



Cork  
Online  
Law Review

Proudly Supported by

ARTHUR COX

Edition 21

2022

# L'INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: LA COUR DE STRASBOURG COMME CHERCHEUSE DES VALEURS COMMUNS

*Francisco Hernández Fernández\**

## A INTRODUCTION

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a développé au fil des années un critère d'interprétation évolutive qui permet d'appliquer la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales (la Convention) soit à des situations non prévues expressément dans le traité soit de moderniser le sens de ses articles, malgré le fait que la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (CVDT) ne prévoit pas de manière expresse un tel critère d'interprétation. Selon la CEDH 'la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles'.<sup>1</sup> Cette interprétation pousse irrémédiablement à actualiser le contenu de la Convention au-delà de la conception qu'en avaient ses rédacteurs en 1950.

Toutefois, la volonté de la CEDH de mettre à jour la Convention peut être à l'encontre de toute limite inhérente aux traités internationaux. Après tout, la Convention de Rome de 1950 qui a configuré la CEDH est le résultat de la volonté exprimée par chacun des États parties au moment de la ratification de la Convention. Par conséquent, il faudra considérer d'une part l'intérêt de la Cour de garder l'esprit de la Convention en adaptant à des situations nouvelles logiquement non prévues à l'époque de la négociation et d'une autre part l'intérêt des États à ne pas voir leur consentement volontaire remplacé par celui des juges qui siègent à la Cour de Strasbourg.

L'objectif de cet article est d'analyser le concept d'interprétation évolutive selon la Cour de Strasbourg et de savoir s'il y a dans sa jurisprudence des limites à ce type d'interprétation. La structure de cet article est divisée en deux sections. Premièrement, on va aborder la question de l'interprétation évolutive dans le droit international. Il ne semble pas que la CVDT donne aux tribunaux internationaux une grande marge de manœuvre pour l'interprétation des traités. Deuxièmement, on analysera comment la CEDH a interprété la Convention de manière

---

\* Candidat au Master en Droit International de l'Institut de Hautes Études Internationales et du Développement à Genève; LL M en Droit et Contentieux de l'UE, Université du Luxembourg.

<sup>1</sup> *Affaire Tyrer c Royaume-Uni* Requête no 5856/72 (CtEDH, 25 avril 1978) [31].

dynamique ou évolutive, en prenant la jurisprudence des articles 2 et 3 de la Convention. Finalement, on envisagerait certaines limites implicites à cette interprétation évolutive, afin d'éviter la possibilité que la nature de la CEDH soit remplacée par une fonction législative en dehors de son mandat établi par la Convention.

## **B L'INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE EN DROIT INTERNATIONAL**

La règle générale stipule qu'un 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 conformément à l'article 31(1) CVDT. En tenant compte des limites inhérentes à la nature du langage et étant donné que les langues varient sans cesse et la signification des termes change avec le temps, il n'est pas toujours facile de trouver le sens ordinaire du mot pour pouvoir interpréter un traité.<sup>2</sup> L'interprétation n'a pas pour but de perfectionner un instrument, mais de l'adapter plus ou moins pour atteindre ce que l'on peut considérer comme l'objectif logiquement postulé, de mettre en lumière l'intention réelle des parties. Selon l'internationaliste Charles de Visscher l'interprétation qui ressort du sens naturel d'un texte accepté ne peut être écartée que par la preuve qu'elle ne répond pas aux intentions des parties.<sup>3</sup> Précisément, l'article 31(4) CVDT stipule qu'un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des signataires.

Néanmoins, la CVDT ne clarifie pas si le sens ordinaire se réfère au moment où le traité a été conclu ou au moment dans lequel il doit être interprété. Le silence de la CVDT est justifié selon certains auteurs<sup>4</sup> parce que les membres de la Commission du droit international voulait distinguer entre l'interprétation et la modification des traités internationaux. La Cour International de Justice (CIJ) avait soutenu tout d'abord un principe de contemporanéité pour interpréter les traités.<sup>5</sup> Autrement dit, on doit se placer dans le contexte historique pour tenir compte de la manière dont cette notion était comprise pour pouvoir interpréter le texte. Il fallait interpréter un instrument conformément aux intentions qu'ont eu les parties lors de sa conclusion.<sup>6</sup> Cette façon d'interprétation qu'on appelle de 'renvoi fixe' ou 'originaliste'

---

<sup>2</sup> Herbert LA Hart, *Le Concept de Droit* (Presses de l'Université Saint-Louis 1976) 123.

<sup>3</sup> Charles de Visscher, *Théories et Réalités En Droit International Public* (3ème éd., A Pedone 1960) 320.

<sup>4</sup> Francisco Pascual-Vives, *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties* (Brill Nijhoff 2019) 79.

<sup>5</sup> *Sud-Ouest Africain (Éthiopie c Afrique du Sud)* [1966] CIJ recueil 6, 23.

<sup>6</sup> *Conséquences Juridiques pour les États de la Présence Continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) Nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité* (Avis Consultatif) [1971] CIJ recueil 16, [53].

soutient que l'interprétation doit être isolée de l'évolution.<sup>7</sup> Cela implique que les traités une fois, ils sont ratifiés, ils ont une tendance à devenir statique, à se solidifier.

