

LES ORIGINES ET LES FONDEMENTS DU RECOURS AU CONSENSUS EN DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

Frédéric J. Doucet

Volume 43, Number 3, 2013

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105855ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/10217>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Doucet, F. J. (2013). LES ORIGINES ET LES FONDEMENTS DU RECOURS AU CONSENSUS EN DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 43(3), 709–749. <https://doi.org/10.17118/11143/10217>

Article abstract

The notion of consensus figures significantly in the case law of the European Court of Human Rights, more particularly with regard to the interpretation of the European Convention on Human Rights. However, at a time when recourse to international and comparative law is becoming more and more frequent in seeking solutions to difficult cases, consensual interpretation as it exists in European human rights law, could provide some guidance to Canadian and Quebec courts. Thus, it is indeed worthwhile exploring the nature and origins of consensual interpretation.

ARTICLE

LES ORIGINES ET LES FONDEMENTS DU RECOURS AU CONSENSUS EN DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

par Frédérick J. DOUCET*

La notion de consensus joue un rôle primordial dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment dans le cadre de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'exercice du contrôle européen. Or, à une époque où le recours au droit international et au droit comparé se veut de plus en plus fréquent afin d'apporter des solutions aux cas difficiles, l'interprétation consensuelle telle qu'existant en droit européen des droits de l'Homme pourrait servir de guide aux instances nationales canadiennes et québécoises. À cette fin, il convient de se demander en quoi consiste cette technique d'herméneutique et d'où celle-ci tire ses origines.

The notion of consensus figures significantly in the case law of the European Court of Human Rights, more particularly with regard to the interpretation of the European Convention on Human Rights. However, at a time when recourse to international and comparative law is becoming more and more frequent in seeking solutions to difficult cases, consensual interpretation as it exists in European human rights law, could provide some guidance to Canadian and Quebec courts. Thus, it is indeed worthwhile exploring the nature and origins of consensual interpretation.

* L'auteur est avocat au Tribunal des droits de la personne du Québec. Les opinions exprimées dans le présent texte le sont à titre personnel et n'engagent que son auteur, qui remercie les professeurs David Gilles, Édith Jaillardon et Daniel Durr, ainsi que les évaluateurs anonymes de la revue pour leurs commentaires.

SOMMAIRE

Introduction		711
1	Définition d'une technique d'herméneutique juridique	715
1.1	Les facteurs de mesure du consensus	716
1.2	Une notion élargie qui ne fait pas l'unanimité?	725
2	Identifier le consensus : un exercice discrétionnaire?	726
2.1	Les différents modes d'identification de l'instrument consensuel	726
2.2	Un manque de justification voulu par la Cour?	730
3	Le consensus, construction prétorienne nécessaire au système européen de sauvegarde des droits de l'Homme	734
3.1	La nécessité du recours au consensus dans le contexte conventionnel	734
3.1.1	La garantie effective des droits conventionnels	736
3.1.2	La recherche d'un équilibre entre l'harmonisation du droit européen des droits de l'Homme et le respect de l'autonomie nationale	738
3.1.3	La nécessité d'une démarche prudente : une question d'autorité et de légitimité	740
3.2	La construction prétorienne d'une notion primordiale au système européen de sauvegarde des droits humains	742
3.2.1	Une notion découlant du Préambule du traité régional de protection des droits de la personne	742
3.2.2	Le caractère subsidiaire du texte conventionnel comme garantie de la souveraineté étatique et du pluralisme au sein du Conseil de l'Europe	745
Conclusion		747

Introduction

À notre époque, où la mondialisation n'est plus fiction, mais bien un fait vécu, et où l'information est on ne peut plus accessible, la référence au droit international et au droit d'États tiers dans l'interprétation du droit canadien et québécois ne cesse de croître. À la fois vecteur de légitimité et autorité persuasive¹, le droit international est de plus en plus utilisé par les instances nationales canadiennes et québécoises, principalement lorsque celles-ci sont confrontées à des « hard cases », comme en témoigne la jurisprudence de la Cour suprême du Canada² et, encore plus, celle du Tribunal des droits de la personne du Québec³, ce dernier

1. Michèle RIVET et Manon MONTPETIT, « La réception du droit international dans le droit interne canadien : ouverture dynamique des systèmes juridiques », dans Olivier DELAS et Michaela LEUPRECHT (dir.), *Liber amicorum Peter Leuprecht*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 367, à la page 375.
2. P. ex. : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *National Corn Growers Assn c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46.
3. P. ex. : *C.D.P. c. Commission scolaire Saint-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne c. Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447 (T.D.P.Q.) [*Brzozowski*]; *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1996] R.J.Q. 511; *C.D.P. c. Société de transport de la communauté urbaine de Montréal*, [1996] R.J.Q. 2063 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maison des jeunes*, [1998] R.J.Q. 2549 (T.D.P.Q.); *C.D.P.D.J. c. Denise Quévillon*, J.E. 99-909, 1999 CanLII 5 (T.D.P.Q.); *C.D.P.D.J. c. Beaublanc inc. et autres*, [1999] R.J.Q. 1875; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Société de l'assurance automobile du)*, [2003] R.J.Q. 1737 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caisse populaire*

étant, par ailleurs, précurseur en la matière. Bien que moins récurrent dans la tradition civiliste qu'anglo-saxonne, le recours au droit comparé, quant à lui, ne date pas d'hier. En effet, les instances nationales se sont, depuis longtemps, référées au droit français⁴ et au droit des pays de Common Law⁵, et ce, principalement en raison de la situation historique particulière du Canada. Or, le recours à des sources externes dans l'interprétation de notre droit national – et plus particulièrement dans le domaine des droits de la personne⁶ – est voué à gagner

Desjardins d'Amqui, [2004] R.J.Q. 355; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gazaille*, 2007 QCTDP 4; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Hauts-Bois-de-l'Outaouais*, 2010 QCTDP 4; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Venne*, 2010 QCTDP 9; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de) (SPVM)*, 2012 QCTDP 5 [Rezko].

4. P. ex. : *Montreal Tramways Co. c. Girard*, (1920) 61 R.C.S. 12, 15-26; *Banque Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 351; *Caisse populaire d'Amqui*, préc., note 3, par. 61; *Lejeune c. Cumis insurance society inc.*, [1989] 2 R.C.S. 1048, 1057-1060; *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995, 1016-1017 et 1022-1023; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, par. 50-53 et 59-64; *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, par. 33 et 54; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, par. 85 et 135-138; *Bou Malhab*, préc., note 2, par. 15.
5. P. ex. : *Lamb c. Benoît, Forget and Nadeau*, [1959] R.C.S. 321, 358-361; *B.C. Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of B.C.*, [1960] R.C.S. 837, 844; *Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario*, [1978] 2 R.C.S. 112, 127; *Hawrish c. Peters et autres*, [1982] 1 R.C.S. 1083, 1087; *Caisse populaire des Deux Rives*, préc., note 4, 1017-1018; *Conseil Canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, 243-248; *Baker*, préc., note 2, par. 41 et 70; *États-Unis c. Burns*, préc., note 2, par. 67; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, par. 45; *Charkaoui*, préc., note 2, par. 80-81, 83-84, 90 et 124-125; *R. c. Hape*, préc., note 2, par. 36 et 51; *Bruker c. Marcovitz*, préc., note 4, par. 86-88 et 139-148; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, par. 22, 27-30, 36-37 et 54; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, par. 132.
6. Effectivement, le recours au droit international et comparé est d'autant plus légitime en matière de droits de la personne, les textes de protections des droits humains, tels la *Charte canadienne des droits et*

en importance, la référence au droit international et/ou comparé permettant d'asseoir la légitimité et le caractère convaincant des décisions judiciaires⁷.

Les instances canadiennes et québécoises ne sont pas les seules à avoir recours au droit comparé et au droit international lorsqu'il s'agit de répondre à des questions difficiles. Certaines instances ont même développé des techniques interprétatives spécifiques visant la prise en compte du droit international et du droit comparé; c'est particulièrement le cas de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après citée « la Cour »). La jurisprudence de la Cour de Strasbourg est d'une grande richesse, non seulement à cause de l'éventail des questions qui lui sont soumises, mais aussi en raison de l'affrontement d'une variété de traditions juridiques au cœur même de son système. En effet, la Cour est amenée à appliquer la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*⁸ (ci-après citée « CEDH ») à une diversité pratiquement illimitée de cas mettant en cause un grand nombre d'États – d'ailleurs croissant⁹ – de

libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, se caractérisant par une interpénétration entre les dimensions internationales et les aspects nationaux dans les rapports interétatiques; Mohammed BEDJAOUI, « Introduction générale », dans Mohammed BEDJAOUI (dir.), *Droit international: Bilan et perspectives*, t. 1, Paris, A. Pedone, 1991, p. 1, à la page 14.

7. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, préc., note 2, 348; *Maison des jeunes*, préc., note 3, par. 40; *États-Unis c. Burns*, préc., note 2, par. 80; *Suresh*, préc., note 2, par. 60 *in fine*; *Bruker c. Marcovitz*, préc., note 4; M. RIVET et M. MONTPETIT, préc., note 1, p. 381-382; Pierre-André COTE avec la collab. de Stéphane Beaulac et Mathieu DEVINAT, *L'interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, par. 1997-1998; Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2008, p. 419 et 545.
8. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953)[Convention européenne des droits de l'homme].
9. Le Conseil de l'Europe compte, à ce jour, 47 États membres; Conseil de l'Europe, « 47 pays », en ligne : COE.int <<http://hub.coe.int/web/coe-portal/navigation/47-countries>> (consulté le 1er février 2013).

structures particulières. Par ailleurs, les juges siégeant à la Cour – il y en a un par État membre du Conseil de l'Europe¹⁰ – « sont originaires de différentes écoles juridiques qui caractérisent le droit des États européens »¹¹, ce qui ne va pas sans amener certaines divergences dans l'interprétation du texte conventionnel, comme en témoignent les opinions individuelles jointes aux arrêts de la Cour, ceux-ci n'étant pas toujours unanimes. De nos jours, les affaires présentées devant la Cour sont loin des motivations premières des fondateurs du système conventionnel¹². La Cour se voit soumettre des questions « dont la plupart constituent de véritables problèmes de société que rencontrent nos démocraties »¹³ actuelles. Afin de répondre à celles-ci et de trancher en faveur de l'individu ou de l'État, elle se sert avec souplesse de nombreuses techniques d'interprétation au gré des nécessités qui lui permettent d'ailleurs d'être attentive aux options s'offrant à elle¹⁴. En conséquence, en plus des règles générales d'interprétation contenues dans la *Convention de Vienne sur le droit des Traités*¹⁵, la Cour européenne en est venue à élaborer ses propres méthodes interprétatives, suivant l'esprit de la CEDH et des règles du Conseil de l'Europe; parmi celles-ci figure l'interprétation consensuelle.

10. Art. 20 CEDH.

11. Franz MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », dans Frédéric SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Bruxelles, Nemesis, 1998, p. 15, à la page 17.

