révisée, la Turquie a maintenu son refus d'insérer, dans son engagement juridique, les droits litigieux (article 5 et 6 de la Charte sociale révisée, correspondant termes à termes aux articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne originaire).



engagements' » (13). Le «dribble» réalisé par la Cour (14) serait «critiquable sur le plan juridique», et néfaste sur le plan «politique»: «si une interprétation aussi extensive devait être confirmée, les Etats qui ont ratifié la Charte regretteraient sans doute de l'avoir fait, tandis que les autres hésiteraient certainement à le faire» (15). Et M. Renucci d'estimer que l'usage interprétatif des dispositions de la Charte par la Cour européenne des droits de l'homme, devrait obéir à des conditions strictes: «La condition essentielle c'est que la disposition 'utilisée' pour ladite interprétation soit acceptée, non seulement par l'Etat en cause au nom de la loyauté et de la sécurité juridique, mais aussi par tous les Etats membres au nom de la cohérence d'une interprétation qui doit pouvoir s'appliquer à l'ensemble de ces Etats» (16). L'analyse ainsi brièvement résumée fut cependant qualifiée d'«injuste» et de «dangereuse» par le Professeur Marguénaud (17). «Injuste», écrit l'auteur, «car il est quand même un peu paradoxal de reprocher à la Cour européenne des droits de l'homme de mettre en synergie deux textes du Conseil de l'Europe que les mêmes Etats se sont également engagés à respecter». «Dangereuse», poursuit-il, «car elle invite l'Europe à se draper dans une attitude individualiste et ultra-libérale qui, c'est le moins que l'on puisse dire, lui a fait beaucoup de tort au cours de ces dernières années. Sauf à vouloir sacrifier l'idée européenne, ce n'est vraiment pas le moment de l'empêcher de donner effectivité aux instruments qui sont à sa portée pour faire vivre une Europe plus sociale».

La controverse ainsi résumée était sérieuse; l'explication de la Grande Chambre n'en était que plus attendue. *A priori* cependant, l'explication finalement fournie – et, au demeurant, longuement

(13) J.-F. RENUCCI et C. BIRSAN, «La Cour européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne: les liaisons dangereuses», *Dalloz*, 2007, *Etudes et commentaires*, p. 410.

(14) A dire vrai, de tels dribbles du système d'engagement à la carte de la Charte sociale européenne se rencontrent également, sous une forme subtile, dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux. Voy. à cet égard la jurisprudence dite des «droits chevauchants» analysée par J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, «Actualité de la Charte sociale européenne. Chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives (mai 2005-mai 2007)», *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 514 et s.

(15) J.-F. RENUCCI, «Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens», *J.C.P.*, 14 mars 2007, p. 4.

(16) J.-F. RENUCCI, «Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens», *J.C.P.*, 14 mars 2007, p. 4.

(17) J.-P. MARGUÉNAUD, «Le droit à la négociation collective, 'partie inséparable' de la liberté syndicale», *J.C.P.*, 2007, II 10037-10038, p. 38.



développée (18) – est surprenante. En apparence en effet, elle consiste moins à justifier, dans le registre du droit pur, le processus d'enrichissement de l'interprétation conventionnelle par des sources externes à la Convention, qu'à mettre en lumière, dans le registre du *fait*, qu'un tel processus d'enrichissement a de tout temps été à l'œuvre dans la jurisprudence strasbourgeoise (II.1) et qu'il y a connu des manifestations nettement plus spectaculaires que celles qui sont dénoncées en l'espèce. *Too little, too late* : au risque de la provocation, la formule semblerait *a priori* pouvoir résumer la réponse de la Cour aux objections de la Turquie (19). On ne peut évidemment s'arrêter là. Certes, il convient de reconnaître que, dans leurs extraordinaires diversités et audaces, les procédés d'enrichissement interprétatif mis en œuvre par la Cour peinent à pouvoir être systématiquement et intégralement ancrés dans les canons du droit international classique qui en assureraient, non seulement la légitimité, mais plus encore le caractère impératif (II.2). Une autre logique se trouve incontestablement à l'œuvre dans la jurisprudence strasbourgeoise. Cette autre logique, se mouvant dans l'espace tiers séparant le Droit et le Non-Droit, emprunte moins à la contrainte normative qu'à la persuasion argumentée. Plus libre, cette autre logique n'en requiert pas moins un encadrement méthodologique. Celui-ci reste encore à construire (II.3).

II.1. – *L'enrichissement de l'interprétation conventionnelle par des sources externes : un procédé ancien*

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 [...]»

(18) Voy. en effet les §§65 à 86 de l'arrêt de Grande Chambre.

(19) Au demeurant, ce n'était pas la première fois que la Cour, dans une affaire mettant en cause la Turquie, prenait le parti d'interpréter la Convention à la lumière de dispositions de la Charte sociale européenne non souscrites par cet Etat : voy. p. ex. Cour eur. dr. h., *Tum Haber Sen et Cinar c. Turquie* (arrêt du 21 février 2006, §39); plus discrètement, voy. Cour eur. dr. h., *Karaçay c. Turquie* (arrêt du 25 mars 2007, §17); *Satilmis et autres c. Turquie* – devenu, après rectification, *Dilek et autres c. Turquie* – (arrêt du 17 juillet 2007, §37). La Cour fit par ailleurs remarquer que, dans les arrêts *Öneryildiz* (arrêt du 30 novembre 2004, §59) et *Taskin et autres* (arrêt du 10 novembre 2004, §99), elle avait d'ores et déjà interprété la Convention à la lumière de traités que la Turquie, Etat défendeur à la cause, n'avait pas ratifiés. Voy. encore Cour eur. dr. h., *Unal Tekeli c. Turquie* (arrêt du 16 novembre 2004, §§27, 28 et 60 – à propos du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

Une lecture restrictive de cette disposition conduirait à considérer que le texte conventionnel est l'unique matériau de référence mobilisable par le raisonnement strasbourgeois. Cette lecture stricte ne fut cependant jamais celle de la principale intéressée.

Comme l'énonce en effet l'arrêt commenté, «la 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» (20). Cette affirmation, solennelle, inaugure au demeurant un impressionnant inventaire des sources extra-conventionnelles qui, dans les annales strasbourgeoises, ont été mobilisées aux fins d'enrichir l'interprétation de la Convention (21).

Dans cet inventaire figurent tout d'abord «les traités internationaux applicables en la matière» (22). La Cour fournit à ce titre une liste d'exemples, incluant notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention sur les droits de l'enfant, ou encore, les conventions conclues dans le giron de l'O.I.T. La circonstance que les instruments internationaux pareillement mobilisés n'aient pas été ratifiés par l'ensemble des Etats parties à la Convention, n'est pas, selon la Cour, un obstacle (23). Pas davantage le caractère intrinsèquement non contraignant de la «production jurisprudentielle» issue des organes mis en place par les instruments internationaux susdits, ne fait-il obstacle à ce que la Cour européenne puisse en tirer quelque inspiration. Ainsi et par exemple, dans l'arrêt *Bartik c. Fédération de Russie* (24), l'observa-

(20) §67 de l'arrêt de Grande Chambre.

(21) Cet inventaire pourrait encore être complété d'autres éléments. Voy. à ce égard la jurisprudence citée par F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 2008, pp. 24 à 242, n° 160. Adde, J.-F. FLAUSS, «Du droit international comparé des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Schultess, 2002, pp. 159-182.

(22) Voy. les §§69 à 73 de l'arrêt commenté.

(23) La Cour rappelle ainsi que dans l'affaire *Marckx c. Belgique*, relative au statut des enfants nés hors mariage, elle avait fondé son interprétation sur deux conventions internationales, datées respectivement de 1962 et 1975, que la Belgique, au même titre que d'autres Etats parties à la Convention, n'avait pas encore ratifiées à l'époque (arrêt du 13 juin 1979, §§20 et 41). Autre exemple : dans ses arrêts *McElhinney c. Irlande*, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et *Fogarty c. Royaume-Uni*, la Cour s'est appuyée sur la Convention européenne sur l'immunité des Etats, qui n'avait été ratifiée que par huit Etats membres à l'époque des faits.

(24) Cour eur. dr. h., arrêt *Bartik c. Fédération de Russie*, 21 décembre 2006, §§30, 36 et 49.

tion générale (25) n° 27 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies fut abondamment utilisée aux fins de «nourrir» l'interprétation de l'article 2 du quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Les «principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées» sont également, depuis l'arrêt *Golder* (26) et de manière constante par la suite, autant de référents de l'interprétation conventionnelle. Enfin, la Cour n'hésite pas non plus à s'inspirer du *soft law* produit dans les sphères internationales, qu'il s'agisse pour elle de trancher la délicate question de la fixation de la majorité pénale (27), ou d'élaborer plus avant la protection environnementale qu'elle a patiemment construite sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Ainsi et par exemple, le récent arrêt *Tatar c. Roumanie* introduisit en toute clarté les principes de «précaution» et de «prévention» dans le droit conventionnel en les empruntant très largement aux déclarations de *Stockholm* (1974) et de *Rio* (1992) (28).

Toujours selon l'arrêt commenté (29), le droit du Conseil de l'Europe constitue un autre réservoir de référents utiles pour l'interprétation conventionnelle. Ceux-ci seront puisés, dans un certain nombre d'hypothèses, au sein de traités n'ayant pas – loin s'en faut – été ratifiés par l'ensemble des Etats parties à la Convention (30). La mobilisation de la Charte sociale européenne et de la jurispru-

(25) Par principe, ces observations générales sont dépourvues de force obligatoire. Voy. G. ABLINE, «Les observations générales. Une technique d'élargissement des droits de l'Homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2008, p. 469.

(26) Cour eur. dr. h., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975.

(27) Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, §73.

(28) Cour eur. dr. h., arrêt *Tatar c. Roumanie*, 27 janvier 2009, §§70, 111 et 120.

(29) Voy. les §§74-75 de l'arrêt commenté.

