



DH-SYSC-II(2018)26
05/11/2018

COMITÉ DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMMES
(CDDH)

COMITÉ D'EXPERTS SUR LE SYSTÈME
DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
(DH-SYSC)

**GROUPE DE REDACTION SUR LA PLACE DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES
DROITS DE L'HOMME DANS L'ORDRE JURIDIQUE EUROPEEN ET INTERNATIONAL
(DH-SYSC-II)**

Projet de chapitre du Thème 2 :

**Défi de l'interaction entre la Convention et d'autres
instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les États
membres du Conseil de l'Europe sont parties**

*(tel que rédigé par la Rapporteuse, Mme Sofia KASTRANTA,
en vue de la 5^e réunion du DH-SYSC-II, février 2019)*

(traduction du Secrétariat)

Projet de chapitre du Thème 2 : Le défi de l'interaction entre la Convention et d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les États membres du Conseil de l'Europe sont parties

Introduction

I. Coexistence et interaction entre la CEDH et les conventions des Nations Unies relatives aux droits de l'homme dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme et des organes de traités des Nations Unies

A. Problèmes découlant de la coexistence de différents ensembles normatifs : interprétation divergente de droits substantiels

- (i) Liberté de manifester sa religion : port de symboles et de vêtements religieux
- (ii) Droit à la liberté et à la sécurité : placement ou traitement non volontaire de personnes atteintes de troubles mentaux
- (iii) Transfert de personnes vers un autre État: non-refoulement, prévention de la torture et question des assurances

B. Préoccupations découlant de la coexistence de différents mécanismes internationaux pour la protection des droits de l'homme

- (i) Approches divergentes en matière de recevabilité
- (ii) Mesures provisoires

II. Défis et solutions possibles

A. Incertitude juridique, forum shopping et menaces pesant sur l'autorité des institutions de défense des droits de l'homme

- (i) Une illustration : l'affaire *Correia de Matos c. Portugal*
- (ii) Menaces pesant sur la cohérence de la jurisprudence en matière de droits de l'homme et sur l'autorité des institutions qui la rendent

B. Moyens possibles de contenir la divergence

Introduction

1. Le présent chapitre traite de l'interaction entre la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les États membres du Conseil de l'Europe (CdE) sont parties contractantes. Ces instruments peuvent avoir une portée universelle ou être régionaux. Toutefois, conformément aux instructions reçues par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) et aux paragraphes pertinents de son Rapport de 2015 sur l'avenir à long terme de la Convention européenne des droits de l'homme¹, il sera limité à l'interaction entre la Convention européenne et les conventions sur les droits de l'homme adoptées sous les auspices des Nations Unies. Conformément aux instructions, cette interaction sera examinée dans le cadre de la jurisprudence et de la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) et des organes de suivi créés par les conventions des Nations unies ("organes cde traités").

2. Aux termes de l'article 1(3) de la Charte des Nations Unies, la promotion et l'encouragement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sans discrimination, est l'un des objectifs de l'Organisation des Nations Unies. Les articles 55 et 56 de la Charte font des droits de l'homme une partie intégrante des obligations de coopération économique et sociale internationale de l'Organisation et de ses États membres. En outre, les droits de l'homme relèvent du mandat du Conseil économique et social (ECOSOC), qui a créé en 1946 la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (prédécesseur du Conseil des droits de l'homme). En 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration universelle des droits de l'homme, pierre angulaire du système international des droits de l'homme. Il était entendu que cela serait suivi d'un instrument juridiquement contraignant. Le processus de rédaction a conduit à l'adoption, en 1966, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et de son (premier) protocole facultatif ainsi que du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).

3. En octobre 1967 déjà, le Comité des Ministres du CdE avait chargé le Comité d'experts des droits de l'homme de faire rapport sur les problèmes découlant de la coexistence de ces trois traités², identifiés comme « *le double risque que les procédures internationales de garantie des droits de l'homme fonctionnent de manière différente et éventuellement divergente; et que des conflits peuvent surgir en raison des différentes définitions données dans les divers instruments juridiques établis pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». ³ L'inquiétude semblait justifiée, étant donné qu'au moment de leur entrée en vigueur (1976), cinq des dix-huit États membres du Conseil de l'Europe étaient

¹ Voir DH-SYSC-II (2017) 002, 31 juillet 2017, Contexte des travaux du DH-SYSC-II sur le Rapport futur du CDDH, § 15 et CDDH (2015) R84 Addendum I, 11 décembre 2015, adopté par le Comité des Ministres lors de sa 1252^e réunion (30 mars 2016), notamment les §§ 182-184 et 188.

² CM/Del/Concl. (67) 164, point VI b).

³ *Problèmes découlant de la coexistence des pactes des droits de l'homme des Nations Unies et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire préparé par la Direction des droits de l'homme, Doc. DH / Exp (67) 6, 6 octobre 1967.

également parties aux pactes, tandis que huit autres les avaient signés et envisageaient de les ratifier.

4. Aujourd'hui, les quarante-sept États membres du CdE sont tous simultanément liés par la CEDH et les pactes. En outre, depuis 1966, plusieurs autres instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme ont été adoptés: la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR, 1966), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW, 1979), la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT, 1984), la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE, 1989) et ses Protocoles facultatifs de 2000⁴, la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH, 2006), la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CIMW, 1990) et la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (CED, 2006).