Dans le domaine du droit international, l'interprétation doit être plus restrictive qu'au niveau national, car le consentement des états est une limite implicite à l'interprétation tandis que la seule limite au droit national à l'interprétation de la norme est le cadre juridique en vigueur. Les tribunaux internationaux sont limités donc par la souveraineté des États en vertu de laquelle découle sa légitimité puisqu'ils ont assumé les obligations incluses dans les traités et ils ont accepté à respecter leurs décisions. Ainsi, la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) avait reconnu que si le texte d'une disposition conventionnelle n'est pas clair et qu'il y a plusieurs interprétations possibles, on doit retenir celle qui comporte le minimum d'obligations pour les parties.<sup>8</sup> Aujourd'hui, ce principe d'interprétation restrictive en faveur de la souveraineté a été dépassé selon quelques auteurs par une interprétation axée sur les valeurs encapsulées dans les dispositions du traité.<sup>9</sup>

Cependant, la CIJ a aussi noté quelques années plus tard à l'occasion de son avis consultatif rendu sur la présence d'Afrique du Sud à Namibie conformément au mandat donné par la Société des Nations que les notions consacrées par l'article 22 du Pacte de la Société des Nations comme 'conditions particulièrement difficiles du monde moderne' et le bien-être et le développement des peuples intéressés:

[N]'étaient pas statiques, mais par définition évolutives ... on doit donc admettre que les parties au Pacte les ont acceptées comme telles ... et la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations unies et à la coutume.

Pour certains, comme le juge de la CIJ Mohammed Bedjaoui l'avis de la CIJ sur le Namibie s'agissait d'une situation bien 'particulière ... et la méthode du renvoi mobile, c'est-à-dire du renvoi au droit nouveau contemporain, était tout à fait indiquée pour une interprétation soucieuse d'éviter des archaïsmes, conforme aux temps présents'.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> George Letsas, 'Intentionalism, Textualism, and Evolutive Interpretation' in George Letsas (ed), *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press 2007) 69.

<sup>8</sup> *L'Interprétation de l'Article 3, Paragraphe 2, du Traité de Lausanne (Frontière entre la Turquie et l'Irak)* Avis Consultatif [1925] CPIJ Série B- No 12, 25.

<sup>9</sup> Luigi Crema, 'Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)' (2010) 21(3) *The European Journal of International Law* 681, 698.

<sup>10</sup> *Opinion Individuelle de M Bedjaoui dans l'Affaire Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* (1997) CIJ recueil 120, [9]–[10].

Mais, en effet, la CVDT indique aussi que tout accord ultérieur intervenu entre les parties (article 31(3)(a)), pratique ultérieure des parties (article 31(3)(b)) et toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties (article 31(3)(c)) pourrait faire évoluer l'interprétation d'un traité. Dans ce sens la résolution adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 2018 reconnaît dans sa conclusion no 13 que le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut donner naissance à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties au sens de l'article 31(3) de la CVDT. En outre, dans sa conclusion no 8 du projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, la Commission du droit international a indiqué que 'les accords ultérieurs peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou de non d'attribuer à un terme un sens susceptible d'évolution dans le temps'.

D'autre part, la CIJ a souligné que 'tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu'.<sup>11</sup> Ainsi, la CIJ a relativisé dans sa jurisprudence postérieure sur la solidification des traités si les parties avaient inséré notions évolutives ou formules génériques qui reconnut la nécessité d'adapter son interprétation avec l'évolution du droit.<sup>12</sup> En 1997, la CIJ a dû interpréter dans l'affaire concernant le projet hydroélectrique *Gabčíkovo-Nagymaros* les termes d'un traité bilatéral conclu 20 ans avant entre la Slovaquie et la Hongrie.<sup>13</sup> La Cour a observé à propos du traité bilatéral que la pratique ultérieure des parties démontrait que les termes de l'instrument étaient ouverts.

Plus récemment, en 2009 et en 2010, la CIJ a réaffirmé sa position sur l'interprétation évolutive dans l'affaire *Costa Rica c Nicaragua* et dans l'affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c Uruguay).<sup>14</sup> Dans le premier cas, la CIJ a statué sur la signification du terme 'comercio' (commerce) dans le traité de limitation de 1858 entre le Costa Rica et le Nicaragua.<sup>15</sup> En revanche, il faut prendre en compte de la pratique ultérieure des parties pour éventuellement s'écarter de l'intention originale sur la base d'un accord tacite entre les parties. La CIJ a aussi indiqué dans son jugement deux conditions pour constater une

<sup>11</sup> *Conséquences Juridiques pour les États de la Présence Continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) Nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité* (n 6) [53].

<sup>12</sup> *Plateau Continental de la Mer Egée (Grèce c Turquie)* [1978] CIJ recueil 3, [77].

<sup>13</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* [1997] CIJ recueil 7, [112].

<sup>14</sup> *Différend Relatif à des Droits de Navigation et des Droits Connexes (Costa Rica c Nicaragua)* [2009] CIJ recueil 213; *Affaire Relative à des Usines de Pâte à Papier sur le Fleuve Uruguay (Argentine c Uruguay)* [2010] CIJ recueil 14.