12. Rolv RYSSDAL, « The Coming of Age of the European Convention on Human Rights », (1996) 1 *Eur. H.R.L. Rev.* 22, 22.

13. François OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européennes des droits de l'Homme », dans Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'État vers une Europe des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1989, p. 405, à la page 407.

14. *Id.*, à la page 409.

15. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. n° 331 [*Convention de Vienne*]. Effectivement, en tant qu'instance internationale chargée d'interpréter la CEDH, un traité international, la Cour est liée par les dispositions de la *Convention de Vienne* et, plus particulièrement, par son article 31.

Cette technique d'herméneutique juridique, qui est l'une des plus prisées par la Cour¹⁶, figure dans l'intégralité de son œuvre, du moment de l'application des dispositions conventionnelles aux faits du litige à celui du contrôle des ingérences étatiques. L'analyse de cette technique d'interprétation, qui appelle principalement au droit comparé et au droit international dans l'interprétation du texte conventionnel, relève donc un certain intérêt. L'interprétation consensuelle, telle que développée par la Cour européenne, peut servir de guide aux instances nationales canadiennes et québécoises dans leur recours inconstant au droit comparé et au droit international, malgré le fait que les juges canadiens et les juges européens œuvrent aux seins de systèmes différents : les premiers dans le cadre d'un État fédéral et les seconds au cœur d'un système supranational. Néanmoins, l'interprétation consensuelle demeure pertinente et, dans cet esprit, il convient de se demander en quoi consiste cette technique d'herméneutique et d'où celle-ci tire ses origines en droit européen des droits de l'Homme. Pour ce faire, il nous faudra donc, tout d'abord, définir l'interprétation consensuelle. Par la suite, nous illustrerons les différents modes d'identification du consensus. Enfin, nous expliquerons comment et pourquoi la Cour de Strasbourg a dégagé la notion de consensus du texte conventionnel.

1 Définition d'une technique d'herméneutique juridique

L'interprétation consensuelle consiste en la prise en compte de l'existence ou de l'absence d'un « consensus »¹⁷, à savoir un

16. En témoigne l'abondance d'arrêts y faisant référence : une recherche sommaire sur la base de données HUDOC démontre que l'on retrouve une référence à la notion de « consensus » dans plus de cent arrêts de la Cour, il en va de même des expressions « dénominateur commun » et « communauté de vues », pour ne nommer que celles-ci. Il est plus que difficile de déterminer le nombre d'arrêts où la Cour fait l'usage de l'interprétation consensuelle, principalement en raison des nombreuses dénominations employées par la Cour lorsqu'elle s'y réfère explicitement, sans compter lorsqu'elle en fait un usage implicite.

17. Le terme « consensus » est le terme le plus souvent employé dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme et

« dénominateur commun »¹⁸, une « communauté de vues »¹⁹, une « tendance »²⁰ européenne et/ou internationale. Tel qu'entendu au sens étroit, le terme « consensus » renvoie à l'accord, au consentement du plus grand nombre et, selon le sens ordinaire du terme, l'expression s'associe à l'existence d'une forte majorité²¹. Gérard Cornu, lui, a défini le consensus comme un « accord informel proche de l'unanimité, [une] convergence générale des opinions »²². Dans le cadre de l'interprétation consensuelle²³, le choix sémantique de l'expression est plutôt discutable, notamment en raison des divers facteurs pris en compte par la Cour dans la mesure du consensus.

1.1 Les facteurs de mesure du consensus

La Cour européenne ne fournit que rarement les éléments justifiant l'existence ou l'absence d'un consensus à l'appui de sa position²⁴. Celle-ci est plutôt secrète, voire évasive, quant aux

c'est ce terme qui a donné son appellation à la technique de l'interprétation consensuelle.

18. Cette appellation est d'ailleurs, avec celle de « consensus européen » l'une des plus courantes, p. ex. : *Rasmussen c. Danemark* (1984), 87 C.E.D.H. (Sér. A), n° 8777/79; *Vo c. France* [GC], n° 53924/00 (8 juillet 2004), par. 84; *Stummer c. Autriche* [GC], n° 37452/02 (7 juillet 2011), par. 104.
19. P. ex. *Guzzardi c. Italie* (1980), 39 C.E.D.H. (Sér. A), n° 7367/76, par. 95; *Rees c. Royaume-Uni* (1986), 106 C.E.D.H. (Sér. A), n° 9532/81, par. 37. Elle se réfère parfois aussi à une « assez grande concordance de vues », p. ex. : *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)* (1979), 30 C.E.D.H. (Sér. A), n° 6538/74, par. 59.
20. P. ex. : *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98 (4 décembre 2003), par. 156; *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99 (12 mai 2005), par. 163.
21. *Le nouveau petit Robert*, 2011, s.v. « consensus ».
22. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 2011, s.v. « consensus ».
23. L'expression « interprétation consensuelle » a été employée pour la première fois par Ronald St. J. Macdonald; Ronald St. J. MACDONALD, « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », dans *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, A. Giuffrè, 1987, p. 187, à la page 199.
24. Florence JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Montpellier, Université Montpellier I, 2006, p. 238; Philippe SANDS, « Human Rights, environment and the Lopez-Ostra case : context and

facteurs de mesure du consensus. Ce manque de justification renforce l'ambiguïté entourant la notion de consensus et se posent alors plusieurs questions : quels sont les instruments permettant à la Cour de le constater? Le consensus se définit-il de manière quantitative ou qualitative?²⁵ Est-il simplement constaté par le juge ou alors construit par celui-ci? Nonobstant, une analyse jurisprudentielle – plus particulièrement de l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*²⁶, qui constitue sans aucun doute l'arrêt de principe en la matière – permet d'observer qu'elle ne considère pas les dispositions conventionnelles comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits garantis.

L'interprétation consensuelle, principe selon lequel « la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »²⁷, amène tout d'abord la Cour européenne à « rechercher des principes communs aux législations des États membres »²⁸. Le recours au droit comparé constitue une partie intégrante de l'interprétation consensuelle²⁹

conséquences », (1996) 6 *Eur. H.R.L. Rev.* 597; Frédéric SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », dans Frédéric SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Bruxelles, Nemesis, 1998, p. 93, à la page 123; Frédéric SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme », (2001) dans *JCP G, Doct. I-335*, p. 1365, à la page 1366. P. ex. : *Niemietz c. Allemagne* (1992), 251-B C.E.D.H. (Sér. A), n° 13710/88; *Lopez Ostra c. Espagne* (1994), 303-C C.E.D.H. (Sér. A), n° 16798/90.

25. Virginie CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Mémoire de DEA droit communautaire et européen, Montpellier, Université Montpellier I, 1998, p. 150; F. OST, préc., note 13, à la page 450.
26. *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97 (12 novembre 2008).
27. *Guzzardi c. Italie*, préc., note 19, par. 95.
28. Patrick ROLLAND, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des Droits de l'Homme », dans Dominique ROUSSEAU et Frédéric SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : droits et libertés en Europe. Actes du colloque de Montpellier, 20-21 janvier 1989*, Paris, STH, 1990, p. 47, à la page 68.
29. Walter J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « La référence au droit interne des États contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », (1980) 32 (2) *R.I.D.C.* 317, 317-318; Dragoljub

et l'organe strasbourgeois est mené à tenir compte des lois en vigueur dans les États membres du Conseil de l'Europe³⁰, des normes communément acceptées par ceux-ci³¹, des principes se dégageant de la pratique judiciaire³², ainsi que des principes généraux de droit commun aux Hautes Parties contractantes³³. Il convient de se demander quelle est l'importance de l'impact de l'adhésion de nouveaux États membres sur la formation d'un consensus, ces États d'Europe orientale ayant un niveau de développement politique et des traditions culturelles et juridiques différentes de celles des États de l'Europe occidentale³⁴. Les divergences existant entre ceux-ci rendent-elles l'émergence d'un consensus plus difficile? Formuler une réponse à cette question se révèle plutôt difficile, mais nous pouvons affirmer – non sans nuances³⁵ – que la Cour strasbourgeoise semble avoir adapté sa

POPOVIC, « Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'Homme », dans *Droits de l'Homme. Regards de Strasbourg, Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl, N.P. Engel Verlag, 2007, p. 383.

30. F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 238. P. ex. : *Goodwin c. Royaume-Uni* (1996), II C.E.D.H. (Sér. A), n° 17488/90, par. 43.
31. La Cour fait appel aux « normes et aux tendances contemporaines », plus précisément les normes de politique pénale; F. JACQUEMOT, préc., note 30, p. 237-238. P. ex. : *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), 26 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5856/72, par. 31; *M.C. c. Bulgarie*, préc., note 20, par. 153.
32. F. JACQUEMOT, préc., note 31, p. 237. P. ex. : *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique* (1968), 6 C.E.D.H. (Sér. A), n° 1474/62, par. 10 [*Affaire linguistique belge*]; *Klass et autres c. Allemagne* (1978), 28 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5029/71, par. 50.
33. V. CLAUDE, préc., note 25, p. 37-38; Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1989, page 201; F. JACQUEMOT, préc., note 32, p. 238. P. ex. : *Müller et autres c. Suisse* (1988), 133 C.E.D.H. (Sér. A), n° 10737/84, par. 42; *Paksas c. Lituanie* [GC], n° 34932/04 (6 janvier 2011), par. 60-62.
34. V. CLAUDE, préc., note 33, p. 11-12, 17 et 35; Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'Homme*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 117; François RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », dans Frédéric SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Bruxelles, Nemesis, 1998, p. 41, à la page 45.
35. Il convient ici de rappeler que la Cour statue au cas par cas et fait un usage discrétionnaire de l'interprétation consensuelle.

méthode en conséquence. En effet, ce n'est que dans un premier temps que la référence au consensus constituait pour l'essentiel la position des États parties à la CEDH³⁶ et la Cour en est venue à considérer d'autres sources que le droit interne lorsqu'elle se réfère à l'existence d'un consensus.

Dans son interprétation consensuelle, la Cour européenne peut se référer aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées³⁷. Il lui arrive ainsi de tenir compte d'une « tendance internationale »³⁸, même en dépit d'une absence d'éléments démontrant l'existence d'un consensus purement européen³⁹. Lorsque la Cour de Strasbourg :

[...] examine le but et l'objet des dispositions de la Convention, elle prend [...] en considération les éléments de droit international dont relève la question juridique en cause [...]. Ensembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des États, les dénominateurs communs des normes de droit

-
36. Hélène SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » dans Michel LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 61, à la page 63.
 37. Ceci conformément à l'article 38§1c) du *Statut de la Cour internationale de Justice* (26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7); Conseil de l'Europe, Commission juridique de l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe, *Document de la séance de la session d'août 1950*, tome III, n° 93, 982, par. 5. P. ex. : *Golder c. Royaume-Uni* (1975), 18 C.E.D.H. (Sér. A), n° 4451/70, par. 35; *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 69-73.
 38. Paul TAVERNIER, « La Cour européenne applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne? », dans Paul TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 17. P. ex. : *Barthold c. Allemagne* (1985), 90 C.E.D.H. (Sér. A), n° 8734/79, par. 52; *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande* (1993), 264 C.E.D.H. (Sér. A), n° 16130/90, par. 35; *Sørensen et Rasmussen c. Danemark* [GC], n° 52562/99 (11 janvier 2006), par. 72-75; *Scoppola c. Italie (n° 2)* [GC], n° 10249/03 (17 septembre 2009), par. 105-106; *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09 (21 janvier 2011), par. 251.
 39. F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 239; H. SURREL, préc., note 36, à la page 63. P. ex. : *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95 (11 juillet 2002), par. 84.

international [...] reflètent une réalité, que la Cour ne saurait ignorer [...]⁴⁰.