(30) La Cour cite à cet égard l'exemple de la Convention d'Oviedo, utilisée comme référent interprétatif dans l'arrêt *Glass c. Royaume-Uni* (arrêt du 9 mars 2004, §75). Un autre exemple (voy. aussi la note 23 ci-avant) est fourni par la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales et la jurisprudence de ses organes d'application, «utilisées» notamment dans l'arrêt de Grande Chambre *D.H. et autres c. République tchèque* de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans certains cas, la Cour se réfère à des instruments du Conseil de l'Europe qui, au moment où elle statue, n'ont encore été ratifiés par aucun Etat. Voy. notamment, à propos de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, adoptée le 27 octobre 2005, Cour eur. dr. h., req. n° 61093/00, décision *SCEA Ferme de Fresnoy c. France* du 1^{er} décembre 2005. Même un projet de traité a pu être considéré, dans l'arrêt *Emonet c. Suisse*, comme un référent interprétatif utile aux fins d'interprétation de la Convention dans la problématique de l'adoption. Selon cet arrêt en effet, ledit projet constituait un «indice pour une reconnaissance grandissante, dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, pour le type d'adoption qui est à la base de la présente affaire» (Cour eur. dr. h., arrêt *Emonet c. Suisse*, 13 décembre 2007, §84).

dence de ses organes d'application relève à cet égard d'une tradition ancienne (31); l'arrêt commenté montre que cette mobilisation n'est nullement entravée par la circonstance qu'elle porterait sur des dispositions de la Charte non souscrites par l'Etat défendeur. Au-delà des instruments conventionnels proprement dits, les filets interprétatifs de la Cour ont été déployés, de manière sans cesse plus fréquente et massive ces dernières années, dans l'océan de *soft law* produit au sein du Conseil de l'Europe (32). On ne compte plus, singulièrement dans le cadre du contentieux pénitentiaire européen (33), de la protection des minorités (34) ou de la délimitation prétorienne des limites assignées au *Hate speech* (35), les références faites aux recommandations et résolutions du Comité des ministres et de l'Assemblée parlementaire. Comme le souligne cependant l'arrêt commenté (36), la Cour franchit un pas supplémentaire en empruntant du matériel interprétatif à d'autres organes du Conseil de l'Europe qui sont pour leur part «dépourvus [...] de toute fonction de représentation des Etats parties à la Convention, qu'il s'agisse d'organes de surveillance ou d'organes experts». Les textes produits par la Commission de Venise (37) et par l'E.C.R.I. (38),

(31) Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, §35; arrêt *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006, §72.

(32) Sur ceci, voy., de manière plus générale, F. TULKENS et 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», *Liber amicorum M. Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505 et s.

(33) Voy. F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les droits du détenu dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme», *Le nouveau droit des peines : statuts juridiques des condamnés et tribunaux de l'application des peines*, Bruxelles, Bruylant, coll. «Droit et Justice», vol. 73, 2007, pp. 15 et s. Adde, récemment, Cour eur. dr. h., arrêt *Slawonir Musial c. Pologne*, 20 janvier 2009, §96 (s'exprimant e.a. à propos des «Règles pénitentiaires européennes»).

(34) Voy. p. ex. Cour eur. dr. h., arrêt *D.H. et autres c. République Tchèque*, 13 novembre 2007, §§54-58.

(35) Voy. Cour eur. dr. h., arrêts *Gunduz c. Turquie*, 4 décembre 2003, §22 et *Balysytė-Lideikienė c. Lituanie*, 4 novembre 2008.

(36) Voy. le §75 de l'arrêt commenté.

(37) Voy. p. ex. Cour eur. dr. h., arrêts *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*, 11 novembre 2007, §§70-73 et *Tanase et Chirtoaca c. Moldova*, 18 novembre 2008, §110 (sur cet arrêt, cons. J.-F. FLAUSS, «Le droit du Conseil de l'Europe au service d'élections libres et de la double nationalité», cette revue, pp. 851 à 866). Voy. ég., en dehors du contentieux électoral, Cour eur. dr. h., arrêt *Menchinskaya c. Russie*, 15 janvier 2009, §34.

(38) Voy. par exemple, parmi beaucoup d'autres, Cour eur. dr. h., arrêts *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007 et *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, 9 octobre 2007, §28.



ainsi que les standards issus du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (39) fournissent à cet égard des balises de plus en plus prises, respectivement dans la jurisprudence strasbourgeoise «électorale», «multiculturaliste» et «pénitentiaire».

Enfin, l'observateur attentif de cette jurisprudence n'aura pas manqué d'y apercevoir, ces dernières années, des références et emprunts de plus en plus diversifiés au droit de l'Union européenne (40). Ici encore, l'absence d'identité des parties contractantes – le droit de la Petite Europe n'engage que 27 des 47 Etats membres de la Grande Europe – n'a nullement fait obstacle à ce que d'aucuns ont appelé un phénomène d'*Unionisation* du droit de la Convention européenne des droits de l'homme (41). Particulièrement significatif à cet égard est le récent et très pédagogique arrêt *Zolotoukhine c. Russie* où, par le truchement d'une interprétation «enrichie» de l'article 4 du Protocole additionnel n° 7, la Cour en arriva indirectement à étendre à la Fédération de Russie les standards et principes qui, dans le droit de l'Union, donnent corps à la règle *non bis in idem* (42). Une fois encore, l'absence de portée juridique de l'instrument concerné n'empêche pas son utilisation aux fins d'enrichissement de l'interprétation conventionnelle. L'arrêt commenté rappelle au demeurant qu'à une époque où son homologue luxembourgeoise se murait encore dans un total mutisme à son propos (43), la Cour de Strasbourg convoquait sans complexe dans ses raisonnements la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (44). Pareille invocation n'avait au demeurant rien de

(39) Voy. les références citées au §75 de l'arrêt commenté. *Adde*, pour des références complémentaires, F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les droits du détenu dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, pp. 27 et 52.

(40) Voy., parmi beaucoup d'autres, Cour eur. dr. h., arrêt *Mangouras c. Espagne*, 8 janvier 2009; arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008.

(41) Voy. J. CALLEWAERT, «'Unionisation' and 'Conventionisation' of Fundamental Rights in Europe: the Interplay Between Union and Convention Law and its Impact on the Domestic Legal System of the Member States», *The Europeanisation of International Law*, sous la dir. de J. WOUTERS et *al.*, TMC Asser Press, La Haye, 2008, spéc. pp. 120 et s.

(42) Cour eur. dr. h., arrêt *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, §§33-38 et 79; cons. H. MOCK, «*Ne bis in idem*: Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits», dans le présent numéro de la *Rev. trim. dr. h.*

(43) Ce n'est que dans l'arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006 que la Cour de justice des Communautés européennes a, pour la première fois, fait explicitement allusion à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(44) Voy. Cour eur. dr. h. (Gde Ch.), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, §100; décision *Zigarella c. Italie*, 3 octobre 2002; arrêt (Gde Ch.),

cosmétique : comme dans l'arrêt commenté, elle intervint rien moins qu'au soutènement de deux revirements de jurisprudence (45) et d'un arrêt de principe (46).

rtdh.eu

On le voit : l'affaire *Demir et Baykara* n'inaugure en rien une nouvelle pratique interprétative. Tout juste offre-t-elle, sur le modèle d'autres arrêts tels les arrêts *D.H. c. République Tchèque* ou *Zolotoukhine c. Russie*, une illustration du feu d'artifice juridique auquel peuvent aboutir, une fois mises bout à bout, les avancées et audaces caractéristiques d'une jurisprudence parfois très ancienne. En l'occurrence, l'article 11 de la Convention s'y mue en un véritable «intertexte» nourri des apports – «durs», «tendres» ou «franchement mous»! – des deux Pactes Onusiens (§§99 et 124), du droit textuel et «prétorien» de l'O.I.T. (§§100-102, 123-124, et 147-148), du droit textuel et «prétorien» de la Charte sociale européenne (§§103, 149), de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (§§105 150), ainsi que des textes produits par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe (§104).

II.2. – *L'enrichissement de l'interprétation conventionnelle par des sources externes : un ancrage difficile dans le droit international classique*

A plusieurs reprises, l'arrêt commenté laisse entendre que la référence à des sources externes aux fins d'interprétation de la Convention procéderait, sur un plan juridique, de la mise en œuvre de la règle contenue à l'article 31, §3, c de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (Voy. en effet les §§65, 67 et 76). Nimbée d'un flou certain dans la doctrine et la jurisprudence internationale (47), cette règle dite de «l'intégration systémique» fit des

←

Sørensen et Rasmussen c. Danemark, 11 janvier 2006, §74 (au travers de cette référence à la Charte des droits fondamentaux, s'opère également explicitement une référence à la Charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs, qui a elle aussi le statut de *soft law*); Cour eur. dr. h. (Gde Ch.), arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, 19 avril 2007, §60.

(45) Voy. l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, et l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* du 19 avril 2007. Le revirement opéré par ce dernier arrêt avait pour ainsi dire été suggéré, par une référence encore plus appuyée à la Charte des droits fondamentaux, par une opinion concordante commune jointe à l'arrêt *Martinie c. France* du 12 avril 2006.

(46) Cour eur. dr. h. (Gde Ch.), arrêt *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006, §74.

(47) Voy. sur ce point C. McLACHLAN, «The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3)(c) of the Vienna Convention», 54, *ICLQ*, 2005, p. 279. L'étude de cette

→



apparitions relativement fréquentes dans la jurisprudence strasbourgeoise, et ce, depuis les origines de celle-ci (48). En l'occurrence, l'article 31, §3, c, précité impose à l'interprète d'un traité de tenir compte, aux fins d'éclaircir la portée de celui-ci, de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties». Il est cependant douteux que cette disposition, dont on a parfois affirmé qu'elle constituerait un remède partiel à la fragmentation du droit international, offre un ancrage solide à l'ensemble des interprétations enrichissantes, ci-avant décrites, auxquelles se livre la Cour européenne des droits de l'homme. Séparément et *a fortiori* cumulativement, plusieurs motifs viennent en soutien d'un tel scepticisme.

Selon ses propres termes, l'article 31, §3, c, de la Convention de Vienne ne reconnaît de pertinence interprétative qu'aux seules références faites à des «règles de droit international». Sous cette expression, sont visées les règles issues des sources formelles classiques du droit international, telles qu'énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice (49). Règles conventionnelles, coutumes et principes généraux du droit sont ainsi parfaitement éligibles au statut d'enrichisseurs interprétatifs. Il n'en va par contre pas de même, dans la rigueur des principes, s'agissant des «actes

←

disposition a suscité un regain d'intérêt doctrinal ces dernières années, à la faveur notamment des travaux menés par la Commission de droit international sur le thème de la «fragmentation du droit international». Voy. en effet, J. KLABBERS, «Reluctant 'Grundnormen': Article 31 (3)c and 42 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Fragmentation of International Law», *Time, History and International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, pp. 141-161; D. FRENCH, «Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules», 55, *ICLQ*, 2006, pp. 281 et s.; J. CAZALA, «Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de 'toute autre règle pertinente de droit international applicable entre les parties' en tant que 'passerelle' jetée entre systèmes juridiques différents», *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, sous la dir. de H. RUIZ-FABRI et L. GRADONI, Société de législation comparée, Paris, 2009, à paraître. La version ronéo de ce texte est citée avec l'aimable autorisation de l'auteur.

(48) Voy. à ce sujet M. E. VILLIGER, «Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für G. Ress*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 317 et s. *Adde*, notamment, Cour eur. dr. h., arrêt «*Bosphorus*» c. *Irlande* du 30 juin 2005; arrêt *Saadi c. Royaume-Uni* du 29 janvier 2008, §62. Voy. enfin, pour une critique de la non-utilisation de cette règle, l'opinion partiellement dissidente jointe par la Juge ZIEMELE à l'arrêt de Grande Chambre *Andrejeva c. Lettonie* du 18 février 2009.