<sup>15</sup> *Costa Rica c Nicaragua* (n 14) [63]–[64].

intention évolutive des parties.<sup>16</sup> Premièrement, si les parties ont employé dans un traité certains termes de nature générique, dont elles ne pouvaient pas ignorer que le sens était susceptible d'évoluer avec le temps. Deuxièmement, si le traité en cause a été conclu pour une très longue période ou 'sans limite de durée', les parties doivent être présumées, en règle générale, avoir eu l'intention de conférer aux termes en cause un sens évolutif. Finalement, dans l'affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (*Argentine c Uruguay*) la CIJ a répété la même interprétation déjà faite l'année dernière dans l'affaire Costa Rica contre Nicaragua.<sup>17</sup>

## C L'INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE DANS LA CEDH ET SES LIMITES

### I Base Juridique, Dénomination et Application

La CEDH interprète de manière évolutive la Convention afin de garantir la pertinence du texte et continuer à 'protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs', même si les limitations de l'indépendance des États ne se présument pas.<sup>18</sup> La base juridique de la CEDH pour concevoir l'interprétation évolutive est double et conforme avec la CVDT.<sup>19</sup> D'abord, l'article 31(1) de la CVDT consacre la méthode d'interprétation finaliste-téléologique qui donne priorité à l'objet et au but des traités. D'autre part, en vertu de l'article 31(2) de la CVDT le préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte aux fins de l'interprétation, donc la CEDH peut le prendre en compte pour résoudre une affaire. Dans le cas particulier, le préambule de la Convention évoque non seulement la sauvegarde, mais aussi le développement des droits de l'homme. Cependant, selon quelques auteurs la base juridique pour l'application évolutive de la Convention: soit elle est fondée sur l'intention évolutive initiale des États parties en vertu de l'article 31(1) CVDT, soit sur la pratique ultérieure reflétée dans l'article 31(3) CVDT.<sup>20</sup>

La CEDH, a utilisé dans sa jurisprudence indistinctement le terme interprétation dynamique et interprétation évolutive pour désigner le même concept. Selon la plupart des internationalistes

---

<sup>16</sup> *ibid* [66].

<sup>17</sup> *Argentine c Uruguay* (n 14) [204].

<sup>18</sup> *Affaire Airey c Irlande* Requête no 6289/73 (CtEDH, 6 février 1981) [24]; *Affaire du 'Lotus'* [1927] CPIJ Séries A No 10, 18.

<sup>19</sup> Françoise Tulkens, 'Quelles Sont Les Limites à l'Interprétation Évolutive de La Convention?', (Conseil de l'Europe 2011) 6-7 <[https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2011\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2011_FRA.pdf)> accédé le 24 mars 2022.

<sup>20</sup> Geir Ulfstein, 'Evolutive Interpretation in the Light of Other International Instruments' dans Anne van Aaken and Iulia Motoc (eds), *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press 2018) 93.

les deux notions sont synonymes et c'est la raison pour laquelle dans cet article je vais utiliser uniquement le terme interprétation évolutive.<sup>21</sup> Cependant, pour autres spécialistes, malgré si aucune de ces notions est extrêmement précise ou rigide chaque notion a des connotations légèrement différentes.<sup>22</sup> Tandis que le terme dynamique renvoie à la situation dans laquelle la Cour donne de nouvelles réponses à des faits anciens. Le terme évolutif désigne la situation dans laquelle la Cour donne des réponses à des faits nouveaux où examine à la lumière des conditions de vie actuelles des notions variables et changeantes déjà contenues dans la Convention.<sup>23</sup>

Dans la jurisprudence de la CEDH il y a plusieurs exemples d'interprétation évolutive. Afin de pouvoir analyser de manière globale et non-exhaustive l'évolution jurisprudentielle de la Cour on va examiner les articles 2 et 3 de la Convention. Avant de commencer, c'est aussi important de savoir que l'interprétation évolutive ne se limite pas seulement à l'interprétation des droits protégés par la Convention, mais elle peut également concerner des éléments procéduraux et imposer une réforme institutionnelle.<sup>24</sup> C'est ce que la Cour a fait dans l'affaire *Mamatkulov et Askarov c Turquie* dans laquelle elle a estimé que le non-respect des mesures provisoires par un État contractant emportait une violation de la Convention car 'met en péril l'efficacité du droit de recours individuel, tel que garanti par l'article 34'.<sup>25</sup>

En premier lieu, l'article 3 de la Convention qui interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, est un des articles les plus brefs de toute la Convention et pourtant est celui qui a montré la meilleure capacité d'adaptation aux changements. En 1978, la CEDH dans l'affaire *Tyrer* a résolu que la peine de trois coups de verge sur le derrière nu est une peine humiliante qui atteignait le niveau de peine dégradante interdit par la Convention.<sup>26</sup> Le raisonnement suivi par la CEDH était fondé sur l'évolution et des normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe. Ainsi la Cour a

---

<sup>21</sup> Oliver Dörr, 'The Strasbourg Approach to Evolutionary Interpretation' dans Georges Abi-Saab, Kenneth Keith and Clément Marquet (eds), *Evolutionary Interpretation and International Law* (Hart Publishing 2019) 115; Pierre-Marie Dupuy, 'Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy' dans Enzo Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press 2011) 124.

<sup>22</sup> Jan Erik Helgesen, 'Quelles Sont les Limites à l'Interprétation Évolutive de la Convention ?' (*Conseil de l'Europe* 2011) 21 <[https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2011\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2011_FRA.pdf)> accédé le 24 mars 2022.

<sup>23</sup> *Affaire Feldbrugge c Pays-Bas, opinion dissidente commune à M Ryssadal, Mme Bindschedler-Robert, M Lagergren, M Matscher, Sir Vicent Evans, M Bernhardt et M Gersing* Requête no 8562/79 (CtEDH, 27 juillet 1987) 24.