La Cour va ainsi considérer des instruments internationaux juridiquement contraignants⁴¹, même lorsque ceux-ci affichent un faible taux de ratification⁴² ou encore qu'ils n'aient été ni ratifiés ni même signés par l'État en cause⁴³. Dans le même ordre d'idées, la Cour peut également tenir compte des

-
40. *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, au par. 76.
41. P. ex. : *Syndicat national de police belge c. Belgique* (1975), 19 C.E.D.H. (Sér. A), n° 4464/70; *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède* (1976), 20 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5614/72; *Marckx c. Belgique* (1979), 31 C.E.D.H. (Sér. A), n° 6833/7, au par. 41; *Johnston et autres c. Irlande* (1986), 112 C.E.D.H. (Sér. A), n° 9697/82, par. 74; *Inze c. Autriche* (1987), 126 C.E.D.H. (Sér. A), n° 8695/79, par. 41; *Müller et autres c. Suisse*, préc., note 33; *Soering c. Royaume-Uni* (1989), 161 C.E.D.H. (Sér. A), n° 14038/88; *T. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24724/94 (16 décembre 1999); *V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94 (16 décembre 1999); *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97 (21 novembre 2001); *Pini et autres c. Roumanie*, n° 78028/01 (22 juin 2004), par. 139 et 144; *Siliadin c. France*, n° 73316/01 (26 juillet 2005), par. 85-87; *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03 (13 décembre 2007), par. 65-66; *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07 (6 juillet 2010), au par. 48 et 135; *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08 (5 avril 2011), aux par. 33 et 108; *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03 (7 juillet 2011); *Stummer c. Autriche*, préc., note 18; *Khelili c. Suisse*, n° 16188/07 (18 octobre 2011); *Popov c. France*, n° 39472/07 (19 janvier 2012), par. 141; *Sitaropoulos et autres c. Grèce* [GC], n° 42202/07 (15 mars 2012); *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06 (22 mars 2012).
42. P. ex. : *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 79. P. ex. : *Marckx*, préc., note 41; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *id.*; *Fogarty c. Royaume-Uni* [GC], n° 37112/97 (21 novembre 2001); *McElhinney c. Irlande* [GC], n° 31253/96 (21 novembre 2001); *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00 (9 mars 2004); *Öneryildiz c. Turquie* [GC] n° 48939/99 (30 novembre 2004).
43. P. ex. : *Marckx*, préc., note 41; *Soering c. Royaume-Uni*, préc., note 41, par. 88; *Burghartz c. Suisse* (1994), 280-B C.E.D.H. (Sér. A), n° 16213/90, par. 24; *McElhinney c. Irlande*, préc., note 42; *Taskin et autres c. Turquie*, n° 46117/99 (10 novembre 2004), par. 98-100; *Öneryildiz c. Turquie*, préc., note 42; *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 78-79 et 86; *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 41, par. 66-68; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 27-31.

évolutions du droit communautaire européen⁴⁴, bien que les États membres du Conseil de l'Europe ne fassent pas tous partie de l'Union européenne. En effet, « l'application de la Convention peut [...] aller jusqu'à requérir qu'il soit tenu compte de l'impact réel, dans les États contractants, des développements les plus récents des institutions communautaires »⁴⁵. Il va aussi arriver à la Cour européenne de tenir compte d'instruments de *soft law*⁴⁶, telles la *Déclaration Universelle des droits de l'Homme*⁴⁷, la *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*⁴⁸ ou encore les *Règles de Beijing*⁴⁹. Plusieurs affaires dans

-
44. Ce que la Cour justifie en vertu de l'article 31§3c) de la *Convention de Vienne*. P. ex. : *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, préc., note 41, par. 55; *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98 (30 juin 2005), par. 150; *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06 (28 février 2008), par. 61-62; *Scoppola c. Italie (n° 2)*, préc., note 38, par. 105; *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., note 38, par. 57-86; *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 43, par. 56; *Popov c. France*, préc., note 41, par. 59-60 et 91; *Konstantin Markin c. Russie*, préc., note 41, par. 63-70.
45. Johan CALLEWAERT, « La Convention européenne des droits de l'Homme entre effectivité et prévisibilité », dans *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 93, à la page 97.
46. Pour une étude approfondie de la référence aux instruments de *soft law* par la Cour européenne des droits de l'Homme, voir Françoise TULKENS et Sébastien 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 », dans Sébastien VAN DROOGHENBROECK et François TULKENS (dir.), *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 505; Françoise TULKENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Frédéric KRENC, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'Homme : questions de légitimité et de méthode », (2012) 91 *Rev. trim. dr. h.* 433.
47. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G. N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948). P. ex. : *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande*, préc., note 38, par. 33 et 35; *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 41, par. 58.
48. UE, *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, 9 décembre 1989. P. ex. : *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande*, préc., note 47, par. 35.
49. *Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs*, Rés. A.G. 40/33, Doc. off. A.G. N.U., (1985) [*Règles de Beijing*]. P. ex. : *T. c. Royaume-Uni*, préc., note 41, par. 43, 64 et 71; *V. c. Royaume-Uni*, préc., note 41, par. 45, 66 et 73.

lesquelles la Cour s'est explicitement référée à la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁵⁰ en témoignent d'ailleurs, alors que celle-ci n'était pas encore contraignante⁵¹. Dans ce sens, la Cour va parfois jusqu'à considérer « des textes intrinsèquement non contraignants des organes [représentatifs] du Conseil de l'Europe »⁵², telles les recommandations et résolutions du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire⁵³. À certaines occasions, la Cour européenne peut même demander l'avis ou tenir compte des normes d'autres organes européens à vocation consultative, celle-ci étant parfois conduite « à renforcer son raisonnement par des références à des normes émanant d'autres organes du Conseil de l'Europe, dépourvus [...] de toute fonction de représentation des États parties à la Convention, qu'il s'agisse d'organes de surveillance ou d'organes experts »⁵⁴. Ainsi, la Cour sera notamment menée à se référer aux travaux de la Commission européenne pour la démocratie⁵⁵, la Commission européenne

-
50. UE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2007] J.O. C 303/01.
51. P. ex. : *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39; *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, préc., note 38; *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00 (19 avril 2007).
52. *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 74.
53. P. ex. : *Cossey c. Royaume-Uni* (1990), 184 C.E.D.H. (Sér. A), n° 10843/84, par. 40; *B. c. France* (1992), 232C C.E.D.H. (Sér. A), n° 13343/87, par. 46; *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni* (1997), II C.E.D.H. (Sér. A), n° 21830/93, par. 38; *Öneryildiz c. Turquie*, préc., note 42, par. 59, 71, 90 et 93; *Yumak et Sadak c. Turquie* [GC], n° 10226/03 (8 juillet 2008), par. 130; *Rahimi c. Grèce*, préc., note 41, par. 27-29; *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 41, par. 50-55 et 107; *Stummer c. Autriche*, préc., note 18, par. 49-58; *Erçep c. Turquie*, n° 43965/04 (22 novembre 2011), par. 43; *Popov c. France*, préc., note 41, par. 53-55; *Konstantin Markin c. Russie*, préc., note 41, par. 56-62; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 21 et 73.
54. *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 75.
55. P. ex. : *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*, n° 55066/00 (11 janvier 2007), par. 70-73; *Çiloğlu et autres c. Turquie*, n° 73333/01 (6 mars 2007), par. 17; *Parti nationaliste basque – Organisation régionale d'Iparralde c. France*, n° 71251/01 (7 juin 2007), par. 45-52; *Grosaru c. Roumanie*, n° 78039/01 (2 mars 2010), par. 56; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 23-25.

contre le racisme et l'intolérance⁵⁶ et le Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants⁵⁷ dans la détermination de l'existence d'un consensus. En somme, il semblerait qu'il suffise que « les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international et dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vues dans les sociétés modernes »⁵⁸. Ainsi, en tenant compte du droit international dans sa construction du consensus, la Cour de Strasbourg fait preuve d'une plus grande ouverture en matière de protection des individus.

En plus de se fonder sur le droit national et sur la tendance internationale, la Cour européenne va parfois faire référence à d'autres sources aussi diverses les unes que les autres⁵⁹. Ainsi, l'expression de consensus peut tout autant faire référence à l'évolution constatée dans l'ordre juridique interne d'un même État⁶⁰ qu'aux projets de réforme des États parties⁶¹, aux projets de

-
56. P. ex. : *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, n° 15250/02 (13 décembre 2005), par. 33-36; *Ivana c. Bulgarie*, n° 52435/99 (12 avril 2007), par. 65-66; *Cobzaru v. Romania*, n° 48254/99 (26 juillet 2007), par. 49-50; *D.H. et autres c. République Tchèque* [GC], n° 57325/00 (13 novembre 2007), par. 59-65, 184, 192, 200 et 205; *Orsus et autres c. Croatie* [GC], n° 15766/03 (16 mars 2010), par. 65-67.
57. P. ex. : *Aerts c. Belgique* (1998), V C.E.D.H. (Sér. A), n° 25357/94, par. 42; *Kalachnikov c. Russie*, n° 47095/99 (15 juillet 2002), par. 97; *Nazarenko c. Ukraine*, n° 39483/98 (29 avril 2003), par. 94-102; *Slimani c. France*, n° 57671/00 (27 juillet 2004), par. 22 et suiv.; *Kadiķis c. Lettonie (n° 2)*, n° 62393/00 (4 mai 2006), par. 52; *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., note 38, par. 163-164 et 229; *Rahimi c. Grèce*, préc., note 41, par. 30-31; *Popov c. France*, préc., note 41, par. 58 et 96.
58. *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 86; *Marckx c. Belgique*, préc., note 41, par. 41.
59. H. SURREL, préc., note 36, à la page 63.
60. H. SURREL, préc., note 36. P. ex. : *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99 (28 mai 2002), par. 69; *Weller v. Hungary*, n° 44399/05 (31 mars 2009), par. 28; *A., B. et C. c. Irlande* [GC], n° 25579/05 (16 décembre 2010), par. 27-55; *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., note 38,

conventions internationales⁶², aux dispositifs d'États tiers⁶³, aux travaux de juristes⁶⁴ et aux travaux scientifiques⁶⁵.