(49) C. McLACHLAN, «The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3)C of the Vienna Convention», *op. cit.*, p. 290.



concertés non conventionnels» (50) et, plus généralement, de tous les textes de *soft law*, internationaux ou européens, dont la pratique interprétative strasbourgeoise fait pourtant, nous l'avons vu, une abondante consommation. Certes, diverses voies existent qui permettent de conférer indirectement à ce *soft law*, par un raccord à une source classique (référence dans un traité, contribution à la naissance d'une coutume ou attestation de la naissance de celle-ci), l'efficacité juridique dont il se trouve intrinsèquement dépourvu (51). Loin s'en faut cependant que l'ensemble des produits de *soft law* utilisés comme référents par le juge strasbourgeois puissent, avec toute la crédibilité voulue, être réinscrits dans l'une ou l'autre de ces voies. Il en va spécialement ainsi lorsqu'il apparaît, sans contestation sérieuse, que les Etats concernés ont délibérément et consciemment opté pour l'alternative du *soft Law* aux fins d'échapper à l'engagement juridique. Tel était par exemple la volonté claire des Etats du Conseil de l'Europe lorsqu'ils ont préféré la voie d'une réactualisation des *Règles pénitentiaires européennes* (11 janvier 2006) à celle de l'élaboration, en forme de traité, d'une *Charte européenne des prisons* (52). Prenant distance d'avec la

(50) J. CAZALA, «Le rôle de l'interprétation des traités...», *op. cit.*, version ronéo, p. 22.

(51) Voy. F. TULKENS et 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», *op. cit.*, pp. 508 et s.

(52) 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 (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. Voy. aussi la recommandation (1747(2006)), datée du 29 mai 2006, et fondée sur un rapport de M. HUNAUT (Doc. 109922, 3 mai 2006). L'initiative avait au demeurant reçu un écho favorable du côté de l'Union européenne (recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil sur les droits des détenus dans l'Union européenne (2003/2188(INI)), *J.O.*, C 102 E, 28 avril 2004, pp. 0154 et s.). Le projet ainsi porté par les deux assemblées européennes ne vit cependant pas le jour, à tout le moins à court ou moyen terme. 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 Etats 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 Etats membres et au niveau européen en général» (réponse à la recomman-

→



volonté ainsi clairement exprimée, la Cour européenne a cependant tôt fait d'utiliser massivement les *Règles* ainsi réactualisées aux fins de résoudre les problèmes pointus d'interprétation des articles 2 et 3 (53) de la Convention que soulève le «contentieux pénitentiaire» porté devant elle...

L'article 31, §3, c, de la Convention de Vienne n'autorise par ailleurs la mobilisation interprétative d'une source formelle de droit externe au traité interprété, qu'à la condition que celle-ci soit «applicable dans les relations *entre parties*». Les «parties» dont question n'étant pas autrement définies, leur identification a fait l'objet d'une controverse importante, récemment résumée par la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux sur la «fragmentation du droit international» (54). Selon une thèse maximaliste, que reflète le propos ci avant résumé de MM. Renucci et Birsan, il serait requis que la source externe mobilisée à des fins interprétatives, s'impose en droit à *l'ensemble des Etats parties au traité interprété*. Cette thèse maximaliste est, clairement, celle qui est endossée par une certaine jurisprudence de l'O.M.C. (55). A l'autre bout du spectre, la thèse minimaliste subordonne la mobilisation interprétative de la source externe à la condition minimale que celle-ci lie, en droit, *les parties au différend* dans le cadre duquel est soulevée la question d'interprétation du traité litigieux. Selon le groupe d'étude de Commission du droit international, la thèse maximaliste présente cet inconvénient qu'elle rend quasiment inexistante, ou à tout le moins, franchement marginale, la possibilité de recourir à la règle d'interprétation visée par l'article 31, §3, c, en

←

dation 1747(2006), adoptée par le Comité des ministres le 27 septembre 2006 (CM/AS(2006)Rec1747final). En conséquence, le Comité des ministres estima que le problème soulevé pouvait être rencontré par la réactualisation des Règles pénitentiaires européennes – c'était chose faite depuis le 11 janvier 2006 – et par l'engagement de remettre celles-ci sur le métier tous les cinq ans, aux fins d'éventuelle mise à jour.

(53) Cour eur. dr. h., arrêt *Rivière c. France*, 11 juillet 2006; Gde Ch., arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, §§31 à 34 et 75. Voy. encore, de manière particulièrement significative, Cour eur. dr. h., arrêt *Slawonir Musial c. Pologne*, 20 janvier 2009, §93 : «In recent judgments the Court has drawn the authorities' attention to the importance of this recommendation, notwithstanding its non-binding nature for the member States».

(54) C.D.I., «Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du groupe d'étude de la Commission de droit international», A/CH.4/L.682, 13 avril 2006, 279 p.

(55) *Ibid.*, pp. 247-248 citant sur ce point la position d'un Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Produits biotechnologiques*. Adde, C. MACLACHLAN, «The Principle of Systemic interpretation...», *op. cit.*, pp. 314-315 et réf. citées.



présence de très vastes traités multilatéraux comportant un grand nombre de parties contractantes (56), et qu'elle isole donc totalement ceux-ci de leur environnement normatif (57). En conséquence, ce même groupe d'étude marque sa préférence pour la thèse minimaliste ci-avant développée (58), mais sous la réserve d'une analyse portant sur la nature des obligations imposées par le traité à interpréter. En effet, et par essence, l'endossement de la thèse minimaliste implique nécessairement l'éventualité qu'un même traité reçoive des interprétations variables vis-à-vis des Etats qui l'ont ratifié, et ce, en raison de l'absence d'identité systématique des autres engagements internationaux liant chacun de ces Etats. Selon le groupe d'étude (59),

«malgré le risque d'éventuelles divergences d'interprétation (en fonction des Etats parties qui sont aussi parties au différend), (la thèse minimaliste) refléterait simplement le besoin de respecter la volonté des parties (naturellement divergente) telle qu'elle a été éclairée par la référence à ces autres traités, et le caractère bilatéraliste de la plupart des traités étayé par les pratiques en matière de réserves, de modifications *inter se* et de traités successifs par exemple [...]. Le risque de divergence – courant en droit conventionnel – diminuerait s'il était fait une distinction entre traités 'réciproques' et 'synallagmatiques' (auquel cas la simple «divergence» d'interprétation ne crée aucun problème) et traité de type 'intégral' ou 'interdépendant' (ou traités conclu *erga omnes partes*), cas dans lequel il ne faudrait pas laisser le recours à cet autre traité menacer la cohérence du traité qui doit être interprété».

La controverse ainsi résumée n'a pas été encore été définitivement tranchée dans les sphères internationales. Peu importe cependant, puisque l'on constate que la Cour européenne des droits de l'homme inscrit de toute façon sa propre pratique nettement *en deçà* des exigences formulées par les deux thèses en présence. L'arrêt commenté confirme avec éclat ce que la jurisprudence antérieure laissait clairement entendre (60) : il n'est nullement besoin que

(56) *Ibid.*, pp. 248 et 258.

(57) *Ibid.*, p. 259 et réf. citées.

(58) Dans un sens identique, voy. D. FRENCH, «Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules», *op. cit.*, pp. 306-307; comp. J. CAZALA, «Le rôle de l'interprétation des traités...», *op. cit.*, version ronéo, pp. 29-30.

(59) *Ibid.*, p. 260 et réf. citées.

(60) Les termes de l'arrêt *Bianchi c. Suisse* sont, à cet égard, éloquentes : «(L)a Convention ne doit pas être interprétée isolément, mais [...] il convient, en vertu de

→

l'Etat défendeur ait ratifié un traité pour que celui-ci puisse être, dans le cadre d'une affaire qui le met en cause, mobilisé à titre de référent interprétatif de la Convention. Il est de toute façon douteux, à la lumière des *distinguos* auxquels se livre la Commission du droit international, qu'un éventuel alignement strict de la pratique Cour sur les exigences de la thèse minimaliste emporterait des conséquences acceptables dans le cadre du système conventionnel. La Convention n'est pas un traité «réciproque» ou «synallagmatique» dont l'interprétation à géométrie variable (*i.e.*, liée à l'identité de l'Etat défendeur) pourrait être admise sans grande difficulté ni périls pour sa propre cohérence (61) : l'officialisation de «doubles standards» (62) saperait, non seulement l'autorité de la Cour et de

←

l'article 31, §3, c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités [...], de tenir compte de toute règle pertinente de droit international applicable à la partie contractante. Cela étant, les obligations que l'article 8 de la Convention fait peser sur les Etats contractants en matière de réunion d'un parent à ses enfants doivent s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 [...] et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. *Cela est d'autant plus vrai en l'espèce* que l'Etat défendeur est également partie à ce dernier instrument [...]. (Cour eur. dr. h., arrêt *Bianchi c. Suisse* du 22 juin 2006, §§81-83). La périphrase mise en exergue indique que la ratification de la source externe par l'Etat défendeur conforte la légitimité de son utilisation à des fins interprétatives, mais n'en constituerait pas une condition *sine qua non*.

(61) A la limite, l'approche «bilatéraliste» ne poserait pas de difficultés majeures, dans le système conventionnel, si la prise en considération des traités parallèles partiellement ratifiés par les Etats parties à la Convention opérait, non aux fins d'interprétation générale des droits et libertés garantis ou d'appréciation générale des conditions de fond qui conditionnent la validité des limitations apportées à ceux-ci, mais uniquement aux fins de trancher la question de savoir si ces limitations sont «prévues par la loi» de l'Etat défendeur. Toutefois, on observe une réticence de la Cour à vouloir déployer la prise en considération desdits traités parallèles sur ce terrain précis. Voy., de manière très symptomatique, Cour eur. dr. h., arrêt *Tanase et Chirtoaca c. Moldova*, 18 novembre 2008, §106 : «That being said, the Court notes that there is an apparent inconsistency between the provisions of Law No. 273 and the requirements of Article 17 (1) of the European Convention on Nationality [...], which is part of the internal legal order and, as a duly ratified international instrument, takes precedence over national legislation. A question may accordingly arise as to the overall lawfulness of the disputed restriction. *It is not for the Court to resolve this perceived conflict of norms*» (notre accent) (sur cet arrêt, cons. J.-F. FLAUSS, «Le droit du Conseil de l'Europe au service d'élections libres et de la double nationalité», cette *revue*, pp. 851 à 866). Comp. cependant Cour eur. dr. h., arrêt *Aristimuno Mendizabal c. France* du 17 janvier 2006, §74.

(62) On sait en effet combien la Cour est rétive à officialiser la création, et l'application par elle-même, de «doubles standards» dans l'interprétation de la Convention.

→



sa production jurisprudentielle, mais aussi, et plus gravement encore, l'idée même d'universalité des droits de l'homme dont elle a la garde.

On signalera enfin qu'en droit international, la controverse est toujours vive (63) concernant la dimension temporelle de l'article 31, §3, c. Celui-ci limite-t-il le champ des référents interprétatifs aux seules règles de droit international qui étaient en vigueur au moment de la *conclusion* du traité à interpréter (thèse contemporanéiste) ou vise-t-il au contraire les règles de droit international qui sont en vigueur au moment de l'*application* du traité à interpréter (thèse évolutionniste)? La pratique de la Cour européenne s'est, de tout temps, inscrite dans le cadre de la seconde thèse en présence. Vu cependant la persistance de la controverse ci avant esquissée, on n'oserait affirmer que cette pratique trouve un ancrage certain dans l'article 31, §3, c, de la Convention de Vienne.