<sup>24</sup> Rick Lawson, 'La Convention Européenne Des Droits de l'Homme : Un Instrument Vivant de 70 Ans', (*Conseil de l'Europe* 2020)10 <[https://echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2020\\_FRA.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Dialogue_2020_FRA.pdf)> accédé le 24 mars 2022.

<sup>25</sup> *Affaire Mamatkulov et Askarov c Turquie* Requête no 46827/99 et 46951/99 (CtEDH, 4 février 2005) 125.

<sup>26</sup> *Affaire Tyrer c Royaume-Uni* (n 1) [35].

admis que certains actes qualifiés de traitements inhumains et dégradants, pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir.<sup>27</sup> Dans ce cas l'application évolutive est basée sur le consentement implicite des États parties qui ont accepté un article de nature générique susceptible d'évoluer avec le temps.

Néanmoins, par rapport à la peine de mort la CEDH a adopté une approche différente car elle a basé son interprétation évolutive sur la pratique ultérieure des États. D'une part la Convention stipule dans l'article 2 que la mort dans certaines conditions n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article. Mais lorsque la Convention a été adoptée plusieurs pays européennes employaient encore la peine capitale pour certains crimes. Aujourd'hui, la plupart des membres du Conseil de l'Europe ont soit aboli la peine de mort soit celle-ci n'est plus en usage. En 1989, la CEDH a tranché l'affaire *Soering* qui a servi de base pour une évolution progressive du contenu de la Convention.<sup>28</sup> Peu après l'entrée en vigueur en 1985 du Protocole No 6 à la Convention qui abolit la peine de mort seulement en temps de paix, la CEDH a reconnu qu'une 'pratique ultérieure en matière de politique pénale nationale, sous la forme d'une abolition généralisée de la peine capitale, pourrait témoigner de l'accord des États contractants pour abroger l'exception ménagée par l'article 2'.<sup>29</sup> Cependant, dans ce cas la CEDH n'a pas osé aller plus loin en affirmant une modification de la Convention. En revanche, elle a conclu que l'extradition du requérant vers les États-Unis où il risquait de se voir condamner à la peine capitale lui exposerait à un risque réel de traitement inhumain ou dégradants. Finalement après entrée en vigueur en 2003 du Protocole No 13 à la Convention abolissant la peine de mort en toutes circonstances, qui avait été signé par tous les États Membres, la CEDH a relevé que la peine de mort en temps de paix avait devenu en Europe une forme de sanction inacceptable. Toutefois, elle n'a formulé aucune conclusion définitive sur le point de savoir si les États parties avaient une pratique établie de considérer l'exécution de la peine de mort comme un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention.<sup>30</sup> Cependant, la CEDH a jugé qu'il serait contraire à l'article 2 de la Convention d'appliquer la peine de mort à une personne n'ayant pas bénéficié d'un procès équitable.<sup>31</sup> Quelques années plus tard, la CEDH a reconnu que:

---

<sup>27</sup> *Affaire Selmouni c France* Requête no 25803/94 (CtEDH, 28 juillet 1999) [101].

<sup>28</sup> *Affaire Soering c Royaume-Uni* Requête no 14038/88 (CtEDH 7 juillet 1989).

<sup>29</sup> *ibid* [103].

<sup>30</sup> *Affaire Öcalan c Turquie* Requête no 46221/99 (CtEDH, 12 mars 2003) [162].

<sup>31</sup> *ibid* [166].



[L]e libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 n'interdit plus d'interpréter les mots 'peine ou traitement inhumain ou dégradant' de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort'.<sup>32</sup>

Finalement, en 2010, la CEDH a reconnu que pour tous les États Membres du Conseil de l'Europe sauf trois, l'article 2 de la Convention avait été modifié via la pratique ultérieure des états de telle manière qu'il interdit la peine capitale en toutes circonstances.<sup>33</sup> La Convention a été modifiée de telle manière malgré que le texte de la Convention reste le même.

## II Les Limites de l'Interprétation Évolutive à Strasbourg

### (a) Compatibilité avec l'Objet et au But de la Convention

Cependant, l'opinion concordante du juge Sicilianos à laquelle se rallie le juge Raimondi dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottság c Hongrie* admit certaines limites à appliquer une interprétation évolutive.<sup>34</sup> Premièrement, cette approche ne devrait pas conduire à une interprétation *contra legem* ou contraire au texte écrit de la Convention. Dans ce sens, la Cour de Strasbourg a admis que 'la CEDH ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ'.<sup>35</sup> Deuxièmement, l'interprétation proposée doit être conforme à l'objet et au but de la Convention en général et de la disposition à interpréter en particulier. La base d'une méthode d'interprétation évolutive se trouverait plutôt dans le constat fait par la CEDH que l'objectif de son interprétation était d'atteindre 'le but à réaliser l'objet de la Convention et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties'.<sup>36</sup> À différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre états contractants et oblige à élargir les critères d'interprétation traditionnels et à écarter la possibilité d'interpréter de manière restrictive la Convention.<sup>37</sup> Troisièmement, l'interprétation devrait refléter les conditions de vie 'actuelles' et non celles qui pourraient prévaloir dans le futur. En principe, la CVDT interdit dans l'article 28 l'application rétroactive des traités sauf si une intention différente ressorte du traité ou bien ça a été établie par ailleurs. Toutefois, la CVDT n'interdit pas l'interprétation rétroactive des traités.<sup>38</sup> En effet, la Cour permanente de Justice internationale avait constaté

<sup>32</sup> *Affaire Al-Saadoon et Mufdhi c Royaume-Uni* Requête no 61498/08 (CtEDH, 2 mars 2010) [120].