1.2 Une notion élargie qui ne fait pas l'unanimité?

L'usage de la notion élargie de consensus ne fait toutefois pas l'unanimité parmi les juges de la Cour européenne. Par exemple, dans l'affaire *Scoppola c. Italie (n° 2)*⁶⁶, la majorité de la Cour s'est appuyée sur plusieurs sources internationales⁶⁷ pour dégager un consensus et justifier l'extension de l'article 7§1 CEDH. Les juges dissidents ont fortement critiqué l'approche de la majorité, allant jusqu'à dire qu'elle dépassait les bornes : « aucune interprétation judiciaire, aussi créative soit-elle, n'est totalement exempte de contraintes. Ce qui importe avant tout est de ne pas outrepasser les bornes fixées par les dispositions de la

par. 123-124; *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06 (18 mars 2011), par. 17-25.

61. P. ex. : *Tyrer c. Royaume-Uni*, préc., note 31, par. 31; *Marckx c. Belgique*, préc., note 41, par. 21; *F. c. Suisse* (1987), 128 C.E.D.H. (Sér. A), n° 11329/85, par. 24; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39, par. 88; *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04 (24 juin 2010), par. 29 et 106; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 18-20, 76 et 78.
62. P. ex. : *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 84.
63. P. ex. : *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39, par. 84; *Popov c. France*, préc., note 41, par. 66; *Eweida and others v. United Kingdom*, n° 48420/10 (15 janvier 2013), par. 48-49.
64. P. ex. : *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 41, par. 85-88; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 60.
65. P. ex. : *Fretté c. France*, n° 36515/97 (26 février 2002), par. 42; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39, par. 81-82.
66. *Scoppola c. Italie (n° 2)*, préc., note 38.
67. La Cour s'est en effet référée au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171), à la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme* (22 novembre 1969, S.T.O.É.A. n° 36), à la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* et à la jurisprudence communautaire, au *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3), ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie; *Scoppola c. Italie (n° 2)*, préc., note 38, par. 35-41 et 105.

Convention »⁶⁸. Cela va de pair avec la position majoritaire des juges dans l'affaire *Kafkaris c. Chypre*⁶⁹ portant sur le réexamen et le réaménagement des peines perpétuelles et le dispositif de libération anticipée, dans laquelle elle estime « qu'à l'heure actuelle, aucune norme claire et communément admise ne se dégage au sein des États membres du Conseil de l'Europe »⁷⁰. Les juges Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann et Jebens, dans leur opinion dissidente commune, déplorent que la Cour de Strasbourg n'ait pas fait mention, afin de dégager l'existence d'un consensus, des textes pertinents du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Tout cela démontre bien que les facteurs de mesure de la notion de consensus varient d'une affaire à l'autre, notamment selon la composition de la Cour, et que l'interprétation consensuelle fait l'objet d'une instrumentalisation : « la nature de cette technique [s'apparente] parfois à un instrument politique masquant l'arbitraire de la Cour »⁷¹.

En raison de la diversité des sources dont la Cour européenne tient compte afin d'établir l'existence d'un consensus, l'on ne peut que constater que le droit européen des droits de l'Homme est « façonné à partir de sources comparatives et internationales »⁷². Cette référence au droit national dans la création d'un droit commun basé sur le consensus permet d'ailleurs de déduire « qu'il n'existe pas de séparation absolue entre le droit international public et le droit public interne »⁷³. L'interprétation consensuelle se fonde surtout sur l'évolution du droit et non pas sur l'évolution des sociétés⁷⁴, bien que le contraire serait plutôt souhaitable, le droit évoluant beaucoup plus

68. *Scoppola c. Italie (n° 2)*, préc., note 67, opinion en partie dissidente des juges Nicolaou, Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger et Sajó.

69. *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04 (12 février 2008).

70. *Id.*, par. 104.

71. H. SURREL, préc., note 36, à la page 65.

72. Jean-Paul COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : de l'influence de différentes traditions nationales », (2004) 57 *R.T.D.H.* 101, 110.

73. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 29, 321.

74. F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 237.

lentement que les mœurs sociaux. De ce fait, l'on peut reprocher au consensus d'émerger de façon aléatoire et, surtout, longue⁷⁵. De surcroît, la notion de consensus apparaît se définir plutôt de manière qualitative que quantitative, la Cour semblant construire l'existence d'un consensus⁷⁶, notamment en s'appuyant sur d'autres sources que le droit interne au lieu de simplement le constater par une analyse statistique⁷⁷.

2 Identifier le consensus : un exercice discrétionnaire?

L'approche de la Cour européenne en matière d'interprétation consensuelle n'est pas uniforme, particulièrement lorsqu'il s'agit d'identifier la présence ou l'absence d'un consensus. En effet, il y aurait trois modes d'identification du consensus, « la cour pouvant procéder par simple affirmation, être animée d'une réelle volonté de démontrer son existence ou son absence ou choisir d'occulter la question »⁷⁸. Par ailleurs, la Cour ferait un usage discrétionnaire de la notion, selon les conclusions auxquelles elle veut aboutir, d'où un manque de justification quant à son choix de recourir ou non à l'interprétation consensuelle.

2.1 Les différents modes d'identification de l'instrument consensuel

Le premier mode d'identification du consensus, qui est le plus fréquemment utilisé par la Cour européenne, consiste à procéder par simple affirmation de l'existence ou de l'absence d'un consensus, sans toutefois en étayer les sources autres que le droit

75. *Id.*, p. 169.

76. H. SURREL, préc., note 36, à la page 86.

77. Cette « répugnance » des chiffres, ce refus de quantifier ses choix sont-ils liés au fait que les chiffres ont « un pouvoir réducteur et contraignant plus grand que les mots »? Stéphane RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », dans Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39, à la page 53.

78. H. SURREL, préc., note 36, à la page 66.

interne de l'État défendeur⁷⁹. Selon cette méthode, la Cour vise soit à constater la diversité des approches étatiques ou, au contraire, à en relever l'homogénéité. Dans la première hypothèse, qui survient le plus souvent en matière de protection de la morale⁸⁰ ou de protection des convictions religieuses⁸¹ sans toutefois être limitée à ces domaines⁸², la Cour veut se montrer plutôt compréhensive de la diversité en démontrant l'absence de consensus, procédant donc, en quelque sorte, à une interprétation consensuelle « négative »⁸³. Par exemple, dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*⁸⁴ portant sur la confiscation et la destruction d'un manuel scolaire, la Cour de Strasbourg a affirmé qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la morale »⁸⁵. Dans la seconde hypothèse, le constat d'homogénéité sert plutôt à affirmer l'accord de l'ensemble des États sur une question⁸⁶ ou de souligner l'isolement de la situation de l'État défendeur, voire son retard⁸⁷. La Cour procède donc à une interprétation consensuelle pouvant

79. *Id.*

80. P. ex. : *Handyside c. Royaume-Uni* (1976), 24 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5493/72, par. 48 et 57; *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, préc., note 18, par. 59; *Müller et autres c. Suisse*, préc., note 33, par. 35 et 42; *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* (1992), 246-A C.E.D.H. (Sér. A), n° 14234/88, par. 68.

81. P. ex. : *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (1994), 295-A C.E.D.H. (Sér. A), n° 13470/87, par. 50; *I.A. c. Turquie*, n° 42571/98 (13 septembre 2005), par. 25.

82. P. ex. : *Gillow c. Royaume-Uni* (1986), 109 C.E.D.H. (Sér. A), n° 9063/80, par. 71; *Burghartz c. Suisse*, préc., note 43, par. 27; *Stjerna c. Finlande* (1994), 299-B C.E.D.H. (Sér. A), n° 18131/91, par. 39; *Zavoloka c. Lettonie*, n° 58447/00 (7 juillet 2009), par. 31 et 40.

83. V. CLAUDE, préc., note 25, p. 36-37.

84. *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., note 80.

85. *Id.*, par. 48.

86. P. ex. : *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94 (28 juillet 1999), par. 101; *Gorraiz Lizarraga et a. c. Espagne*, n° 62543/00 (27 avril 2004), par. 38; *Siliadin c. France*, préc., note 43, par. 121 et 148.

87. P. ex. : *Tyrer c. Royaume-Uni*, préc., note 31, par. 31 et 38; *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, préc., note 18, par. 59-60; *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1981), 45 C.E.D.H. (Sér. A), n° 7525/76, par. 60; *Vogt c. Allemagne* (1995), IV C.E.D.H. (Sér. A), n° 17851/91, par. 59.

être qualifiée de « positive »⁸⁸. Ainsi, dans l'affaire *Vogt c. Allemagne*⁸⁹ où était contestée une restriction à la liberté d'expression des enseignants allemands, la Cour a indiqué qu'« à l'époque des faits, aucun autre État membre du Conseil de l'Europe ne semble avoir imposé une obligation de loyauté de pareille rigueur »⁹⁰, mettant ainsi l'accent sur le cas isolé de l'Allemagne.

Selon le deuxième mode d'identification du consensus, qui est de plus en plus présent dans la jurisprudence récente de la Cour européenne⁹¹, celle-ci semble être poussée à démontrer l'existence ou l'absence d'un consensus. Elle ne fait donc plus uniquement référence au droit interne de l'État défendeur, mais également à d'autres sources⁹², sans pour autant préciser la teneur exacte de sa démonstration de l'existence ou de l'absence d'un consensus⁹³. Cette deuxième méthode poursuit, par ailleurs,

88. V. CLAUDE, préc., note 25, p. 37.

89. *Vogt c. Allemagne*, préc., note 86.

90. *Id.*, par. 59.

91. P. ex. : *F. c. Suisse*, préc., note 61; *B. c. France*, préc., note 53; *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* (1995), IV C.E.D.H. (Sér. A), n° 22083/93; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39; *I. c. Royaume-Uni* [GC], n° 25680/94 (11 juillet 2002); *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05 (29 avril 2008); *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26; *Tañase c. Moldova* [GC], n° 7/08 (27 avril 2010); *Schalk et Kopf c. Autriche*, préc., note 61; *A., B. et C. c. Irlande*, préc., note 60; *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 41; *Stummer c. Autriche*, préc., note 18; *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00 (3 novembre 2011); *Sitaropoulos*, préc., note 41.

92. P. ex. : *Stjerna c. Finlande*, préc., note 82, par. 17-30; *M.C. c. Bulgarie*, préc., note 20, par. 72-108; *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01 (12 avril 2006), par. 26-41; *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05 (10 avril 2007), par. 29-52; *Stoll c. Suisse* [GC], n° 69698/01 (10 décembre 2007), par. 35-44; *Kafkaris c. Chypre*, préc., note 69, par. 31-76; *Alekseyev c. Russie*, n° 4916/07 (21 octobre 2010), par. 49-52; *A., B. et C. c. Irlande*, préc., note 60, par. 27-112; *Lautsi et autres c. Italie*, préc., note 60, par. 17-28; *S.H. et autres c. Autriche*, préc., note 91, par. 27-44; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 15-45; H. SURREL, préc., note 36, à la page 69.