Que retenir? Au regard des différentes données livrées ci-dessus, il ne semble pas possible, contrairement à ce que l'arrêt commenté suggère lui-même de manière allusive, de fonder la légitimité et l'obligatorité des procédés d'enrichissements interprétatifs usités

←

Voy. à cet égard, à propos de la question de savoir si, en matière de financement d'un parti politique national par un parti politique étranger, des règles plus strictes ne devraient pas s'appliquer dans l'espace de l'Union européenne, Cour eur. dr. h., arrêt *Parti nationaliste Basque – Organisation régionale d'Iparralde c. France*, 7 juin 2007, §48 : «Le parti requérant soutient qu'il faut néanmoins adopter une approche spécifique s'agissant du financement d'un parti politique constitué dans un Etat membre de l'Union européenne par un parti politique constitué dans un autre Etat 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 Etats 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 [...] 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 Etat 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 Etats membres de l'Union est un choix éminemment politique, qui relève en conséquence de sa marge d'appréciation résiduelle».

(63) Pour un résumé de cette controverse, voy. le rapport précité du groupe d'étude de la Commission de droit international (*op. cit.*, pp. 262 et s.); C. MACLACHLAN, «The Principle of Systemic interpretation...», *op. cit.*, pp. 316-318; J. CAZALA, «Le rôle de l'interprétation des traités...», *op. cit.*, version ronéo, pp. 30 et s.



par la Cour sur l'autorité incontestable de l'article 31, §3, c, de la Convention de Vienne. Ce constat n'autorise toutefois pas à taxer ces procédés d'inadmissibles; tout juste invite-t-il à les réinscrire dans une autre logique.

II.3. – *Les sources externes :*
des «indications» susceptibles d'être «prises en compte»
pour «objectiver» l'interprétation évolutive

Les appuis que prend la Cour européenne sur des référents extra-conventionnels cadrent mal avec la logique formaliste, binaire et juridiquement pure qui imprègne la mise en œuvre de l'article 31, §3, c, de la Convention de Vienne. Ils reçoivent par contre leur explication et conquièrent leur légitimité comme facteurs d'objectivation de la mise en 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 commenté (64), 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 du droit interne des Etats parties, d'«indications» attestant l'existence éventuelle d'un consensus européen sur la question en litige (65). La notion d'«indications» ici utilisée est empruntée à dessein à la jurisprudence luxembourgeoise dite des «principes généraux» (66) : elle vise une position

(64) §68 de l'arrêt de Grande Chambre.

(65) Sur ceci, voy. l'étude de V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Mémoire de DEA en droit communautaire européen, 1998, Université de Montpellier 1.

(66) Voy. C.J.C.E., C-4/73, *Nold c. Commission*, 14 mai 1974, point 13 : «Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont [la Cour] assure le respect; en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres [...] Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des *indications* dont il convient de tenir compte

→

d'entre-deux entre, d'une part, le «fait» totalement dépourvu de dimension nécessitante (l'«indication» est plus qu'une «information») et 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 révèlent 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 (67), l'exercice d'objectivation des constats portant sur les «conditions de vie actuelles» passe moins systématiquement par des études de droit national comparé (68) que par l'analyse des «indications» fournies par divers instruments élaborés dans les sphères européennes et internationales. La logique «d'entre-deux» demeure cependant la même. Les «indications» recherchées n'ont pas nécessairement

←

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 Etats membres 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., p. ex., à propos de la Charte communautaire des droits sociaux des travailleurs, C.J.C.E., C-151/02, 9 septembre 2003, pt. 47; C-173/99, 26 juin 2001, pt. 39; C-341/05, 18 décembre 2007, pt. 90).

(67) Assez significativement, V. Claude affirmait, en 1998, que les références à des instruments internationaux extra-conventionnels dans le cadre de l'interprétation consensuelle demeurent «souvent circonstanciées et peu fréquentes» (V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle...*, op. cit., p. 34).

(68) 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 47 Etats membres (voy. les réflexions de R. BERNHARDT, «Comparative Law in the Interpretation an Application of the Convention on Human Rights», *Mainly Human Rights. Studies in Honor of J.J. Cremona*, Fondation internationale de Malte, La Valette, 1999, spéc. p. 34. Adde R.-J. UHL, «Maak vaker en structureler gebruik van rechtsvergelijking!», *NJCM-Bulletin*, 2004, pp. 983-984). Les analyses de droit national comparé effectuées par la Cour ont souvent été critiquées pour leur relative légèreté (Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant/F.U.S.L., 2001, pp. 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. Adde l'opinion dissidente jointe par M^{me} la Juge TULKENS à l'arrêt de Grande Chambre *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, §3). 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. J. GERARDS, observations précitées.



besoin d'être logées dans des instruments juridiquement contraignants pour que les «tendances» qu'elles révèlent par leur accumulation soient prises en compte aux fins d'interprétation de la Convention (69). Les termes de l'arrêt commenté 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 Etats, les dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des Etats 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» (70).

Sur le plan de l'heuristique juridique, la logique ci avant décrite investit la Cour d'une grande liberté : comme le démontre à loisir l'arrêt commenté, 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 où se meuvent les interprétations consensuelles et évolutives de la Cour.

A cette Cour, il incombe tout d'abord d'expliquer pourquoi et dans quelle mesure tel instrument, quoique étant intrinsèquement non contraignant, fournit une indication pertinente dont elle décide de tenir compte. De ce point de vue, la pratique de la Cour n'est pas toujours satisfaisante. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la jurisprudence «pénitentiaire» de la Cour opère souvent, et sans s'en expliquer longuement, un alignement interprétatif de l'article 3 de la Convention sur les standards établis par le C.P.T. (71). Cet ali-

(69) Voy. le paragraphe 86 de l'arrêt commenté. Voy. encore, de manière tout à fait significative, Cour eur. dr. h., arrêt *V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999. 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 répond 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 [...]*» (notre accent).

(70) §76 de l'arrêt commenté (notre accent).

(71) Voy. *supra*, notes 33 et 39.

gnement n'est cependant pas systématique, et la Cour a du reste récemment affirmé qu'il n'est pas, en ce qui la concerne, obligatoire (72). Ainsi et par exemple, la Cour a expressément pris distance, dans une affaire *Aleksayan c. Fédération de Russie*, du standard du C.P.T. affirmant que les détenus doivent bénéficier, en prison, de soins équivalents à ceux qu'ils pourraient obtenir s'ils étaient en liberté (73). Cette prise de distance n'est, comme telle, pas motivée : on peut le regretter. A défaut d'explication convaincante de sa géométrie variable, la pratique d'enrichissement interprétatif risque, non seulement de se voir taxée d'arbitraire (*Cherry Picking* (74)), mais aussi de faire perdre sa crédibilité à la source externe mobilisée. Dans la même veine (75), on a déjà signalé que la Cour n'hésite pas à faire référence aux prises de position des organes de surveillance mis en place par les instruments de protection des droits fondamentaux des Nations Unies (76). On s'étonnera

(72) Voy., en ce qui concerne les standards du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants sur l'espace minimal dont chacun des détenus doit pouvoir bénéficier, Cour eur. dr. h., arrêt *Trepashkin c. Fédération de Russie*, 19 juillet 2007, §92 : «The Court has frequently found a violation of Article 3 of the Convention on account of the lack of personal space afforded to 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 this area developed by other international institutions, such as the CPT [...], these cannot constitute a decisive argument». Comp. avec les arrêts *Kadikis c. Lettonie*, 4 mai 2006 (§52) et *Kalachnikov c. Russie*, 15 juillet 2002 (§97) où le dépassement des normes fixées par le C.P.T. avait semblé constituer un motif suffisant du constat de violation finalement atteint.

(73) Cour eur. dr. h., arrêt *Aleksanyan c. Fédération de Russie*, 22 décembre 2008, §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 (as opposed to those detained on remand)».

(74) Sur ce «cherry picking» («picorage»), voy. J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGHE, «De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger», consultable sur <http://www.philodroit.be/>.

(75) Voy. aussi, dans un sens identique, les critiques adressées par J. GERARDS à l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* et l'«utilisation» qui y fut faite de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales (J. GERARDS, note précitée sous l'arrêt *Demir et Baykara*). Voy. encore les critiques adressées par A. ORAKHELASHVILI à l'arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* («Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *E.J.I.L.*, 2003, pp. 553-555).

(76) Voy. *supra*. Comme le démontre l'arrêt de Grande Chambre rendu en l'affaire *A. et autres c. Royaume-Uni* (19 février 2009, §178), cet alignement n'est cependant pas systématique.

alors que la jurisprudence strasbourgeoise jusqu'à présent advenue à propos du port de signes religieux en milieu scolaire ou universitaire, n'ait pas été nourrie des indications fournies, sur le même thème, par une «jurisprudence» onusienne sensiblement moins déférente à l'égard la marge d'appréciation étatique (77).

Il incombe aussi à la Cour d'expliquer pourquoi elle retient tel instrument comme porteur d'indications pertinentes, par préférence à d'autres instruments quant à eux porteurs d'indications divergentes, voire même contraires au premier. La difficulté n'est pas mince : sitôt que ses investigations cessent d'être bornées par un critère strict de juridicité, la Cour européenne se trouve confrontée à une masse considérable de textes qui peuvent prétendre au statut d'«enrichisseurs» de l'interprétation conventionnelle. Il en va particulièrement ainsi s'agissant du *soft law*. Le développement de la société internationale et des sociétés européennes, observable depuis la Seconde Guerre Mondiale, a en effet conduit à la création d'une pléthore d'institutions, d'agences et d'organes produisant eux-mêmes, selon des règles de fonctionnement qui leur sont propres, des textes aussi nombreux que diversifiés : «un horizon derrière l'horizon», ou encore, «un droit sans rivages», pour reprendre les belles expressions de E. Decaux (78). La masse des textes disponibles rend évidemment probable la survenance, en son sein, de contradictions *externes* – deux textes de *soft law* provenant d'origines distinc-

(77) Voy. et comp., à propos du port du voile par une enseignante, Cour eur. dr. h., req. n° 65500/01, décision *Kurtulmus c. Turquie*, 24 janvier 2006, avec les observations finales du Comité des droits de l'enfant sur le rapport de l'Allemagne (26 février 2004) (CRC/C/15/Add. 226, 2004, §30) : «The Committee (...) is concerned at laws currently under discussion in some of the Länder aiming at banning school-teachers from wearing headscarves in public schools, as this does not contribute to the child's understanding of the right to freedom of religion and to the development of an attitude of tolerance as promoted in the aims of education under article 29 of the Convention».