<sup>33</sup> *ibid* [118].

<sup>34</sup> *Affaire Magyar Helsinki Bizottság c Hongrie* Requête no 18030/11 (CtEDH, 8 novembre 2016) [75].

<sup>35</sup> *Affaire Johnston et autres c Irlande* Requête no 9697/82 (CtEDH, 18 décembre 1986) [53].

<sup>36</sup> *Affaire Wemhoff c Allemagne* Requête no 2122/64 (CtEDH, 27 juin 1986) [20].

<sup>37</sup> *Affaire Irlande c Royaume-Uni* Requête no 5310/71 (CtEDH, 18 janvier 1978) [239].

<sup>38</sup> Sondre Torp Helmersen, 'Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions' (2013) 6(1) *European Journal of Legal Studies* 161, 173.

que conformément aux règles du droit, l'interprétation donnée par la Cour a bien un effet rétroactif dans le sens que ce traité doit être réputé avoir toujours eu le sens résultant de cette interprétation.<sup>39</sup> Du même la CEDH a affirmé que 'si les événements du passé doivent être jugés selon la jurisprudence prévalant au moment où les événements se sont produits, pratiquement aucun changement de jurisprudence ne serait possible'.<sup>40</sup>

### **(b) Valeurs Communes, Principe de Subsidiarité et Rétroactivité**

Néanmoins, on pourrait envisager des autres limites implicites à l'interprétation évolutive à partir de la jurisprudence de la CEDH. Premièrement, l'existence du consensus européen peut être considérée comme une limite à l'interprétation expansive de la CEDH. Normalement, les interprétations évolutives sont rendues possibles par l'évolution linguistique du terme interprété. Toutefois, comme nous avons indiqué ci-dessus, la CEDH a fondé son interprétation évolutive sur le 'consensus européen'.<sup>41</sup> Le concept de 'consensus européen' fait référence au niveau d'uniformité présent dans les cadres juridiques des États Membres du Conseil de l'Europe sur un sujet particulier. Le texte de la Convention ne fournit ni la définition ni les critères de son utilisation. Il a été développé par la jurisprudence et ne peut être défini qu'à la suite d'une analyse des cas dans lesquels il a été utilisé. Pour l'instant, la Cour n'a jamais explicitement clarifié qu'est-ce que cela signifie. La CEDH a employé différents termes lorsqu'elle s'agit du consensus européen. Ainsi, par exemple, elle a utilisé l'expression 'consensus international entre les états contractants du Conseil de l'Europe',<sup>42</sup> 'norme commune précis au sein des États Membres du Conseil de l'Europe',<sup>43</sup> 'l'émergence d'un consensus au sein des états contractants' o même 'au moins une certaine tendance parmi les États Membres'.<sup>44</sup> Ces variations terminologiques n'ont aucune incidence sur le fond même. Toutefois, il existe une légère tendance à identifier le terme consensus avec 'norme commune précis', étant donné que le 'consensus' ne peut pas impliquer, du point de vue linguistique, un avis identique commun entre toutes les états.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> *L'Accès aux Écoles Minoritaires Allemandes en Haute-Silésie* (Avis Consultatif) [1931] CPIJ Séries AB No 40, 19.

<sup>40</sup> *Affaire Lucky Dev c la Suède* Requête no 7356/10 (CtEDH, 7 juin 2016) [50].

<sup>41</sup> Ineta Ziemele, 'European Consensus and International Law' dans Anne van Aaken and Iulia Motoc (eds), *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press 2018) 23.

<sup>42</sup> *Affaire Lee c Royaume-Uni* Requête no 25289/94 (CtEDH, 18 janvier 2001) [95].

<sup>43</sup> *Affaire T c Royaume-Uni* Requête no 24724/94 (CtEDH, 16 décembre 1999) [84].

<sup>44</sup> *Affaire Magyar Helsinki Bizottság c Hongrie* (n 34) [138]; *Affaire Näit-Liman c Suisse* Requête no 51357/07 (CtEDH, 18 novembre 2008) [175].

<sup>45</sup> Thomas Kleinlein, 'The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution' (2019) 68(1) *International and Comparative Law Quarterly* 91, 108.