93. H. SURREL, préc., note 92. Comme le contemple d'ailleurs Ganshof Van Der Meersch, « la Cour ne précise généralement pas, dans sa pratique,

les mêmes objectifs que la première, à savoir constater l'homogénéité des pratiques ou, au contraire, mettre en exergue la diversité européenne.

En vertu du troisième et dernier mode d'identification du consensus, qui est d'ailleurs plus rare, la Cour va carrément occulter l'existence ou l'absence d'un consensus. Celle-ci le fera parfois afin de dissimuler la diversité nationale, voire masquer la légitimité de leurs approches. Par exemple, dans l'affaire *Burghartz c. Suisse*⁹⁴, la Cour n'a fait aucune mention de l'absence de consensus relativement aux règles d'attribution des noms et a élargi le champ d'application de l'article 8 CEDH pour y inclure le choix du patronyme⁹⁵. La Cour reprend d'ailleurs ce raisonnement dans l'affaire *Ünal Tekeli c. Turquie*⁹⁶ où elle réaffirme qu'« en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci »⁹⁷, ne faisant encore une fois aucune mention de l'absence de consensus. Dissimuler la diversité nationale permet donc à la Cour d'imposer sa propre lecture de la CEDH et d'élargir le champ d'application d'une disposition conventionnelle. Dans d'autres cas, la Cour européenne camoufle l'existence d'un consensus, sans toutefois que cela n'emporte « les mêmes conséquences pour le respect des particularismes locaux »⁹⁸; c'est d'ailleurs son approche dans l'affaire *Folgero et autres c. Norvège*⁹⁹ concernant les dispenses d'enseignements de culture religieuse et morale. En effet, la Cour y occulte totalement l'existence d'un consensus et condamne la Norvège, car l'État n'a pas raisonnablement veillé à ce que les informations figurant au programme du cours soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Cette décision contraste d'ailleurs avec

au droit de quels États elle se réfère »; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 29, 323.

94. *Burghartz c. Suisse*, préc., note 43.

95. *Id.*, opinion dissidente des juges PETTITI et VALTICOS, par. 2.

96. *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96 (16 novembre 2004).

97. *Id.*, par. 42.

98. H. SURREL, préc., note 36, à la page 75.

99. *Folgero et autres c. Norvège* [GC], n° 15472/02 (29 juin 2007).

l'affaire *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*¹⁰⁰, portant sur les mêmes questions, dans laquelle la Cour de Strasbourg se réfère au consensus avec précision¹⁰¹. Dans l'affaire *Imbrioscia c. Suisse*¹⁰², portant sur l'absence d'un avocat à l'occasion d'interrogatoires policiers, la Cour occulte l'existence d'un consensus et conclut à la non violation de l'article 6 CEDH. Or, dans son opinion dissidente, le juge Louis-Edmond Pettiti soulève que « l'évolution des législations des États membres du Conseil de l'Europe va [...] dans le sens d'une meilleure protection de la défense dans l'esprit de l'article 6 »¹⁰³. De ce fait, il semblerait que, lorsque la Cour occulte l'existence d'un consensus, cela n'a pas pour effet de renforcer le respect des particularismes locaux. Si cela avait été son but, elle aurait plutôt écarté de façon explicite son existence.

2.2 Un manque de justification voulu par la Cour?

La Cour européenne ne justifie que très peu son recours au consensus, y faisant référence de façon sporadique et non uniforme, parfois en indiquant sommairement les sources lui ayant permis de dégager un consensus, d'autres fois sans donner d'information aucune. Il nous apparaît donc que la Cour fait un usage discrétionnaire de la notion de consensus et de l'interprétation consensuelle.

Effectivement, une analyse jurisprudentielle combinée avec une étude du droit comparé, pour ne pas dire statistique, des différents États membres du Conseil de l'Europe permet d'affirmer que, dans plusieurs affaires, pour la plupart très critiquées, la Cour européenne affirmerait l'existence d'un consensus alors qu'il n'y en aurait pas ou, au contraire, l'absence d'un consensus alors qu'en réalité, il s'en dégagerait un. Par exemple, dans les affaires *V. c. Royaume-Uni*¹⁰⁴ et *T. c. Royaume-Uni*¹⁰⁵, la Cour affirme

100. *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, n° 1448/04 (9 octobre 2007).

101. *Id.*, par. 30-34.

102. *Imbrioscia c. Suisse* (1993), 275 C.E.D.H. (Sér. A), n° 13972/88.

103. *Id.*, opinion dissidente du juge Pettiti.

104. *V. c. Royaume-Uni*, préc., note 41.

l'absence de consensus relativement à l'âge de la responsabilité pénale. Selon la loi du Royaume-Uni, le seuil de la responsabilité pénale est fixé à dix ans et bien que « la plupart des États contractants ont adopté un seuil plus élevé que celui de l'Angleterre et du pays de Galles, d'autres, tels que Chypre, l'Irlande, le Liechtenstein et la Suisse appliquent un seuil plus bas »¹⁰⁶. La Cour de Strasbourg constate que l'âge minimum de la responsabilité pénale variait entre sept ans et dix-huit ans. Néanmoins, s'il n'y avait pas au sein des États membres du Conseil de l'Europe une norme commune fixant un âge précis, la Cour a tout de même négligé de reconnaître que la grande majorité des États contractants ont adopté un seuil plus élevé et, donc, qu'une tendance manifeste se dégagait : « seuls quatre États contractants sur quarante et un ont adopté un seuil aussi bas ou plus bas que celui en vigueur en Angleterre »¹⁰⁷. Tout au contraire, dans l'affaire *Marckx c. Belgique*¹⁰⁸, la Cour affirme l'existence d'un consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, alors qu'il n'en existerait pas véritablement. Effectivement, la Cour européenne dégage un consensus international, se fondant sur l'entrée en vigueur de textes internationaux qui n'ont été ratifiés que par une minorité des États membres du Conseil de l'Europe¹⁰⁹ et qui, de plus, sont entrés en vigueur suite au dépôt de la requête dirigée contre la Belgique. Il en va de même dans les affaires *König c. Allemagne*¹¹⁰ et *Öztürk c. Allemagne*¹¹¹, où la Cour affirme l'existence d'un consensus relativement au sens de la notion de « droit civil », alors qu'un « examen attentif des données du droit comparé montrerait qu'il n'existe pas aujourd'hui de *dénominateur commun* dans le sens envisagé par l'arrêt »¹¹² et que la notion « ne

105. *T. c. Royaume-Uni*, préc., note 41.

106. *Id.*, par. 71; *V. c. Royaume-Uni*, préc., note 41, par. 73.

107. *T. c. Royaume-Uni*, *id.*, opinion en partie dissidente commune aux juges Pastor Ridruejo, Ress, Makarczyk, Tulkens et Butkevych; *V. c. Royaume-Uni*, préc., note 106, opinion en partie dissidente commune aux juges Pastor Ridruejo, Ress, Makarczyk, Tulkens et Butkevych.

108. *Marckx c. Belgique*, préc., note 41.

109. *Id.*, par. 41.

110. *König c. Allemagne* (1978), 27 C.E.D.H. (Sér. A), n° 6232/73.

111. *Öztürk c. Allemagne* (1984), 73 C.E.D.H. (Sér. A), n° 8544/79.

112. *Id.*, opinion dissidente du juge Matscher (nos italiques).

trouve aucun fondement dans les systèmes de droit de la grande majorité des États contractants »¹¹³.

Dans son interprétation de la CEDH, la Cour européenne est conduite à confronter l'existence d'un consensus « avec la disposition de droit international qu'est l'article de la Convention dont la violation est invoquée »¹¹⁴. Dans certains cas, plutôt rares, ceci amènerait la Cour à « occulter explicitement »¹¹⁵ la notion de consensus, voire la neutraliser, pour imposer aux Hautes Parties contractantes sa propre lecture de la CEDH ou pour ménager la volonté de l'État¹¹⁶. Entre autres, dans les affaires *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*¹¹⁷ et *I. c. Royaume-Uni*¹¹⁸, tout en prenant note de l'absence de consensus sur la question de la reconnaissance d'un statut juridique des transsexuels, la Cour s'appuie sur l'émergence d'une tendance internationale favorable et sur la notion d'autonomie personnelle pour faire prévaloir son interprétation, tant celle relative au respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH) qu'en matière de mariage (article 12 CEDH). Dans ces affaires, la Cour y affirme que la communauté de vues des États contractants sur la question transsexuelle n'est pas bien établie¹¹⁹, mais elle juge néanmoins qu'il faut « passer outre la mosaïque européenne, car l'appel d'une communauté humaine en détresse est par trop important »¹²⁰. Les affaires *Tysiac c. Pologne*¹²¹, relative à l'avortement thérapeutique, et *Weller v. Hungary*¹²², concernant une discrimination fondée sur la

113. *König*, préc., note 110, opinion séparée du juge Matscher.

114. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 29, 320.

115. H. SURREL, préc., note 36.

116. *Id.*, à la page 82.

117. *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39.

118. *I. c. Royaume-Uni*, préc., note 91.

119. *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39, par. 85 et 103.

120. Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap : libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 335, à la page 348; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 119, par. 120; *I. c. Royaume-Uni*, préc., note 91, par. 95.

121. *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03 (20 mars 2007).

122. *Weller v. Hungary*, préc., note 60.

nationalité dans l'obtention d'une indemnité de maternité, sont toutes aussi illustratives. En effet, dans ces affaires, afin de neutraliser l'absence de consensus, la Cour s'appuie sur le nécessaire respect des principes inhérents au standard de « société démocratique »¹²³. Dans l'affaire *Yumak et Sadak c. Turquie*¹²⁴ portant sur le seuil électoral des suffrages pour les élections législatives, la Cour neutralise la présence d'un consensus, pour ne pas dire qu'elle l'anéantit. En effet, la Cour européenne, tout en affirmant que le seuil de 10% requis en Turquie n'était pas conforme à la tradition politique démocratique commune aux États membres, ne conclut pas à la violation de la CEDH¹²⁵. Affirmant que

[...] toute loi électorale doit [...] s'apprécier à la lumière de l'évolution historique du pays, [...] des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre [...], pour autant du moins que le système adopté réponde à des conditions assurant la *libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif*¹²⁶. (nos italiques)

La Cour de Strasbourg cherche donc, dans cette affaire, à ménager la Turquie. Dans l'affaire *B. and L. v. United Kingdom*¹²⁷ portant sur l'empêchement au mariage entre beaux-parents et beaux-enfants, la Cour, écartant la pratique commune des États membres du Conseil de l'Europe à laquelle est analogue le dispositif britannique, constate une violation de la CEDH, au motif que

[...] the bar on marriage does not prevent the relationships occurring, [that] there is no incest, or other criminal law, provisions to prevent extra-marital relationships between parents-in-law and children-in-law being established

123. *Tysiac*, préc., note 121, par. 112; *Weller v. Hungary*, préc., note 122, par. 34.

124. *Yumak et Sadak c. Turquie*, préc., note 53.