Voy. et comp., à propos du port du voile par une étudiante à l'université, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, 11 novembre 2005, avec CCPR, C. n° 931/2000, constatations *Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, 18 janvier 2005, CCPR/C/82/D/931/2000 (bien que l'on puisse cependant s'interroger sur la valeur précédente de cette prise de position; l'Etat défendeur s'était en effet abstenu d'apporter la moindre justification concrète à la mesure querellée).

S'agissant des autres prises de position onusiennes dans ce débat sur le voile, voy. D. MCGOLDRICK, *Human Rights and Religion : The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2006, spéc. pp. 100-101.

(78) E. DECAUX, «De la promotion à la protection des droits de l'Homme. Droit déclaratoire et droit programmatoire», *La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international*, Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 1998, p. 86.

tes se contredisent – ou de contradictions *internes* – deux textes successifs, provenant de la même origine, se contredisent (79). A supposer que les deux textes contradictoires soient *a priori* jugés dignes de «nourrir» l'interprétation de la Convention européenne, comment les départager? La difficulté tient évidemment au fait que les règles de conflit que l'on serait *a priori* tenté de vouloir mobiliser – *lex prior*, *lex specialis*, règles de conflits entre traités, règles hiérarchiques, etc. – n'ont, par la force de choses, pas vocation à s'appliquer dans la «zone grise» des règles non juridiquement contraignantes.

Au phénomène des contradictions pures et simples, s'ajoute potentiellement celui des «divergences partielles». On vise ici la situation où plusieurs textes potentiellement mobilisables aux fins d'enrichissement interprétatif, présentent des «indications» convergentes sur certains points, mais divergentes – sans être nécessairement contradictoires – sur d'autres. Nous verrons que de telles «divergences partielles» caractérisaient les multiples sources externes que la Cour mobilisa, dans l'arrêt *Demir et Baykara*, pour définir l'étendue des libertés syndicales des membres de l'«administration de l'Etat, de la police et de l'armée», au sens de l'article 11, §2.

Les contradictions pures et simples et divergences partielles doivent être arbitrées par la Cour. Une méthodologie transparente et argumentée est, pour ce faire, nécessaire; elle reste très largement à construire (80), puisque, répétons-le, les règles classiques de résolution des conflits entre sources proprement juridiques sont, dans cet univers non strictement juridique, *a priori* inopérantes.

III. – De nouveaux droits. Mais au profit de qui?

L'arrêt *Demir et Baykara* constitue une indiscutable avancée dans la matière des droits syndicaux (III.1). Il est néanmoins porteur d'une ambiguïté de taille quant à l'identification exacte des bénéficiaires de cette avancée (III.2).

(79) Pour des exemples de semblables contradictions, voy. F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Le *Soft-Law*...», *op. cit.*, pp. 525-526.

(80) *Ibid.*, p. 526.



III.1. – *L'extension de l'article 11
au droit à la négociation collective.
A quand le droit de grève?*

Au terme d'une jurisprudence inaugurée au début des années '70 et confirmée encore en 2004 (81), la Cour européenne des droits de l'Homme estima que le droit à la négociation collective ne constituait pas, en règle générale, un élément nécessairement inhérent à la liberté d'association garantie par l'article 11. Cette jurisprudence, dans le détail duquel nous n'entrerons pas (82) – l'arrêt commenté en offre au demeurant un résumé exhaustif (83) –, a aujourd'hui vécu. L'arrêt de chambre rendu le 21 novembre 2006 faisait encore mine de s'inscrire dans la lignée des précédents antérieurs, en affirmant que ceux-ci n'écartaient pas totalement la possibilité que «le droit de conclure une convention collective puisse constituer, dans les circonstances particulières d'une affaire, l'un des moyens principaux, voire le moyen principal, pour les membres d'un syndicat de protéger leurs intérêts» (84). Plutôt que de se lancer à l'identique dans des raffinements d'espèce porteurs d'insécurité, la Grande Chambre privilégia quant à elle un revirement en bonne et due forme (85), de portée générale, et au demeurant «dopé» par les indications en sens plus ou moins convergent venus de diverses sources extraconventionnelles (droit de l'O.I.T. (86); Charte sociale européenne (87); Charte des

(81) Cour eur. dr. h., req. n° 53507/99, décision *Swedish Transport Workers Union c. Suède*, 30 novembre 2004 : «La Cour rappelle que l'article 11, §1^{er} s'étend à la liberté syndicale en tant qu'aspect spécifique de la liberté d'association. Selon sa jurisprudence, les termes 'pour la défense de ses intérêts' montrent que la Convention protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci, action dont chaque Etat contractant doit permettre et faciliter la conduite et le développement, ainsi qu'un droit du syndicat à être entendu. Si cette disposition n'assure pas au syndicat un traitement particulier de la part de l'Etat, *comme le droit à conclure une convention collective donnée* [...], la négociation collective et les conventions collectives comptent certainement parmi les moyens les plus importants permettant aux syndicats d'assurer la protection des intérêts de leurs membres [...]» (notre accent).

(82) Voy. entre autres M. MERINO, «Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'Homme en question», *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 481 et s.

(83) Voy. le paragraphe 140 de l'arrêt commenté.

(84) Cour eur. dr. h., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 21 novembre 2006, §35. rtdh.eu

(85) Voy. le paragraphe 153 de l'arrêt commenté : «[...] la Cour estime que sa jurisprudence selon laquelle le droit de négocier et de conclure des conventions collectives ne constitue pas un élément inhérent à l'article 11 [...] *doit être revue* [...]» (notre accent).

(86) §§147-148 de l'arrêt commenté.

(87) §149 de l'arrêt commenté.



droits fondamentaux de l'Union européenne (88); pratique des Etats membres du Conseil de l'Europe (89)). Les termes de l'arrêt commenté sont éloquentes : « eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des Etats contractants en la matière, [...] le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du 'droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts' énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs. Comme les autres travailleurs, les fonctionnaires, mis à part des cas très particuliers, doivent en bénéficier, sans préjudice toutefois des effets des 'restrictions légitimes' pouvant devoir être imposées aux 'membres de l'administration de l'Etat' au sens de l'article 11, §2 [de la Convention] [...] ».

On doit selon nous regretter que l'élan pédagogique qui inspire cette conclusion se soit, au-delà d'un certain seuil, brisé au profit d'un minimalisme judiciaire porteur d'incertitudes pour le futur. Quelles sont en effet ces « cas très particuliers » dans lesquels les fonctionnaires se verraient, semble-t-il *de plano*, privés du droit nouvellement promu ? A-t-on voulu par là viser la situation des titulaires de certaines fonctions d'autorité particulières, ou, de manière plus générale, permettre une modalisation, voire une exclusion, de l'application du droit à la négociation collective dans la fonction publique statutaire, aux fins d'éviter une « contactualisation » totale des rapports d'emploi qui y sont noués ? La lecture de l'arrêt lui-même inclinerait assez volontiers en faveur de la première branche de l'alternative (90), tandis que l'opinion concordante jointe à l'arrêt par les juges Spielmann et consorts s'inscrit davantage dans la seconde d'entre elles. D'autres arrêts seront nécessaires pour que la clarté soit faite sur ce point.

Dans le même souci de clarté, il serait souhaitable qu'intervienne un *leading case* dissipant les incertitudes qui, à l'heure actuelle encore, entourent la question de l'inclusion du *droit de grève* parmi les prérogatives garanties par l'article 11. Dans sa jurisprudence la plus récente en effet (91), la Cour demeure au milieu du gué juridi-

(88) §150 de l'arrêt commenté.

(89) §151 de l'arrêt commenté.

(90) §151 de l'arrêt commenté.

(91) Sur cette jurisprudence, voy. M. MERINO, « Le renforcement de la protection... », *op. cit.*, pp. 463 et s.

que. D'un côté, elle se refuse à affirmer de manière explicite et générale que le droit de grève se trouve bel et bien consacré par l'article 11 (92). D'un autre côté cependant, elle tient implicitement mais certainement cette inclusion pour réalisée, lorsqu'elle examine *in concreto* si les limitations dont le droit de grève a fait l'objet dans tel ou tel affaire répondent à la triple condition de validité (légalité, légitimité, nécessité dans une société démocratique) stipulée par l'article 11, §2 (93). Au demeurant, le défaut de satisfaction à l'une

(92) Cour eur. dr. h., arrêt *Satilmis et autres c. Turquie* (devenu, après rectification, «*Dilek et autres c. Turquie*»), 17 juillet 2007, §57 : «[...] sans spéculer sur le point de savoir dans quelle mesure l'article 11 de la Convention octroie le droit à la grève et quelle est la définition de ce droit dans le cadre de cet article, la Cour estime (...)». Dans le même arrêt, voy. aussi le §68 : «En ce qui concerne le droit de grève, la Cour rappelle que si l'article 11 ne le consacre pas expressément, son octroi représente sans nul doute l'un des plus importants des droits syndicaux, mais il y en a d'autres. De surcroît, les Etats contractants ont le choix des moyens à employer pour garantir la liberté syndicale». Voy. également, Cour eur. dr. h., req. n° 38190/97, décision *Fédération des syndicats des travailleurs Offshore c. Norvège*, 27 juin 2002 : «[L'article 11] ne consacre pas expressément le droit de grève ou l'obligation pour les employeurs d'engager des négociations collectives. Tout au plus l'article 11 peut-il être considéré comme garantissant la liberté des syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs membres. L'octroi du droit de grève représente sans nul doute l'un des plus importants d'entre eux, mais il y en a d'autres». On notera qu'à la faveur du récent arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie* du 21 avril 2009, la Cour a procédé à l'inclusion quasi explicite du droit de grève parmi les prérogatives que consacre l'article 11. Voy. en effet le paragraphe 24 de l'arrêt : «La grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts [...]. La Cour note également que le droit de grève est reconnu par les organes de contrôle de l'Organisation internationale du travail (O.I.T.) comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la Convention C 87 de l'O.I.T. sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical [...]. Elle rappelle que la Charte sociale européenne reconnaît aussi le droit de grève comme un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective». Toujours selon le même arrêt, le droit pareillement consacré n'est pas absolu, singulièrement dans le chef des fonctionnaires. Voy. en effet le paragraphe 32 de l'arrêt : «La Cour reconnaît que le droit de grève n'a pas de caractère absolu. Il peut être soumis à certaines conditions et faire l'objet de certaines restrictions. Ainsi, le principe de la liberté syndicale peut être compatible avec l'interdiction du droit de grève des fonctionnaires exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'Etat. Toutefois, si l'interdiction du droit de grève peut concerner certaines catégories de fonctionnaires [...], elle ne peut pas s'étendre aux fonctionnaires en général, comme en l'espèce, ou aux travailleurs publics des entreprises commerciales ou industrielles de l'Etat».