Malheureusement, la CEDH n'a pas été en mesure de développer une conception cohérente et non arbitraire de la manière de déterminer l'existence d'un consensus.<sup>46</sup> La CEDH a souvent utilisé l'évolution de la régulation juridique dans l'état défendeur et dans les états contractants en général pour estimer qu'il y a eu une modification de la Convention.<sup>47</sup> En même temps, la CEDH a souligné qu'elle peut:

[P]rendre en considération les instruments et rapports internationaux pertinents, en particulier ceux d'autres organes du Conseil de l'Europe, pour interpréter les garanties offertes par la Convention et déterminer s'il existe dans le domaine concerné une norme européenne commune.<sup>48</sup>

Cette façon d'éviter de clarifier le terme consensus peut être critiquée, mais sans doute tombe dans la marge de manœuvre qui appartient à la Cour pour trancher les affaires pour lesquelles elle est saisie de façon créative en fonction de la latitude de son traité constitutif.<sup>49</sup> La tradition classique a soutenu qu'il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation, en latin *in claris non fit interpretatio*. 'Quand un acte est conçu en termes clairs et précis, quand le sens en est manifeste et ne conduit à rien d'absurde, on n'a aucune raison de se refuser au sens que cet acte présente naturellement'.<sup>50</sup> Selon cette conception le juge joue un rôle passif qui doit se conformer à l'état actuel du droit et qui devra de s'abstenir d'imposer sa propre notion juridique de la société à travers de son interprétation. Au contraire, Kelsen avait affirmé que 'toutes les normes juridiques appellent une interprétation en tant qu'elles doivent être appliquées'.<sup>51</sup> En d'autres termes, avant d'appliquer les normes, il faut les interpréter. La Convention a suivi plutôt cette conception 'kelsenienne' du juge et indique dans son article 32 que 'la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles'. Cette approche est justifiée parce qu'en droit des traités, notamment, les conflits entre la pratique applicative et la pratique interprétative sont véritablement ténus.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> Paweł Łacki, 'Consensus as a Basis for Dynamic Interpretation of the ECHR—A Critical Assessment' (2021) 21(1) Human Rights Law Review 186, 187.

<sup>47</sup> *Affaire Scoppola c Italie* Requête no 126/05 (CtEDH, 22 mai 2012) [94].

<sup>48</sup> *Affaire Tănase c Moldova* Requête no 7/08 (CtEDH, 18 novembre 2008) [176].

<sup>49</sup> 'Part V Institutions and Actors, Ch.27 The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation?' dans Medina Cecilia, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford University Press 2013) 665.

<sup>50</sup> Emer de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la Conduite et Aux Affaires des Nations et Souverains, Volume 2* (Guillaumin 1863) [263].

<sup>51</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (University of California Press 1967) 348.

<sup>52</sup> Giovanni Distefano, 'La Pratique Subséquente des États Parties à un Traité' (1994) 40 Annuaire français de droit international 41, 44.

La CEDH n'assume pas un rôle de législateur même si selon le cas le consensus européen pourrait être considéré comme naissant ou faible. Le but de la CEDH reste encore de trouver un consensus au sein du pays membres du Conseil de l'Europe est d'établir un dénominateur commun des valeurs dans les sociétés du pays membres. En revanche, l'interprétation évolutive est inexorablement liée à l'intention objectivée des parties.<sup>53</sup> Pour certains auteurs, quand la CEDH a introduit la notion 'conceptions prévalant de nos jours', elle a fixé un nouveau critère pour déterminer un consensus parmi les États Membres au-delà d'analyser son système juridique ou les traités internationaux ratifiés par les pays partis de la Convention.<sup>54</sup> Dorénavant l'existence des idées ou des valeurs communes acceptées par les sociétés démocratiques permettait de constater une évolution dans le cadre juridique de la Convention conçu en tant 'qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen'.<sup>55</sup> Dans le processus d'interpréter la Convention, la CEDH ne devient pas une cour constitutionnelle européenne, mais elle se transforme en chercheur des valeurs communes ou de standards de protection. Pour certains:

[L]a formulation du consensus européen dans l'affaire *Tyrer* émane la vision d'une démocratie internationale délibérante, dans laquelle la majorité ou une proportion représentative des États parties à la Convention est considérée comme s'exprimant au nom de tous et ainsi habilitée à imposer sa volonté aux autres parties. En tant que principe constitutionnel structurant du Conseil de l'Europe, le consensus est découplé de l'unanimité. Il peut exister comme volonté générale même si toutes les parties n'ont pas la même lecture de la Convention.<sup>56</sup>

Mais pour certains auteurs la CEDH n'est pas toujours aussi stricte que ces arrêts semblent indiquer.<sup>57</sup> D'autre part, autres experts estiment aussi que le consensus européen peut aussi empêcher la CEDH d'appliquer un critère d'interprétation évolutive de manière arbitraire.<sup>58</sup> L'établissement d'un consensus justifie une interprétation évolutive qui permettra élargir le champ d'application de la CEDH, tandis que son absence devient un motif pour la CEDH pour ne pas le faire. Par exemple, la Cour a relevé qu'il n'y avait pas de consensus au sein des États Membres quant au droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin.<sup>59</sup> La grande majorité des États Membres du Conseil de l'Europe donne plus

<sup>53</sup> Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford University Press 2014) 139.

<sup>54</sup> Łački (n 46) 190.

<sup>55</sup> *Affaire Loizidou c Turquie (Exceptions Préliminaires)* Requête no 15318/89 (CtEDH, 18 décembre 1996) [75].

<sup>56</sup> *Muršić c Croatie, Opinion en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque* Requête no 7334/13 (CtEDH, 20 octobre 2016) [20].

<sup>57</sup> Janneke Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights* (Cambridge University Press 2019) 57.

<sup>58</sup> Kanstantsin Dzehtsiarou, 'European Consensus and the Evolutionary Interpretation of the European Convention on Human Rights' (2011) 12(10) *German Law Journal* 1730, 1736.