125. *Id.*, par. 64, 127, 129-131 et 147.

126. *Id.*, par. 111; *Py c. France*, n° 66289/01 (11 janvier 2005), par. 46.

127. *B. and L. v. United Kingdom*, n° 36536/02 (13 septembre 2005).

notwithstanding that children may live in these homes. It cannot therefore be said that in the present case the ban on the applicant's marriage prevents any alleged confusion or emotional insecurity to the second applicant's son.¹²⁸

Tous ces exemples illustrent bel et bien que la Cour européenne, par son usage relatif, discrétionnaire et injustifié de la notion ambiguë du « consensus », semble pratiquer une certaine « politique jurisprudentielle », à savoir une « stratégie juridictionnelle globale et systématisée d'instrumentalisation du droit à des fins institutionnelles ou politiques »¹²⁹. Toutefois, malgré l'ambiguïté qui caractérise l'interprétation consensuelle et la notion de consensus, son usage s'avère essentiel dans le contexte particulier de la CEDH.

3 Le consensus, construction prétorienne nécessaire au système européen de sauvegarde des droits de l'Homme

Afin de véritablement comprendre l'étendue et l'importance de l'interprétation consensuelle, il convient, dans un premier temps, de mettre en exergue les objectifs sous-tendant son usage par la Cour européenne, à savoir les motivations l'ayant mené à construire la notion de consensus. Il apparaît tout aussi important, dans un second temps, de se pencher sur les fondements même de l'interprétation consensuelle en expliquant comment la Cour a dégagé la notion de consensus du texte conventionnel.

3.1 La nécessité du recours au consensus dans le contexte conventionnel

En tant que « traité-loi », la CEDH a un caractère normatif et, « à la différence des traités internationaux de type classique, [elle] déborde de la simple réciprocité entre États contractants. En

128. *Id.*, par. 38.

129. Edouard DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'Homme », (2008) 74 *R.T.D.H.* 383, 388; H. SURREL, préc., note 36, à la page 86.

sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une *garantie collective* »¹³⁰. Ainsi, quand elle interprète certaines dispositions de la CEDH, la Cour européenne doit tenir compte du caractère singulier du traité¹³¹ et accorder une place centrale à l'objet et au but de la CEDH¹³². Cette méthode « se présente comme une directive selon laquelle il convient de donner tout son sens et son effet à un énoncé [...] ou à un groupe d'énoncés »¹³³ et constitue une « tentative de construction d'un ensemble de normes juridiques organisées et unies dans un tout harmonieux et autonome en vue de réglementer une société donnée »¹³⁴. La CEDH requiert de ses interprètes des prises de positions par rapport à des valeurs dans la mobilisation des standards et modes de raisonnement¹³⁵. Cela ne va pas sans entraîner de conséquences et « la jurisprudence de la Cour [...] semble osciller entre la prudence et la hardiesse, entre l'approche formaliste des textes et la prise en considération de leur esprit »¹³⁶. De ce fait, le choix de la méthode d'interprétation est

-
130. *Irlande c. Royaume-Uni* (1978), 25 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5310/71, par. 239 (nos italiques); *Autriche c. Italie*, (1961), 7 Comm. Eur. D.H. Rec. 23, n° 788/60; Théo VAN BOVEN, « Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : Préambule », dans Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 125, à la page 133.
131. *Loizidou c. Turquie* (1996), VI C.E.D.H. (Sér. A), n° 15318/89, par. 70 et 93; J. CALLEWAERT, préc., note 45, à la page 106.
132. Cette technique d'interprétation est qualifiée d'« interprétation téléologique » et se fonde sur l'article 31§1 de la *Convention de Vienne*.
133. Jean-Denis MOUTON, *Étude de la méthode d'interprétation dite de l'effet utile en droit international public. Contribution à la compréhension de l'idée juridictionnelle du droit*, Thèse de doctorat en droit, Nancy, 1986, p. 18-19.
134. *Id.*, p. 703.
135. Patrick WACHSMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'Homme », dans Société Française pour le Droit International (SFDI), *La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international : Colloque de Strasbourg*, Paris, A. Pedone, 1998, p. 157, à la page 158.
136. Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

rarement neutre, voire jamais, et est arbitraire; ce choix serait déterminé selon des « considérations extrajuridiques »¹³⁷. Or, le choix de l'interprétation consensuelle n'échappe pas à cette règle et celle-ci permet à la Cour d'assurer la garantie effective des droits conventionnels, en plus d'atteindre le fragile équilibre entre harmonisation du droit et respect de l'autonomie nationale.

3.1.1 La garantie effective des droits conventionnels

L'usage par la Cour européenne de l'interprétation consensuelle se justifie en raison du contexte conventionnel du traité. En effet, le recours au consensus permet de garantir l'effectivité des droits garantis dans la CEDH. Dans le domaine des droits de la personne, une sauvegarde est nécessaire, car il n'y a jamais d'acquis définitifs. Ainsi, la CEDH a pour principale finalité la garantie de la jouissance effective des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹³⁸. Or, l'effectivité suppose non seulement un plein respect des droits intangibles¹³⁹, mais aussi que les

l'Homme », dans Louis-Edmond PETTIT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 41, à la page 41.

137. Michel MELCHIOR, « Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention européenne des droits de l'Homme », dans *Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Berlin, Carl Heymans, 1990, p. 411, à la page 414; Pierre PESCATORE, « Le problème de l'argumentation juridique. Quelques idées non conventionnelles », dans Jean GREISCH (dir.), *Le droit*, Paris, Beauchesne, 1984, p. 137.
138. Préambule de la CEDH; *Affaire linguistique belge*, préc., note 32; J. CALLEWAERT, préc., note 45, à la page 95; Katarzyna GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 305-306; F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 160; Giuseppe SPERDUTI, « Sur la garantie par les ordres juridiques internes des droits reconnus dans la Convention européenne des droits de l'Homme », dans Pierre-Henri TEITGEN (dir.), *Mélanges Fernand Dehousse : Les progrès du droit des gens*, vol. 1, Paris, Fernand Nathan, 1979, p. 227, à la page 227; P. WACHSMANN, préc., note 135, à la page 158.
139. Les droits intangibles sont, d'ailleurs, de *jus cogens*; Kéba MBAYE, « Introduction », dans Mohammed BEDJAOUI (dir.), *Droit international* :

limitations aux droits conditionnels ne portent pas atteinte à la substance même de ces derniers¹⁴⁰. Les États doivent donc veiller à ce que leur législation interne cadre avec la CEDH¹⁴¹ et « prendre les mesures d'adaptation qui se révéleraient nécessaires à cette fin »¹⁴². L'effectivité de la CEDH est la préoccupation dominante de la Cour strasbourgeoise¹⁴³, qui doit « protéger des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs »¹⁴⁴. En faisant sienne le principe *pro homine*, qui consiste à placer l'individu au cœur de ses préoccupations interprétatives¹⁴⁵, la Cour a permis à la CEDH d'offrir aux individus « une garantie supplémentaire et souveraine, soit quand le droit n'est pas garanti dans la législation nationale, ou qu'il n'est pas garanti avec les mêmes exigences, soit quand, étant garanti, cette garantie n'est pas appliquée »¹⁴⁶. La

Bilan et perspectives, t. 2, Paris, A. Pedone, 1991, p. 1109, à la page 1115.

140. *Brogan et autres c. Royaume-Uni* (1988), 145-B C.E.D.H. (Sér. A), n° 11209/84; Frédéric SUDRE, « L'Europe des droits de l'Homme », (1991) 14 *Droits* 105, 112-113.
141. Article 1^{er} CEDH.
142. *De Becker c. Belgique* (1958), *Comm. Eur. D.H.*, requête n° 214/56.
143. *Affaire linguistique belge*, préc., note 32, par. 9; *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* (1985), 94 C.E.D.H. (Sér. A), n° 9214/80, par. 78; *Stec et autres c. Royaume-Uni*, préc., note 92, par. 40; *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02 (22 janvier 2008), par. 48; Frédéric SUDRE, « Les libertés protégées par la Cour européenne des Droits de l'Homme », dans Dominique ROUSSEAU et Frédéric SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : droits et libertés en Europe. Actes du colloque de Montpellier, 20-21 janvier 1989*, Paris, STH, 1990, p. 17, à la page 22; P. WACHSMANN, préc., note 135, à la page 193.
144. *Loizidou c. Turquie*, préc., note 131, par. 72. V. *Airey c. Irlande* (1979), 32 C.E.D.H. (Sér. A), n° 6289/73, par. 26; *Artico c. Italie* (1980), 37 C.E.D.H. (Sér. A), n° 6694, par. 33; *Stafford c. Royaume-Uni*, préc., note 60, par. 68; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39, par. 74; *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00 (24 juin 2004), par. 71; *Demir et Bayraka, supra* n° 95, par. 66; *Scordino c. Italie (n° 1)* [GC], n° 36813/97 (29 mars 2006), par. 192.
145. Bien que ce principe semble être à géométrie variable; L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 120, aux p. 341, 349.
146. Walter J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Aspects de la mise en œuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'Homme en droit international : La Convention européenne », dans Pierre Henri TEITGEN (dir.), *Mélanges*

CEDH se pose donc comme base d'une protection minimale devant être respectée sur l'ensemble du territoire des États membres du Conseil de l'Europe¹⁴⁷. C'est notamment ce but de garantie effective qui a poussé la Cour à user de la construction prétorienne du consensus, celle-ci permettant d'assurer le développement¹⁴⁸ et la sauvegarde des droits conventionnels en établissant une base minimale de normes communes.

3.1.2 La recherche d'un équilibre entre l'harmonisation du droit européen des droits de l'Homme et le respect de l'autonomie nationale

Le recours au consensus s'avère tout aussi essentiel pour que la Cour européenne puisse accomplir sa mission d'harmonisation du droit européen des droits de l'Homme, sans pour autant porter atteinte à l'autonomie des États, un équilibre plutôt difficile à atteindre *per se*. Effectivement, il découle du caractère conventionnel du traité de Rome que la Cour doit tenter de maintenir un équilibre entre l'objectif de création d'un droit commun européen des droits de l'Homme et son devoir de respect de l'autonomie nationale. La CEDH a pour « but de réaliser une union plus étroite entre ses membres »¹⁴⁹ et la jurisprudence de la

Fernand Dehousse : Les progrès du droit des gens, vol. I, Bruxelles, Labor, 1979, p. 193, à la page 199.

147. Emmanuel DECAUX, « Article 60 », dans Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 897; Jan DE MEYER, « Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'Homme », dans *Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Berlin, Carl Heymans, 1990, p. 259; O. JACOT-GUILLARMOD, préc., note 136, à la page 41; P. WACHSMANN, préc., note 135, à la page 163.

148. Le Préambule de la Convention faisant usage des termes « premières mesures » et « certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle », il apparaît que la jurisprudence de la Cour européenne « entend assurer non seulement la sauvegarde des droits énoncés par la Convention mais aussi leur développement »; F. SUDRE, préc., note 140, 106; Frédéric SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, 8^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 30; T. VAN BOVEN, préc., note 130, à la page 133.