(93) Voy. notamment Cour eur. dr. h., req. n° 38190/97, décision *Fédération des syndicats des travailleurs Offshore c. Norvège*, 27 juin 2002; arrêt *Satilmis et autres c. Turquie* (devenu, après rectification, «*Dilek et autres c. Turquie*»), 17 juillet 2007; arrêt *Karaçay c. Turquie*, 27 mars 2007; Cour eur. dr. h., req. n° 53574/99, décision *Unison c. Royaume-Uni*, 10 janvier 2002; arrêt *Urcan et autres c. Turquie*, 17 juillet 2008; arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, 21 avril 2009.

rtdh.eu



de ces conditions s'est d'ores et déjà soldé par l'une ou l'autre condamnation (94). Il conviendrait de mettre un terme à cette situation ambiguë. On s'expliquerait mal en effet que, s'enferrant dans un tel cache-cache juridique, la Cour de Strasbourg demeure longtemps en retrait de son homologue luxembourgeoise qui, pour sa part, a proclamé haut et clair l'inclusion du droit de grève dans le *corpus* des principes généraux dont elle a la garde (95).

III.2. – *Une question en suspend :*
l'identité exacte des bénéficiaires de la plénitude
des droits garantis pas l'article 11

Tant devant la Chambre que devant la Grande Chambre, le gouvernement plaidait l'irrecevabilité *ratione materiae* de la requête, en raison de la qualité de ses auteurs. Ceux-ci étant fonctionnaires municipaux, l'article 11 et les droits qu'il garantit leur auraient été inapplicables, et ce, en raison de la dernière phrase de l'article 11, §2 : «Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice (des droits consacrés à l'article 11, §1^{er}) par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat».

L'exception d'irrecevabilité ainsi formulée était assurément maladroite. A l'évidence en effet, la dernière phrase en question, loin de soustraire les personnes visées au champ d'application personnel de l'article 11 dans son intégralité, confirme tout au contraire qu'elles sont bel et bien titulaires, par principe, des droits que reconnaît cette disposition (96). Techniquement, la question était donc celle de savoir si cette fameuse phrase organise, au détriment des catégories visées, un régime de limitation exorbitant du droit commun de l'article 11, §2, première phrase – triple condition de légalité, de légitimité, et de nécessité dans une société démocratique –, régime de limitation qui eût été en mesure justifier les ingérences querellées en l'espèce.

(94) Voy. en effet les arrêts *Satilmis*, *Urcan*, *Enerji Yapi-Yol Sen* et *Karaçay* cités à la note précédente.

(95) C.J.C.E., C-341/05, 18 décembre 2007, pt. 90. Voy. à ce sujet C. NIVARD, «Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires», *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 1191 et s.

(96) Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Wille c. Liechtenstein*, 28 octobre 1999, §41.

La question ainsi posée est un classique des annales strasbourgeoises (97). Jusqu'à présent cependant, la Cour s'était gardée d'y apporter une réponse exhaustive, en usant d'artifices logiques (98).

Il est douteux que l'arrêt commenté comblera, sur ce point, les attentes de la doctrine. Certes constate-t-on qu'*in fine*, les ingérences dénoncées par les requérants furent bel et bien examinées, et condamnées par la Cour, dans le cadre du contrôle de «droit commun» de l'article 11, §2, première phrase, de l'article 11. Une lecture attentive de l'arrêt montre cependant que ce constat peut recevoir au moins trois explications différentes. Or, la particularité du raisonnement est d'emprunter ses motifs à chacune de ces explications, sans accorder explicitement à l'une d'entre elle un caractère déterminant ou, au contraire, surabondant.

Première explication : la Cour aurait rallié la thèse doctrinale opérant neutralisation de facto de l'effet utile de la deuxième phrase de l'article 11, §2, de la Convention. Une controverse doctrinale classique s'est en effet faite jour à propos de la portée exacte de cette deuxième phrase. Certains auteurs, à l'enseigne de MM. Van Dijk et van Hoof (99) et de MM. Velu et Ergec (100), ont en substance soutenu que les restrictions aux libertés des catégories de personnes y visées obéissent au droit commun de l'article 11, §2, première phrase. Lesdites doivent donc demeurer *nécessaires dans une société démocratique*. Cette thèse présente un caractère problématique, en ce que, *de facto*, elle conduit à priver de tout effet utile la dernière phrase de l'article 11, §2 : elle la relègue à une fonction strictement décorative. C'est précisément dans le souci de préserver cet effet utile que d'autres auteurs, à l'instar de J.E.S. Fawcett (101), ont au contraire estimé que l'article 11, §2, dernière phrase, organise une possibilité *illimitée* de restriction de la liberté d'association des personnes en cause. Cette thèse est également problématique, en ce qu'elle prive d'utilité la consécration même desdites libertés au profit des personnes concernées. A quoi sert en effet de garantir la liberté d'association des membres des forces armées, de

(97) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité...*, *op. cit.*, pp. 402-404 et 424-427.

(98) *Ibid.*, pp. 424-427 et réf. citées. *Adde*, Cour eur. dr. h., arrêt *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie*, 2 août 2001, §§30-31.

(99) P. VAN DIJK et G.H.J. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^e éd., 2006, Anvers/Oxford, Intersentia, pp. 839-840.

(100) J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 659.

(101) J.E.S. FAWCETT, *The Application of The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 284.

la police ou de l'administration de l'Etat, si l'on reconnaît, dans un même temps, la possibilité pour les autorités nationales de supprimer purement et simplement, sans aucun contrôle, cette même liberté? C'est dès lors que, aux fins de ménager de front ces impératifs contradictoires de l'effet utile, fut avancée une troisième thèse (102), médiane, affirmant que les restrictions aux droits des catégories visées, sans pour autant obéir à la plénitude du droit commun de l'article 11, §2, première phrase, devait néanmoins satisfaire une condition minimale : ne pas porter atteinte à la *substance* des droits concernés.

rtdh.eu

L'affaire *Demir et Baykara* laisse apercevoir des indices épars de ralliement de la Cour à la thèse «neutralisante» développée par MM. Van Dijk et Van Hoof, ainsi que par MM. Velu et Ergec. Ainsi l'arrêt de Grande Chambre affirme-t-il que «les restrictions pouvant être imposées aux trois groupes de personnes cités par l'article 11 appellent une interprétation stricte et doivent dès lors se limiter à l'«exercice» des droits en question» (103), sans porter atteinte à «l'essence même du droit de s'organiser». Ce même arrêt se distancie également de manière expresse de la jurisprudence de l'ancienne Commission (104), laquelle affirmait pour sa part que nulle condition de proportionnalité ne s'imposait dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 11, §2, deuxième phrase (105). Plus loin, la Grande Chambre affirme encore que si «des restrictions légitimes peuvent être imposées à l'exercice des droits syndicaux par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat», il faut cependant «aussi tenir compte de ce que les exceptions visées à l'article 11 appellent une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à la liberté d'association» (106). Il est donc nécessaire que l'existence d'un «besoin social impérieux» soit démontrée. Ces considérants, joints à d'autres issus d'arrêts antérieurs (107), orientent vers la conclusion

(102) Voy. C. ZANGHI, «Liberté d'association et fonction publique», *La liberté d'association. Séminaire organisé par le Secrétariat Général du Conseil de l'Europe en collaboration avec le Ministère de la Justice d'Islande*, Conseil de l'Europe, Martinus Nijhoff, 1987, 1993, p. 139.

(103) §97 de l'arrêt commenté.

(104) Comm. eur. dr. h., req. n° 11603/85, décision *Council of Civil Service Unions et autres c. Royaume uni*, 20 janvier 1987, *Décisions et rapports*, 50, p. 256.

(105) §97 de l'arrêt commenté.

(106) §119 de l'arrêt commenté.

rtdh.eu

(107) Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Tum Haber Sen et Cinar c. Turquie*, 21 février 2006, §35. Voy. aussi, de manière implicite (absence de référence à la dernière phrase de l'article 11), arrêt *Satilmis et autres c. Turquie* (devenu, après rectification, «*Dilek et autres c. Turquie*»), 17 juillet 2007.



d'une neutralisation totale de l'effet utile de la dernière phrase de l'article 11. Les droits y consacrés le seraient à l'identique au profit de l'ensemble des travailleurs – en ce compris les fonctionnaires, les policiers et les militaires – sous réserve de restrictions obéissant au droit commun conventionnel (légalité, légitimité, proportionnalité). En nourrissant son interprétation des apports de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (108), l'arrêt commenté accrédite cette lecture radicale : les articles 12 et 28 de cette Charte garantissent le droit de se syndiquer et le droit à la négociation collective au profit de « toute personne », sans mentionner de catégories de travailleurs susceptibles d'être soumises à un quelconque régime exorbitant de restrictions.

Deuxième explication : La Cour aurait estimé qu'en tous cas les « fonctionnaires » jouissent de la plénitude des droits garantis par l'article 11. Cette explication est celle que suggère la mobilisation interprétative, par la Cour, de certaines sources extraconventionnelles. Ainsi, l'arrêt attire l'attention sur le fait que l'article 22 du Pacte international sur les droits civils et politiques, jumeau onusien de l'article 11, ne mentionne quant à lui pas les « membres de l'administration de l'Etat » au titre des catégories de personnes tombant sous le coup d'un régime apparemment exorbitant de restriction (109). Seuls les policiers et militaires se trouvent visés. S'agissant du droit de se syndiquer, la même situation prévaut dans l'article 5 de la Charte sociale européenne et dans la Convention de l'O.I.T. n° 87 (110), tel qu'interprété par la Commission d'experts

rtdh.eu

(108) Voy. les §§105 et 150 de l'arrêt commenté.

(109) §99 de l'arrêt commenté : « Même si le paragraphe 2 de l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui porte sur le même objet, englobe les membres de la fonction publique dans les catégories de personnes pouvant être soumises à des restrictions, l'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont le libellé est similaire à celui de l'article 11 de la Convention, dispose-t-il uniquement que les Etats peuvent restreindre le droit syndical des membres des forces armées et de la police, sans faire aucune référence aux membres de la fonction publique ». Il est pour le moins singulier que la Cour donne pareillement priorité à l'article 22 du Pacte relatif aux droits civils et politiques sur l'article 8 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, alors que le Comité des droits de l'homme semble au contraire affirmer qu'en matière de « droits syndicaux » (et singulièrement à propos du droit de grève), la seconde disposition citée serait une *lex specialis* de la première, et qu'il conviendrait en conséquence de lui donner priorité. Voy. sur ce point S. JOSEPH, J. SCHULTZ et M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Material and Commentary*, 2^e éd., 2004, O.U.P., pp. 577 et s.

(110) Voy., s'agissant du droit à la négociation collective, le paragraphe 148 de l'arrêt se référant à la Convention de l'O.I.T. n° 151.

rtdh.eu



pour l'application des conventions et recommandations ainsi que dans la recommandation R (2000) 6 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. La Cour prend explicitement acte de ces indications (111). A supposer qu'elles constituent les clefs de lecture principales de l'arrêt commenté, celui-ci pourrait être interprété comme ayant décrété de manière certaine la neutralisation de l'article 11, §2, dernière phrase, à l'égard des «membres de l'administration de l'Etat» (112). S'agissant des membres de la police et de l'armée, par contre, le jeu interprétatif demeurerait largement ouvert (113).