<sup>59</sup> *Affaire Lambert et autres c France* Requête no 46043/14 (CtEDH, 5 juin 2015) [145].

de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin et la CEDH a conclu que la marge d'appréciation des états dans ce domaine était considérable.<sup>60</sup>

À ce stade, est-ce qu'un abus de l'interprétation évolutive sans limites pourrait donner lieu à ce que cette interprétation essaye d'éviter, cela veut dire rendre la Convention trop ouverte aux changements sociaux sous la forme du consensus européen? Est-ce que les sociétés même démocratiques pourraient être tentés d'évoluer en arrière et de mettre en question des droits qui sont encore en processus de formation? Par exemple: la gestation pour autrui que pour l'instant selon la CEDH exige seulement au droit interne une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention ou le droit à l'identité de genre qui permette de dissocier le sexe à des critères purement biologiques.<sup>61</sup> Selon des récentes études la Grande Chambre de la CEDH n'a jamais suivi une pratique de 'dévolution', ça veut dire elle n'a pas renversé un arrêt antérieur en appliquant une interprétation restrictive des droits.<sup>62</sup> On pourrait affirmer qu'au niveau européen, il y a un acquis de droits de l'homme ou au moins la Cour ne devrait pas s'écarter sans motif valable de ses propres précédents.<sup>63</sup>

Deuxièmement, le principe de subsidiarité très liée avec le consensus européen pourrait devenir une limite à l'interprétation évolutive. À partir de l'entrée en vigueur du Protocole 15 portant amendement à la CEDH le 1er août 2021 le préambule de la Convention stipule:

[Q]u'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la CEDH instituée par la présente Convention.

Cela veut dire que désormais la marge d'appréciations des États par rapport à la morale ou la religion doit être respectée par l'interprétation de la CEDH. Cependant la Cour de Strasbourg a développé au fil du temps un *principe de subsidiarité raisonnable* dans certains domaines comme le respect de la vie privée et familiale établi dans l'article 8 de la Convention. Par exemple, même si les états ont une marge d'appréciation en ce qui concerne la reconnaissance

<sup>60</sup> *Affaire Haas c Suisse* Requête no 31322/07 (CtEDH, 20 janvier 2011) [55].

<sup>61</sup> *Reconnaissance en Droit Interne d'un Lien de Filiation entre un Enfant né d'une Gestation pour autrui Pratiquée à l'Étranger et la Mère d'Intention, Demandé par la Cour de Cassation Française* (Avis Consultatif) Requête no P16-2018-001 (CtEDH, 10 avril 2019) [13]; *Affaire Christine Goodwin c Royaume-Uni* Requête no 28957/95 (CtEDH, 11 juillet 2002) [100].

<sup>62</sup> Laurence R Helfer and Erik Voeten, 'Walking Back Human Rights in Europe?' (2020) 31(3) *European Journal of International Law* 797, 804; Christian Djéffal, *Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction* (Cambridge University Press 2016) 309.

<sup>63</sup> *Affaire Mamatkoulov et Askarov c Turquie* (n 25) [121].

juridique des couples homosexuelles,<sup>64</sup> ils doivent prendre compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour sur l'état civil et offrir au moins l'accès à la reconnaissance formelle au statut de couple sous une forme autre que le mariage.<sup>65</sup> Ce principe de subsidiarité raisonnable pourrait trouver son fondement juridique dans l'article 17 de la Convention qui interdit qu'un état, un groupement ou un individu interprète aucune de ces dispositions de manière abusive visant à la destruction des droits ou libertés reconnus.

Troisièmement, l'interprétation évolutive pourrait être aussi limitée par l'interdiction de la rétroactivité. Même si la CEDH a souvent rappelé que ses arrêts 'servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention'.<sup>66</sup> Toutefois, la CEDH ne peut pas, par exemple, renverser directement une règle nationale problématique ou annuler une décision de justice définitive beaucoup moins demander à l'état de réviser de manière rétroactive les affaires rendues sur une question similaire à celui tranché par la CEDH.<sup>67</sup> En principe, les États sont libres de choisir les moyens de s'acquitter de l'obligation à se conformer aux arrêts définitifs de la CEDH. L'article 46 de la Convention n'impose aux États aucune type d'obligation à la manière dont ils doivent implémenter une affaire rendue par la CEDH auxquels ils sont parties. Pour cette raison, une jurisprudence constante a relevé que 'la Convention ne garantit par exemple la réouverture d'une procédure ou à d'autres formes de recours permettant d'annuler ou de réviser des décisions de justice définitive'.<sup>68</sup> Ça veut dire que même si la CEDH adopte une interprétation évolutive d'un des articles de la Convention, on ne pourrait pas l'appliquer de manière rétroactive à des affaires rendues par les autorités nationales dans le passé. Même si c'est indéniable que les jugements de la CEDH ont une valeur de *res interpretata* (chose interprétée) dans plusieurs pays du Conseil de l'Europe.<sup>69</sup> Cependant l'interprétation de la CEDH ne peut pas aller à l'encontre de la chose jugée (*res judicata*). La CEDH a été toujours très réticente à demander aux États de remettre en cause des actes ou situations juridiques

<sup>64</sup> *Affaire Schalk et Kopf c Autriche* Requête no 30141/04 (CtEDH, 24 juin 2010) [105].

<sup>65</sup> *Affaire Vallianatos et autres c Grèce* Requête no 29381/09 et 32684/09 (CtEDH, 7 novembre 2013) [84]; *Affaire Fedotova et autres c Russie* Requête no 40792/10, 30538/14 et 43439/14 (CtEDH, 13 juillet 2021) [56].