149. Préambule CEDH.

Cour de Strasbourg doit ainsi déployer un certain effet intégrateur devant « [favoriser] la mise en compatibilité des normes de droit interne avec *l'idée de droit commune* dont la Convention est porteuse »¹⁵⁰. La CEDH telle qu'interprétée par la Cour ne vise pourtant pas à uniformiser le droit, mais plutôt à l'harmoniser : elle vise à « dégager un standard minimum de protection en ayant égard au fait qu'une société démocratique et pluraliste ne doit pas aboutir à gommer toute différence entre les régimes juridiques nationaux »¹⁵¹ lorsqu'ils sont compatibles avec le texte conventionnel¹⁵². Néanmoins, la CEDH confie « solidairement »¹⁵³ à chacun des États de défendre les droits de l'Homme, ceux-ci en étant les premiers garants. Dans cet ordre d'idées, la nature du traité accorde un pouvoir discrétionnaire aux États, une autonomie dans le choix de la mise en œuvre des droits garantis¹⁵⁴ qui va plus particulièrement entrer en jeu lorsqu'un droit n'est pas concrètement défini ou lorsque le texte de la CEDH renvoie

150. F. SUDRE, préc., note 143, à la page 32 (nos italiques); Marc-André EISSEN, « La Cour européenne des droits de l'Homme », (1986) 6 *R.D.P.* 1539, 1584; Walter J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg », dans *Völkerrecht Als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte : festchrift für Hermann Mosler*, Berlin, Springer-Verlag, 1983, p. 263.

151. O. JACOT-GUILLARMOD, préc., note 136, à la page 50; *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), préc., note 18, par. 61; *Rasmussen c. Danemark*, préc., note 18; *Johnston et autres c. Irlande*, préc., note 41; *F. c. Suisse*, préc., note 61; F. SUDRE, préc., note 143, à la page 32; P. ROLLAND, préc., note 28, à la page 57; R. ERGEC, préc., note 34, p. 126; Frédéric SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », dans Michel LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 33, à la page 53; Lord MACKAY OF CLASHFERN, « The margin of appreciation and the need for balance », dans *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, p. 837, à la page 840; F. SUDRE, préc., note 140, 108.

152. *Achour c. France* [GC], n° 67335/01 (29 mars 2006), par. 51.

153. F. SUDRE, préc., note 140, 105.

154. Cela ne va pas sans rappeler le principe d'autonomie institutionnelle en droit communautaire; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 29, 320.

expressément aux lois nationales¹⁵⁵. Par ailleurs, en raison de la grande diversité culturelle et politique des États membres du Conseil de l'Europe, des divergences sont inévitables. Il existe une pluralité d'interprétations des dispositions conventionnelles dans l'ensemble du territoire des États membres et la Cour européenne s'efforce alors d'harmoniser les droits et libertés en dégagant des standards communs, s'en remettant à l'autonomie nationale pour le surplus¹⁵⁶, à savoir lorsqu'elle ne peut dégager de consensus. Ainsi, par le biais de l'interprétation consensuelle, la Cour peut discerner les pratiques nationales de celles de la « grande majorité des États membres » et, si elle le juge nécessaire, imposer à ces États une harmonisation de leurs pratiques ou, au contraire, mettre l'accent sur la pluralité des pratiques nationales et se garder d'empiéter sur l'autonomie étatique.

3.1.3 La nécessité d'une démarche prudente : une question d'autorité et de légitimité

La notion de consensus a pour principale finalité d'apporter une plus grande légitimité aux décisions de la Cour, lui permettant du même fait d'asseoir son autorité. Le droit international étant surtout un droit de consentement¹⁵⁷, l'effectivité de la CEDH, voire le fonctionnement même de son mécanisme de protection, repose sur la volonté des États qui ont accepté la compétence la Cour de Strasbourg¹⁵⁸. En effet, la pleine effectivité de la CEDH est liée à son application en droit interne. Or, lorsque la Cour s'avance sur un terrain controversé, la question de la source de son autorité est soulevée et le consentement des États sur lequel repose le système

155. Art. 12 CEDH; *Syndicat national de police belge c. Belgique*, préc., note 41; F. SUDRE, préc., note 148, p. 42.

156. R. ERGEC, préc., note 34, p. 126.

157. M. BEDJAOU, préc., note 6, à la page 2.

158. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 59; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 146, à la page 195; K. GRABARCZYK, préc., note 138, p. 309; F. OST, préc., note 13, à la page 458.

conventionnel est menacé¹⁵⁹. Par souci de donner à ses arrêts toute l'autorité nécessaire, il est primordial pour la Cour de Strasbourg de motiver ses décisions¹⁶⁰. Étant la seule à pouvoir donner une interprétation authentique des dispositions de la CEDH¹⁶¹, la Cour doit bâtir l'autorité du mécanisme de protection¹⁶². Ses arrêts jouent un rôle essentiel dans le cadre du Conseil de l'Europe et de l'application de la CEDH par les États, ceux-ci servant « non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »¹⁶³. Bien que n'ayant pas une autorité absolue, il découle des articles 32 et 46 de la CEDH que les arrêts de la Cour ont l'« autorité de la chose interprétée »¹⁶⁴ et ont donc un effet direct s'étendant aux États contractants qui doivent tenir compte de l'interprétation faite par la Cour des dispositions garanties¹⁶⁵. De la sorte, la Cour ne peut être indifférente à la

159. L. MACKAY OF CLASHFERN, préc., note 151, à la page 838; M. MELCHIOR, préc., note 137, à la page 412.

160. Contrairement aux décisions des juridictions internes françaises ou belges, la Cour européenne des droits de l'Homme motive largement ses décisions; F. OST, préc., note 13, à la page 408.

161. Art. 32 CEDH (article 45 de la version antérieure de la Convention, avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 le 1^{er} novembre 1998); Johan CALLEWAERT, « article 45 », dans Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 767.

162. J. CALLEWAERT, préc., note 45, à la page 94.

163. *Id.*, à la page 154; art. 19 CEDH.

164. À noter que cette expression a été reprise du droit communautaire par la doctrine et la jurisprudence du droit européen des droits de l'Homme; F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 176; P. WACHSMANN, préc., note 135, à la page 160; Jean BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », dans *Mélanges Marcel Waline*, t. 1, Paris, LGDJ, 1974, p. 149, à la page 157; Patrick ROLLAND, « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme », (1991) *RUDH* 280, 282.

165. Art. 26 de la Convention de Vienne; Conseil de l'Europe, Commission de Venise, 53^e sess., *Avis n° 209/2002, CDL-AD (2002) 34 sur la mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Venise, 13-14 décembre 2002; *Vermeire c. Belgique* (1991), 214-C C.E.D.H. (Sér.

situation juridique dans les États contractants¹⁶⁶ et celle-ci « veille à ce que sa jurisprudence reflète l'état général des mentalités en Europe »¹⁶⁷, afin d'asseoir son autorité et, bien entendu, de légitimer ses décisions. La Cour doit donc faire preuve de pragmatisme et c'est justement sur ce point que l'interprétation consensuelle se révèle capitale : le recours au consensus constitue une approche prudente qui est nécessaire à la Cour afin de renforcer l'adhésion des États au système conventionnel¹⁶⁸.

3.2 La construction prétorienne d'une notion primordiale au système européen de sauvegarde des droits humains

Maintenant les besoins ayant motivé la Cour à créer la notion de consensus identifiés, il est important de comprendre comment celle-ci est parvenue à la construire. Il convient donc de procéder à l'analyse des fondements de la notion prétorienne de consensus. Faisant notamment usage de principes interprétatifs bien connus du droit et de la coutume internationale, la Cour s'est largement appuyée sur le Préambule de la CEDH pour dégager certain des piliers de l'interprétation consensuelle. La Cour a également tenu compte de la nature de la CEDH, plus précisément de son caractère subsidiaire.

3.2.1 Une notion découlant du Préambule du traité régional de protection des droits de la personne

La CEDH et ses protocoles forment un tout et doivent se lire en tant que tels, afin de promouvoir la cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions¹⁶⁹. C'est en s'inspirant

A), n° 12849/87, par. 25 et suiv.; *Modinos c. Chypre* (1993), 259 C.E.D.H. (Sér. A), n° 15070/89, par. 20; P. WACHSMANN, préc., note 164, à la page 160.

166. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 29, 322.

167. J. CALLEWAERT, préc., note 45, à la page 103.

168. R. ERGEC, préc., note 34, p. 126.

169. Art. 31 Convention de Vienne; *Affaire linguistique belge*, préc., note 32, par. 1; *Golder c. Royaume-Uni*, préc., note 37, par. 30; *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* (1976), 23 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5095/71, par. 52; *Johnston et autres c. Irlande*, préc., note 41, par. 57;

des dispositions de la *Convention de Vienne* que la Cour en est venue à tenir compte, dans son interprétation de la CEDH, de « toute règle pertinente de l'organisation au sein de laquelle elle a été adoptée »¹⁷⁰, en plus d'interpréter la CEDH en tenant compte de son contexte¹⁷¹. Le Préambule et le corps du traité étant unis par un lien indivisible et devant être mis sur un même pied d'égalité dans la détermination du contexte¹⁷², la Cour en est venue à mettre l'accent sur le Préambule de la CEDH, dans lequel on retrouve deux notions capitales ayant permis à la Cour de construire la notion de consensus : le patrimoine commun et le régime véritablement démocratique.

Les États membres du Conseil de l'Europe « partagent des valeurs culturelles et humaines forgées au fil des siècles, qui répondent à un minimum de dénominateur commun »¹⁷³. Selon le Préambule de la CEDH, les États contractants ont un « profond attachement [aux] libertés fondamentales qui constituent les assises même de la justice et de la paix dans le monde »¹⁷⁴ et ceux-ci partagent une « conception commune et un commun respect

Stec et autres c. Royaume-Uni (déc.), n° 65731/01 (6 juillet 2005), par. 48; *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 66; O. JACOT-GUILLARMOD, préc., note 136, à la page 42; P. WACHSMANN, préc., note 135, aux pages 165 et 179.

170. *Golder c. Royaume-Uni*, préc., note 37, par. 29-30; Art. 5 Convention de Vienne; P. ROLLAND, préc., note 28, à la page 51.

171. Selon la règle générale d'interprétation de l'article 31 de la *Convention de Vienne* : « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

172. Art. 31(2) de la *Convention de Vienne*; T. VAN BOVEN, préc., note 130, à la page 125.

173. R. ERGEC, préc., note 34, p. 117. Emmanuel DECAUX, « Les États parties et leurs engagements », dans Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 3, à la page 7; Mireille DELMAS-MARTY, « Vers une conception raisonnée de la raison d'État? », dans Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonnement la raison d'État vers une Europe des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1989, p. 401, à la page 401.