Troisième explication. La Cour aurait tout simplement estimé que les requérants, en tant que fonctionnaires municipaux, échappent à l'empire du régime de restriction spécifique – quelle qu'en soit la teneur – mis en place par l'article 11, §2, dernière phrase, de la Convention. Cette lecture tout à fait étroite est celle que suggère, dans la ligne d'arrêts antérieurs (114), certains passages explicites de l'arrêt commenté. Ainsi affirme-t-il que «les fonctionnaires municipaux, dont les activités ne relèvent pas de l'administration de l'Etat en tant que tel, ne peuvent en principe être assimilés à des 'membres de l'administration de l'Etat'» (115) au sens de l'article 11, §2, dernière phrase. Et la Cour d'étayer cette affirmation par une référence explicite à la «jurisprudence» de la Commission de la liberté syndicale de l'O.I.T. (116) en ce qui concerne le droit de se syndiquer, et à la jurisprudence du Comité des experts de l'O.I.T. relative à la Convention de l'O.I.T. n° 98, s'agissant du droit à la négociation collective (117). Si l'on bâtit la lecture de l'arrêt sur les affirmations et renvois qui précèdent, sa portée précédente devient minimale : hors le cas des fonctionnaires municipaux, la teneur du régime de restriction mis en place par l'article 11, §2, dernière phrase, demeure nimbée de mystère.

rtdh.eu

(111) Voy. les paragraphes 100, 101, 103 et 104 de l'arrêt commenté.

(112) Voy. en ce sens, le paragraphe 107, première phrase, de l'arrêt.

(113) On notera que la teneur du régime spécifique de restriction qu'organise la dernière phrase de l'article 22, §2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, au détriment des membres des forces armées et de la police, n'a pas encore davantage été élucidée. Voy. sur ce point, M. NOWAK, *CCPR Commentary*, 2^e ed., 2005, NP Engel, Kehl/Strasbourg/Arlington, pp. 508-510.

(114) Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, §67 (à propos d'une enseignante); arrêt *Karaçay c. Turquie*, 27 mars 2007, §22 (à propos d'un électricien); arrêt *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie*, 2 août 2001, §31.

(115) §97, dernière phrase, de l'arrêt commenté.

(116) §102 de l'arrêt commenté.

(117) §§147 et 166 de l'arrêt commenté.



Que constate-t-on ? Les trois explications ici envisagées conduisaient toutes, *in concreto*, à devoir conclure que les restrictions aux droits syndicaux des requérants *Demir et Baykara* obéissaient aux conditions de validité du «droit commun conventionnel». Forte de ce constat de convergence concrète, l'arrêt commenté «empile» purement et simplement ces explications les unes aux autres, sans indiquer de manière précise ce qui, dans ce «fatras de motifs», relève du suffisant, du nécessaire ou du surabondant. Pareille indistinction ne permet pas de tirer de l'arrêt un enseignement certain, et de portée plus générale, sur la teneur et le régime de limitation des droits syndicaux des fonctionnaires, des policiers et des militaires : c'est assurément regrettable. Fondamentalement, on aperçoit que le Droit de la Convention, tel un miroir, s'est ici offert en réceptacle pur et simple des «divergences partielles» qui caractérisent les multiples sources externes susceptibles de lui fournir un enrichissement interprétatif. Il est certes hors de question que la Cour prenne en charge de corriger elle-même ces «divergences partielles» : elle ne peut se substituer aux auteurs de ces sources externes, ni aux organes spécifiques de surveillance qu'elles ont mis en place. Les procédés d'enrichissements interprétatifs de la Cour ne viendront pas à bout de la «fragmentation» du droit international des droits de l'homme. Par contre, il peut être exigé de la Cour qu'elle encadre lesdits procédés d'une méthode transparente et argumentée et de critères de sélection qui évitent que la fragmentation du droit international des droits de l'homme n'aboutisse, par pur mimétisme, à une fragmentation du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Celui-ci, pour conserver sa propre cohérence et sa prévisibilité, doit renoncer – moyennant explication – à se mettre au diapason de la totalité d'un environnement normatif qui, quant à lui, ne prétend pas à la cohérence sur un plan théorique et n'y aboutit pas davantage, sur le plan pratique, par la grâce d'une quelconque main invisible.

IV. – La maîtrise du temps : plaidoyer pour la réouverture du dossier du «droit transitoire jurisprudentiel»

Les motifs de l'arrêt reflètent volontiers l'idée que l'œuvre prétorienne s'inscrit sur une ligne du temps, où se distinguent un passé, un présent et un futur. Cette œuvre, comme toutes les œuvres, est historiquement située. La jurisprudence classique, nous dit la Cour,

rtdh.eu



devait être «revue» (118), parce que le «droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, *devenu* l'un des éléments essentiels du 'droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts' énoncé à l'article 11 de la Convention» (119).

Le dispositif de l'arrêt refoule quant à lui cette dimension historique au profit d'une temporalité proprement orwellienne (120), où le présent réécrit le passé : la jurisprudence «revue» est réputée avoir toujours été identique, et le droit nouvellement advenu est censé avoir existé depuis les origines. En conséquence, les actes posés par la Turquie en 1995 sont jugés et condamnés, non pas sur la base des standards conventionnels qui existaient à ce moment et qui ont demeurant survécus jusqu'en 2004 (121), mais bien à l'aune des positions nouvellement définies en 2008.

Le problème est connu : il s'agit de l'effet déclaratif ou encore, rétroactif, du revirement de jurisprudence. La chronologie propre à l'affaire *Demir et Baykara* donne à ce problème classique une dimension supplémentaire, en laissant apparaître que la fatalité orwellienne du revirement frappe ses victimes – ou, au contraire, ses bénéficiaires – de manière franchement aléatoire. A l'origine de la décision *Swedish Transport Workers Union c. Suède* du 30 novembre 2004, qui constitua le dernier «lieu» du rappel et de l'application de la jurisprudence classique, se trouvait une requête introduite le 17 août 1999. La requête qui conduisit aux arrêts de chambre et de grande chambre dans l'affaire *Demir et Baykara* fut quant à elle

(118) §153 de l'arrêt commenté.

(119) §154 de l'arrêt commenté.

(120) «Tous les rapports écrits ou oraux ne faisaient jamais allusion qu'à l'évènement actuel. En ce moment, par exemple en 1984 [...], l'Océania était alliée à l'Estasia et en guerre avec l'Eurasia. Dans aucune émission publique ou privée, il n'était admis que les trois puissances avaient été, à une autre époque, groupées différemment. Winston savait fort bien qu'il y avait seulement quatre ans, l'Océania était en guerre avec l'Estasia et alliée avec l'Eurasia. Mais ce n'était qu'un renseignement furtif et frauduleux qu'il avait retenu par hasard parce qu'il ne maîtrisait pas suffisamment sa mémoire. Officiellement, le changement de partenaire n'avait jamais eu lieu. L'Océania était en guerre avec l'Eurasia. L'Océania avait, par conséquent, toujours été en guerre avec l'Eurasia. L'ennemi du moment représentait toujours le mal absolu et il s'ensuivait qu'aucune entente passée ou future avec lui n'était possible. L'effrayant [...] était que tout pouvait être vrai. Que le parti puisse étendre le bras vers le passé et dire d'un évènement : *cela n'a jamais existé*, c'était bien plus terrifiant que la simple torture ou la mort» (G. ORWELL, 1984, Paris, Gallimard, éd. Poche, pp. 54-55).

(121) Cour eur. dr. h., req. n° 53507/99, décision *Swedish Transport Workers Union c. Suède*, 30 novembre 2004.

introduite le 8 octobre 1996, soit un peu moins de trois ans auparavant. Contrairement à ce qu'enseigne la sagesse populaire, l'adage «premier entré, premier servi» ne rencontre pas toujours nécessairement les intérêts objectifs du client...

A l'occasion de l'affaire *Marckx*, la Cour avait pris conscience du lourd tribut potentiellement associé, en termes de sécurité juridique, à cette déclarativité/rétroactivité naturelle des arrêts de principe ou de revirement. En conséquence, et en s'inspirant de la pratique de la Cour de justice des Communautés européennes, elle avait résolu de tempérer cette déclarativité/rétroactivité en dispensant l'Etat belge de remettre en cause les situations et actes juridiques intervenus, sous l'empire de la loi condamnée, antérieurement à la date du prononcé de l'arrêt, soit le 13 juin 1979 (122).

Fruit paradoxal d'une «modération de politique judiciaire» s'exprimant avec «hardiesse sur le plan de la technique juridique» (123), pareille technique de limitation dans le temps des effets d'un arrêt ne fut par la suite plus jamais utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme, en dépit des appels en ce sens qui lui étaient adressés par l'un ou l'autre Etat (124), voire par certains de ses propres juges (125).

(122) Cour eur. dr. h., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, §58.

(123) Pour reprendre les termes de M.-A. EISSEN, «La Cour européenne des droits de l'homme», *R.D.P.*, 1986, p. 1583.

(124) Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Valenzuela Contreras c. Espagne*, 30 juillet 1998, §60 : «A l'instar du délégué de la Commission, la Cour ne saurait tenir compte de l'argument du Gouvernement selon lequel le juge ayant ordonné l'interception des communications téléphoniques du requérant ne pouvait pas être tenu de connaître, cinq ans avant le prononcé, en 1990, des arrêts *Kruslin* et *Huvig*, de telles conditions. Elle rappelle que les conditions portant sur la qualité de la loi mentionnées dans les arrêts cités par le Gouvernement, dérivent de la Convention elle-même. De l'exigence de prévisibilité de la «loi» il découle que, dans le contexte de l'interception des communications téléphoniques, les garanties qui précisent l'étendue et les modalités du pouvoir d'appréciation des autorités doivent figurer en détail dans le droit interne, ayant de cette sorte une force contraignante qui circonscrit le pouvoir discrétionnaire du juge dans l'application desdites mesures». Voy., plus récemment, Cour eur. dr. h., arrêt *Aoulmi c. France*, 17 janvier 2006, §§100 et 111 (à propos des effets dans le temps du revirement intervenu dans l'affaire *Mamatkulov* à propos du caractère contraignant des mesures provisoires indiquées par la Cour) : «La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 34 de la Convention, les Etats contractants s'engagent à s'abstenir de tout acte ou à se garder de toute omission qui entraverait l'exercice effectif du droit de recours d'un requérant. Elle souligne que, même si, à l'époque où le requérant a été expulsé dans la présente affaire, la force obligatoire des mesures prises en application de l'article 39 de son Règlement n'avait pas été affirmée explicitement, il n'en demeure pas moins que l'article 34 et les obligations en découlant s'imposaient déjà aux Etats contractants».

(125) Voy. l'opinion dissidente jointe par le juge STORME à l'arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991.

L'opinion séparée jointe par le juge Zagrebelsky à l'arrêt commenté présente cet immense mérite de rouvrir ce dossier enfui du «droit transitoire jurisprudentiel». Non pour exhorter *in fine* ses collègues à la modération dans leur décision d'opérer un revirement de jurisprudence, mais bien pour les encourager à renouer avec le réalisme dont avaient fait preuve leurs aînés dans l'affaire *Marckx* ci-avant rappelée. Sur ce point, l'appel qu'il lance n'est pas dépourvu de malice : selon ses propres mots, la pratique actuelle de la Cour consistant à admettre les pleins effets rétroactifs de ses revirements «mérite elle aussi de faire l'objet d'un revirement».