<sup>66</sup> *Affaire Karner c Autriche* Requête 40016/98 (CtEDH, 24 juillet 2003) [26]; *Affaire Rantsev c Chypre et la Russie* Requête no 25965/04 (CtEDH 7 janvier 2010) [197].

<sup>67</sup> Ramón Prieto Suárez, 'La Ejecución de las Sentencias Dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos' dans María Elósegui Itxaso and others (eds), *Construyendo los derechos humanos en Estrasburgo: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa: La Organización Internacional Explicada por sus Funcionarios Españoles con Ocasión del 60 Aniversario del TEDH y 70 del COE* (Tirant lo Blanch 2020) 204.

<sup>68</sup> *Affaire Moreira Ferreira c Portugal (No 2)* Requête no 19867/12 (CtEDH, 11 juillet 2017) [91].

<sup>69</sup> Christos Giannopoulos, 'The Reception by Domestic Courts of the Res Interpretata Effect of Jurisprudence of the European Court of Human Rights' (2019) 19(3) Human Rights Law Review 537.

antérieurs au prononcé de son l'arrêt. Ainsi dans l'arrêt *Marckx c Belgique* la Cour a expressément dispensé l'État belge de le faire.<sup>70</sup> Dans une affaire plus récente dans laquelle la validité des jugements rendus par des juges islandais a été mise en question par le demandeur la Cour a rappelé que 'le principe de la sécurité juridique présuppose, de manière générale, le respect du principe de l'autorité de la chose jugée qui, en ce sens qu'il préserve le caractère définitif des jugements et les droits des parties à la procédure'.<sup>71</sup>

Dans le cas particulier de la Convention, le respect de l'interdiction de la rétroactivité serait imposé non comme une obligation découlant d'un principe général du droit mais plutôt à cause de la répartition des compétences établie dans la Convention. Dans ce sens, il faut noter 'qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales de redresser une violation alléguée de la Convention'.<sup>72</sup> Compte tenu de la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales d'exécuter les arrêts de la CEDH sous le contrôle du Comité des Ministres qui est responsable de surveiller l'exécution, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour.<sup>73</sup>

## D CONCLUSION

La nature juridique *sui generis* de la CEDH permet de franchir la frontière stricte des critères d'interprétations classiques du droit international réglé par la CVDT. Cela a permis que la CEDH amène une interprétation évolutive des articles de la Convention. À l'heure actuelle, cette tendance n'est pas systématique et est conditionnée par la pluralité des situations qui se présentent dans chaque cas en particulier. Toutefois on peut apercevoir l'intention claire de la CEDH de prévenir le vieillissement de la Convention qui pourrait mettre en péril tout le système européen de protection des droits humains. Afin d'éviter que la Convention devienne obsolète et dépassée par les événements, la CEDH est devenue un chercheur des valeurs communes et avec les nouveaux protocoles incorporés à la Convention innovent son contenu et permettent d'élargir son champ d'application.

La CEDH a modifié le sens traditionnel des articles de la Convention par son interprétation. En particulier, les articles 2, et 3 ont évolué à cause de la pratique ultérieure des États et grâce

---

<sup>70</sup> *Affaire Marckx c Belgique* Requête no 6833/74 (CtEDH, 13 juin 1979) [58].

<sup>71</sup> *Affaire Guðmundur Andri Ástráðsson c Islande* Requête no 26374/18 (CtEDH, 1 décembre 2020) [238].

<sup>72</sup> *Affaire Kontalexis c Grèce (No 2)* Requête no 29321/13 (CtEDH, 6 décembre 2018) [42].

<sup>73</sup> *Procédure Fondée sur l'article 46(4) dans l'Affaire Ilgar Mammadov c Azerbaïdjan* Requête no 15172/13 (CtEDH, 22 mai 2014) [148].

à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Cependant, la CEDH devrait établir dans quelles circonstances une interprétation évolutive est justifiée et établir des limites claires pour appliquer une telle approche dans son interprétation de la Convention. À l'heure actuelle l'interprétation de la CEDH pourrait en théorie faire évoluer *ad infinitum* la Convention, sans le consentement des états parties. Cela pourrait contrevenir les bases mêmes du droit international général et dans le long terme pourrait mettre en danger l'existence même de la Convention.

Pour cette raison, il serait donc souhaitable qu'un nouveau Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme soit négocié pour pouvoir incorporer les critères d'interprétation développés par la jurisprudence de la CEDH. De cette façon, la Cour de Strasbourg pourrait s'émanciper des critères d'interprétation imposés par la CVDT qui ne reflètent pas l'interprétation évolutive de la CEDH même s'ils ont une valeur coutumière en droit international. Actuellement, comme il a été exposé, ce n'est que dans des cas isolés, dans l'opinion concordante du juge Sicilianos à laquelle se rallie le juge Raimondi dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottság c Hongrie* et dans certaines constructions doctrinales, qu'est possible d'entrevoir l'existence de limites à une interprétation évolutive de la CEDH.<sup>74</sup> Le respect avec l'objet et but de la Convention ou la recherche d'un consensus européen, souvent diffus et difficile à justifier ne suffira pas à préserver le consentement original des États sans empêcher l'évolution continue des faits sociaux à protéger.

---

<sup>74</sup> *Magyar Helsinki Bizottság c Hongrie* (n 34).