174. Préambule CEDH.

des droits de l'Homme »¹⁷⁵. Ce fond de valeurs que constitue le « patrimoine commun » est l'expression de « ce qu'il y a de fondamental dans les règles que formule la Convention, pour la communauté des États contractants »¹⁷⁶. De surcroît, son existence est essentielle au système de protection de la CEDH, car il permet à la Cour de puiser dans celui-ci des principes généraux du droit¹⁷⁷ et, ainsi, d'interpréter les termes de la CEDH¹⁷⁸. En mettant l'accent sur ce patrimoine commun et en procédant à une harmonisation du droit des États membres, la Cour « contribue à la naissance d'un *jus commune* en Europe dans le domaine des droits de l'Homme »¹⁷⁹, lui permettant de dégager de la Convention l'existence d'un « ordre public européen »¹⁸⁰. C'est en accordant à ce « patrimoine commun » toute son importance que la Cour a pu construire la notion de consensus.

Le Préambule de la CEDH fait également référence au régime politique « véritablement démocratique » dont dépendent le respect des droits de l'Homme et la paix dans le monde. La notion de démocratie est omniprésente dans la CEDH et est inhérente à l'ensemble de celle-ci¹⁸¹, cette notion étant affirmée non seulement dans le Préambule, mais figurant aussi de façon explicite dans toutes les réserves d'ordre public de la CEDH¹⁸². D'après la Cour, « bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'un individu à

175. *Id.* Par ailleurs, le *Statut du Conseil de l'Europe* réfère explicitement au « patrimoine commun » des États membres du Conseil de l'Europe; Préambule et article 1^{er} du *Statut du Conseil de l'Europe*, 5 mai 1949, STE n° 1/6/7/8/11.

176. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 10^e éd., Paris, PUF, 2011, p. 145.

177. K. GRABARCZYK, préc., note 138, p. 161-165.

178. T. VAN BOVEN, préc., note 130, à la page 132.

179. J.-P. COSTA, préc., note 72, 103 (italiques reproduits).

180. Pour une étude plus poussée sur la question de l'ordre public européen, voir Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen : droit communautaire et européen des droits de l'Homme*, Paris, la Documentation française, 2001; Frédéric SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen? », dans Paul TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 39.

181. F. OST, préc., note 13, à la page 429.

182. P. ex. : art. 8-11 CEDH.

ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »¹⁸³. L'on peut donc affirmer que la démocratie a pour finalité de permettre la meilleure représentation possible des idéaux existant dans une société, afin d'œuvrer au bien-être social ou, en d'autres termes, à l'ordre public¹⁸⁴. C'est dans cet esprit que l'idée européenne de « démocratie véritable »¹⁸⁵ sert de fondement à la notion de consensus.

3.2.2 Le caractère subsidiaire du texte conventionnel comme garantie de la souveraineté étatique et du pluralisme au sein du Conseil de l'Europe

En plus d'avoir pour fondement le « patrimoine commun » des États membres et le « régime politique véritablement démocratique », la notion de consensus repose sur le caractère subsidiaire de la CEDH par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de la personne. La subsidiarité du texte conventionnel est la traduction du principe de souveraineté des États, en vertu duquel un État ne peut être lié en droit par une décision sans qu'il ne l'ait préalablement acceptée. Ainsi, dans le cadre de la CEDH, les États ont accepté entre eux une coopération institutionnalisée aux prix de certains abandons de souveraineté¹⁸⁶. Le principe de subsidiarité implique une application décentralisée de la CEDH et constitue la

183. *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* (1981), 44 C.E.D.H. (Sér. A), n° 7601/76, par. 63; *Leyla Sahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98 (10 novembre 2005), par. 108; *Erçep c. Turquie*, préc., note 53, par. 62; *Feti Demirtas c. Turquie*, n° 5260/07 (17 janvier 2012), par. 110; Raymond VANDER ELST, « Démocratie et droits de l'Homme », dans *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 949, à la page 953.

184. *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95 (27 juin 2000), par. 84; Petr MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », dans Michel LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 13, à la page 28.

185. F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 35.

186. M. BEDJAOU, préc., note 6, à la page 12.

reconnaissance de l'autonomie nationale¹⁸⁷. La CEDH vise « à le compléter ou à pallier [les] insuffisances »¹⁸⁸ du droit national et exige simplement que rien n'y soit contraire¹⁸⁹. À cet effet, elle accorde une importance particulière au droit interne des États membres du Conseil de l'Europe, en plus d'imposer que le rôle de la Cour soit limité au contentieux et soit *a posteriori*¹⁹⁰.

Le caractère subsidiaire de la CEDH constitue également une garantie du pluralisme européen. Les États membres étant les premiers garants des droits énumérés à la CEDH, il en découle une multitude d'approches dans la mise en œuvre de ceux-ci. En effet, le droit est multiple et hétérogène¹⁹¹, notamment dans le cadre européen où les sociétés « se diversifient de plus en plus, tant du point de vue sociologique que du point de vue culturel »¹⁹². Le caractère subsidiaire de la CEDH suppose donc « la prise en compte de la diversité des solutions nationales »¹⁹³ et du pluralisme européen. En tant qu'« accord intergouvernemental, la Convention fait place à la nécessité de préserver les souverainetés nationales et plusieurs dispositions conventionnelles traduisent ainsi le souci de tenir compte des intérêts étatiques et de leur diversité »¹⁹⁴. Subséquemment, la Cour est particulièrement sensible à cette diversité de cultures et de traditions politiques qui, bien que divisant l'Europe, en constitue aussi sa richesse¹⁹⁵. La Cour doit tenir compte des particularités étatiques et elle « ne

187. Frédéric SUDRE, préc., note 151, à la page 49.

188. F. SUDRE, préc., note 143, à la page 19; F. SUDRE, préc., note 148, p. 41.

189. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 146, à la page 200.

190. P. ROLLAND, préc., note 28, à la page 54.

191. P. MUZNY, préc., note 184, à la page 16.

192. Michele DE SALVIA, « Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 591, à la page 591.

193. H. SURREL, préc., note 36, à la page 61; F. MATSCHER, préc., note 11, à la page 31.

194. F. MATSCHER, préc., note 193, à la page 34.

195. F. SUDRE, préc., note 151, à la page 49. D'ailleurs, comme l'avait écrit Antoine de Saint-Exupéry : « Si tu diffères de moi, [...] loin de me léser, tu m'enrichis »; Antoine DE SAINT-EXUPÉRY, *Citadelle*, Paris, Gallimard, coll. « Blanche », 1948.

saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie contractante, répond de la mesure contestée »¹⁹⁶. Le pluralisme permet de tenir compte de la véritable structure de la société actuelle, tant européenne qu'au sein de chaque État. La Cour s'est appuyée sur la préservation du pluralisme dans la construction prétorienne de la notion de consensus, bien que pluralisme et consensus semblent *a priori* être contradictoires ou, du moins, paradoxaux¹⁹⁷. Le pluralisme européen étant une valeur positive qui repose sur le fait d'une pluralité de culture des différents pays du Conseil de l'Europe¹⁹⁸, la Cour se doit de le préserver et ne peut volontairement l'uniformiser. C'est en partie sur ce fondement que la Cour a pu dégager la technique de l'interprétation consensuelle, permettant à celle-ci de découvrir l'absence d'un consensus relativement à certaines questions et confirmant du même fait qu'« à un même problème, ou pour un même but, il peut légitimement correspondre plusieurs solutions différentes »¹⁹⁹.

Conclusion

La Cour européenne des droits de l'Homme devant garantir l'effectivité de la CEDH et œuvrer pour l'harmonisation des droits de la personne au niveau européen, sans pour autant porter atteinte à la souveraineté des États, celle-ci fut poussée à développer, au fil de sa jurisprudence, des techniques d'interprétation devant lui permettre d'atteindre un difficile équilibre. L'interprétation consensuelle figure parmi les plus emblématiques de celles-ci.

Ayant pour berceau le Préambule de la CEDH et trouvant racine dans le caractère subsidiaire de celle-ci, l'interprétation consensuelle, qui consiste dans la recherche d'un consensus, fait état de la prudence de l'instance européenne : la notion de consensus sert fondamentalement à légitimer les arrêts de la Cour

196. *Affaire linguistique belge*, préc., note 32, par. 10.

197. H. SURREL, préc., note 36, à la page 61.

198. P. ROLLAND, préc., note 28, à la page 56.

199. *Id.*

et à asseoir son autorité. Néanmoins, le consensus revêt un caractère ambigu, à commencer par le choix de sa dénomination plutôt trompeuse qui renvoie à une « forte majorité » et qui ne reflète pas le véritable caractère de la technique d'herméneutique juridique. De plus, la Cour ne justifie que rarement la démarche qu'elle suit et les facteurs de mesure du « dénominateur commun » sont plutôt discutables, ceux-ci ne faisant d'ailleurs pas l'unanimité. En effet, la Cour construit le consensus au lieu de simplement en constater l'existence, s'appuyant sur de nombreuses sources autres que le droit national. De surcroît, la Cour fait un usage discrétionnaire de l'interprétation consensuelle, occultant parfois la notion, et le recours au consensus s'apparente alors « à un instrument politique masquant l'arbitraire de la Cour »²⁰⁰, la subjectivité de sa démarche laissant craindre un « gouvernement des juges »²⁰¹.

Bien que l'interprétation consensuelle se définisse de plus en plus clairement en droit européen des droits de l'Homme, l'usage d'une telle technique interprétative en droit canadien demeure plus nébuleuse. Les instances canadiennes et québécoises tendent à se référer au droit international et comparé, voire même à l'existence ou à l'absence d'un « consensus international »²⁰², afin de légitimer certaines de leurs décisions.

200. H. SURREL, préc., note 36, à la page 65.

201. P. ROLLAND, préc., note 28, aux pages 67 et 75.

202. Quant à l'existence d'un « consensus international », d'une « tendance internationale » ou d'une « volonté de la Communauté internationale », voir, p. ex. : *Brzowski*, préc., note 3; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Société de l'assurance automobile du)*, préc., note 3, par. 56; *États-Unis c. Burns*, préc., note 2, par. 92; 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, par. 32; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, par. 101; *Suresh*, préc., note 2, par. 61; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, par. 136, 179-180; *Produits Laitiers Advidia Inc. c. Canada (Douanes et Revenu)*, 2005 CanLII 57515 (T.C.C.E.), par. 23; *Health Services and Support*, préc., note 2, par. 71 *in fine*; *Grecon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, par. 23; *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2005 QCCA 316, par. 28; *Charkaoui*, préc., note 2, par. 90; *Venne*, préc., note 3, par. 107; *Reference re: Section 293 of the Criminal*

Néanmoins, le recours au consensus en droit canadien ne semble en être qu'à ses débuts et, en conséquence, une analyse de l'amplitude de ce phénomène, de la prépondérance du consensus et de la force persuasive y étant accordée s'avère nécessaire.

Code of Canada, 2011 BCSC 1588, par. 839 et 1123; *Rezko*, préc., note 3, par. 145 et 152. Quant à « l'absence d'un consensus international », voir, p. ex. : *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 CF 418; *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1514, par. 48; *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 420, par. 207.