Il n'est pas de notre ambition de reproduire ici l'ensemble des motifs versés par le juge italien à l'appui de son subtil plaidoyer, et encore moins de résumer les études qui ont été récemment consacrées au revirement de jurisprudence strasbourgeois (126). Tout juste se contentera-t-on de quelques observations insistant sur la relative urgence d'une réflexion renouvelée et décomplexée sur ce thème (127).

A contempler les motifs qui, par le passé, ont été mis en avant par la Cour aux fins de justifier un revirement de jurisprudence (128), on peut, sans pour autant se muer en Cassandre, présager que de tels revirements seront, à l'avenir, plus fréquents que ce qu'ils n'ont été jusqu'à présent.

Un revirement, comme le montre par exemple l'arrêt *Mamatkulov et Askarov* (129), peut devoir survenir lorsqu'une évolution des standards européens et internationaux applicables révèlent la péremption d'une solution jurisprudentielle ancienne. Puisque la Cour, dans la ligne de l'arrêt commenté, résout à présent d'indexer l'interprétation conventionnelle aux signaux émis par un environnement normatif européen et international aux frontières potentiellement infi-

(126) Voy. K. LUCAS-ALBERINI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et Justice, vol. 79, 2008.

(127) On constate au demeurant l'existence d'un appel parallèle à une réflexion renouvelée sur le droit transitoire jurisprudentiel dans le contentieux communautaire. Voy. en effet C. WALDHOFF, «Recent Developments Relating to the Retroactive Effect of Decisions of the ECJ», (46) *C.M.L.R.*, 2009, pp. 173-190.

(128) Voy. *Ibid.*, pp. 399 et s. et la synthèse rédigée à la note infrapaginale n° 242 de la page 457 : «Il s'agit notamment du motif relatif à l'obsolescence de la solution jurisprudentielle passée, à la menace d'une amplification de l'encombrement du rôle de la Cour européenne, au manque de cohésion au sein de sa jurisprudence ou entre sa position adoptée *ab initio* et celle d'un organe de contrôle supranational, à l'altération de l'une des exigences qualitatives auxquelles doit répondre sa jurisprudence».

(129) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, §124.

nies, on aboutit nécessairement au constat que l'éventualité de tels revirements augmente à due concurrence. Il y a cependant plus : en inscrivant de la sorte l'interprétation conventionnelle au cœur d'un réseau juridique aux acteurs multiples et non coordonnés entre eux, la Cour se dessaisit du même coup de la souveraine maîtrise de l'«agenda» de ses propres revirements, et de la possibilité de distiller, sur la longue durée, les «appels» et autres *obiter dictum* qui peuvent en atténuer l'effet de surprise.

L'augmentation vertigineuse du nombre d'affaires portées devant la Cour accroît elle aussi la probabilité de revirements de la part de celle-ci. La corrélation entre ces deux facteurs n'est pas purement statistique (il va de soi que la proportion d'arrêts de revirement augmente nécessairement lorsque le nombre d'arrêts augmente lui aussi). En effet, le nombre élevé de requêtes soulevant, dans la durée, un problème identique et récurant est le symptôme, non pas nécessairement de la péremption des solutions jurisprudentielles passées y applicables, mais bien, pour partie au moins, de leur caractère trop casuistique et trop incertain. Un revirement de correction devient alors nécessaire. L'enchaînement des arrêts *Pellegrin* (130) et *Vilho Eskelinen* (131), rendus à huit petites années d'intervalle, est, à cet égard, particulièrement exemplatif. Par ailleurs, l'augmentation du nombre d'affaires portées devant la Cour accroît le risque que se développent, au sein de celle-ci et entre les différentes chambres qui la composent, des «courants jurisprudentiels» distincts qui, pour s'ignorer largement les uns les autres, ne s'en contredisent pas moins. En pareille occurrence, et au nom de la nécessaire unité de jurisprudence, se profile la nécessité d'un arrêt de principe qui, à l'égard de l'un ou l'autre des courants jurisprudentiels préexistant, se révélera être un arrêt de revirement (132). Le meilleur exemple de ce qui précède peut être trouvé dans l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* (133), où une Grande Chambre a du constater l'existence, dans la jurisprudence antérieure, de pas moins de trois interprétations divergentes de la garantie *non bis in idem*. Il y a fort à parier qu'une autre Grande Chambre, dans un avenir plus ou moins proche, devra procéder à un constat identique à propos de la portée assignée au principe du contradictoire, déduit

(130) Cour eur. dr. h., arrêt *Pellegrin c. France*, 8 décembre 1999, spéc. §60.

(131) Cour eur. dr. h., arrêt *Vilho Eskelinen c. Finlande*, 19 avril 2007, §55.

(132) Voy. sur ce point, et outre les arrêts spécifiquement mentionnés ci-après, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Gorou c. Grèce* (n° 2), 20 mars 2009.

(133) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009 (H. Mock, *loc. cit.*).



de l'article 6 de la Convention. Dans la jurisprudence actuelle en effet, coexistent, à propos dudit principe, une conception «formelle» (134) majoritaire héritée de l'arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse* (135), et une conception «matérielle» (136) minoritaire incarnée, notamment, dans un arrêt *Verdu Verdu c. Espagne* (137). Les tentatives jusqu'à présent effectuées en vue de démentir les apparentes contradictions de ces deux courants jurisprudentiels peinent à convaincre (138).

Enfin, quelques arrêts récents tendraient à démontrer que la Cour a pris conscience, davantage que par le passé, du caractère problématique de la «rétroactivité naturelle» du revirement de jurisprudence. Certes, un arrêt *Unedic* a récemment affirmé que «les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante» (139), et que l'article 6 de la Convention n'était pas violé par cela seul qu'un enseignement jurisprudentiel né d'un revirement de la Cour de cassation française ait été appliqué à une situation litigieuse née avant le prononcé de l'arrêt de revirement concerné (140). Par contre, la Cour a estimé, dans ses arrêts *Pessino*

(134) Dans le cadre d'une conception formelle, les parties sont seules titulaires du droit de déterminer si elles souhaitent discuter tel ou tel élément soumis au juge, sans que celui-ci ne dispose pour sa part d'un quelconque pouvoir d'appréciation sur l'opportunité et l'utilité d'une telle discussion. Pour une critique d'un tel formalisme, voy. entre autres l'opinion dissidente jointe par le juge COSTA à l'arrêt *Asnar c. France* du 18 octobre 2007.

(135) Cour eur. dr. h., arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse*, 18 février 1997, §29. Voy. encore, parmi les applications les plus récentes de l'enseignement de cet arrêt, Cour eur. dr. h., arrêt *Grozescu c. Roumanie*, 27 septembre 2007; arrêt *Vencionene c. Lituanie*, 25 novembre 2008; arrêt *S.H. c. Finlande*, 29 juillet 2008, §33.

(136) Dans le cadre d'une conception matérielle, il est admis que le juge puisse apprécier, à l'aune des débats d'ores et déjà menés devant lui, l'opportunité d'une discussion supplémentaire sur tel ou tel élément qui lui est soumis.

(137) Cour eur. dr. h., arrêt *Verdu Verdu c. Espagne*, 15 février 2007, ainsi que l'opinion dissidente jointe à l'arrêt par les juges LORENZEN et VILLIGER. Pour une application spectaculaire de cette conception «matérielle» du contradictoire, voy. Cour eur. dr. h., req. 13645/05, décision *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij UA c. Pays-Bas*, 20 janvier 2009 (à propos du «droit de réplique» à l'avocat général près la Cour de Justice).

(138) Voy. en effet les arrêts *Asnar c. France* du 18 octobre 2007 et *Vokoun c. République tchèque* du 3 juillet 2008.

(139) Cour eur. dr. h., arrêt *Unedic c. France*, 18 décembre 2008, §74.

(140) Notons toutefois que l'article 6 de la Convention a été mis en avant par la Cour de cassation française pour, précisément, justifier un tempérament à l'effet rétroactif d'un revirement de jurisprudence. Voy. Cass. Fr., 21 décembre 2006, *D.*, 2007, pp. 835 et s., avec note de P. MORVAN, «Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable».

c. France (141), *Lykourazos c. Grèce* (142) et *Paschalidis, Koutmeridis et Zaharakis c. Grèce* (143), que la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence imprévisible pouvait conduire – et conduisait en l'occurrence – à une méconnaissance, soit de l'article 7 de la Convention (dans la première affaire citée), soit de l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (dans les deux autres affaires citées).

Combinés, ces différentes considérations nous semblent indiquer que les temps sont mûrs pour réinvestir le débat du droit transitoire jurisprudentiel, et, singulièrement, réfléchir à frais neufs sur la nécessité d'assortir les arrêts de revirement strasbourgeois de l'une ou l'autre forme de prospectivité – rappelons, en effet, que la prospectivité «absolue», qui prive le demandeur en justice lui-même du bénéfice du revirement qu'il a «obtenu», n'épuise pas la gamme des solutions envisageables (144). On ne se cache point que la question est particulièrement délicate, et que le droit transitoire jurisprudentiel est loin d'être porteur de solutions miraculeuses aptes à satisfaire de front l'ensemble des attentes. A notre estime cependant, on aurait tort de vouloir discréditer le débat lui-même en affirmant que le besoin de sécurité juridique, lorsqu'il est opposé à la rétroactivité non tempérée des arrêts de revirement, n'est en fait que le paravent politiquement correct d'intérêts étatiques essentiellement économiques, lesquels ne peuvent résolument pas faire le poids face aux progrès que la protection des droits fondamentaux tirent de cette rétroactivité non tempérée (145). Aujourd'hui plus que jamais en effet, l'effectivité de la Convention et des droits qu'elle protège repose sur la réceptivité des autorités nationales vis-à-vis des prises de position strasbourgeoises. Un rapport de confiance est indispensable à ce niveau, et celui-ci ne peut que souffrir de l'attitude d'une Cour qui, s'abritant derrière les fictions orwelliennes de l'a-temporalité de la jurisprudence et de ses revirements, sanctionnerait sans états d'âme ceux qui, pourtant, avaient décidé de la suivre.



(141) Cour eur. dr. h., arrêt *Pessino c. France*, 10 octobre 2006.

(142) Cour eur. dr. h., arrêt *Lykourazos c. Grèce*, 15 juin 2006.

(143) Cour eur. dr. h., arrêt *Paschalidis, Koutmeridis et Zaharakis c. Grèce*, 10 avril 2008.

(144) Voy. en effet, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, «Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions belges», *Rev. Dr. ULB*, 2002, *Droit transitoire jurisprudentiel : Perspective comparative*, spéc. p. 1 et réf. citées et pp. 5-6.

(145) Comp. K. LUCAS-ALBERINI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne...*, *op. cit.*, pp. 380 et s.