5. Le respect de ces traités par les États parties est contrôlé par des organes spéciaux, composés d'experts indépendants de toutes les zones géographiques.⁵ En vertu des instruments pertinents (les conventions susmentionnées ou les protocoles facultatifs spéciaux), ces organes de surveillance examinent les rapports périodiques présentés par les parties contractantes et expriment leurs préoccupations et leurs recommandations sous la forme d '«observations finales». En outre, ils adoptent des «commentaires généraux» sur des questions qui, à leur avis, revêtent un intérêt particulier pour l'interprétation et la mise en œuvre de la convention concernée. Certains ont également pour mission de mener des enquêtes confidentielles dès réception d'informations fiables sur des violations systématiques ou graves. Mais surtout, les organes de traités des Nations Unies peuvent recevoir et examiner des communications à l'encontre des parties contractantes qui ont explicitement accepté leur compétence.

6. Il s'ensuit que les préoccupations exprimées au sein du Conseil de l'Europe dans les années 1960 persistent. Comme indiqué par le CDDH, "*étant donné que de nombreux États membres du Conseil de l'Europe sont parties à ces traités des Nations Unies, il existe un risque qu'une norme comparable en matière de droits de l'homme soit interprétée différemment à Genève par rapport à Strasbourg*".⁶ En outre, les situations dans lesquelles les règles de procédure et les pratiques connexes des organes de traités des Nations Unies leur permettent d'examiner des affaires précédemment entendues à Strasbourg «*risquent de porter gravement atteinte à la crédibilité et à l'autorité de la Cour*». ⁷ En conséquence, ce chapitre examinera d'abord l'aspect normatif du sujet à traiter. Deuxièmement, une analyse indicative des questions de procédure et des questions connexes sera entreprise.

⁴ Protocole facultatif à la convention sur les droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés et Protocole facultatif à la convention sur les droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.

⁵ Pour une présentation générale des organes de traités des droits de l'homme voir Ilias Bantekas et Lutz Oette, *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2013, XLVII, 730 p., à 181-218.

⁶ Rapport 2015 du CDDH, *op. cit.*, § 182.

⁷ *Ibid.*, § 184.

7. Avant de poursuivre, toutefois, il convient de noter que les «constatations» des organes de traités sur les communications individuelles contiennent des recommandations aux États concernés et ne sont pas juridiquement contraignantes, comme cela a été souligné à plusieurs reprises par les États membres du CdE mais également par d'autres États (aussi en ce qui concerne les observations finales sur les rapports périodiques). L'article 46 de la CEDH n'a pas d'équivalent dans les textes, conventions ou protocoles facultatifs pertinents. À Genève, le suivi consiste à engager un dialogue entre l'organe de traités compétent et l'État concerné, au moyen de l'examen de rapports périodiques et de rapports de suivi spéciaux. Cela ne veut pas dire que les conclusions des organes de traités des Nations Unies ne doivent pas être prises en compte par les États parties. Au contraire, comme l'a indiqué le Comité des droits de l'homme dans son *Observation générale n° 33*⁸, ses constatations montrent «certaines caractéristiques importantes d'une décision de justice», y compris l'impartialité et l'indépendance de ses membres, le «caractère déterminant» de ses conclusions sur la question de savoir s'il y a eu violation du PICDP, même le fait qu'un État partie ne se conforme pas «devient de notoriété publique», par la publication des décisions du Comité et des rapports annuels à l'Assemblée générale des Nations Unies, avec des répercussions politiques évidentes pour l'État concerné. Ils doivent donc être pris de bonne foi.⁹ Il en va de même pour les observations finales sur les rapports périodiques et les observations générales.¹⁰ Néanmoins, l'ensemble du système des organes de traités des Nations Unies repose sur le dialogue et l'échange d'opinions, et non sur des obligations juridiques, et n'est pas comparable à l'obligation «de pure loi» d'exécuter les arrêts de la Cour. C'est un paramètre à garder à l'esprit lorsqu'on discute d'un conflit.

I. Coexistence et interaction entre la CEDH et les conventions des Nations Unies relatives aux droits de l'homme dans la jurisprudence et la pratique de la Cour EDH et des organes de traités des Nations Unies

A. Problèmes découlant de la coexistence de différents ensembles normatifs : interprétation divergente de droits substantiels

8. Depuis l'adoption de la CEDH, il était entendu que le régional s'alignerait sur l'universel : «*Si et quand cette Convention des Nations Unies entre en vigueur, il se peut que les membres des Nations Unies qui sont également membres du Conseil de l'Europe aient accepté deux séries de dispositions relatives aux droits de l'homme, qui diffèrent peut-être par leur libellé ou leur contenu. Cela [...] pourrait constituer un argument en faveur de la révision de la liste*

⁸ (CCPR), *Observation générale n° 33, Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 2008, CCPR / C / GC / 33, paragraphes 11 et 17.

⁹ Voir le rapport 2014 de la Commission de Venise sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne et le rôle des tribunaux, CDL-AD (2014) 036, p. 31.

¹⁰ À cet égard, voir la conclusion de la CIJ dans son arrêt *Ahmadou Sadio Diallo* du 30 novembre 2010 (CIJ Recueil 2010, p. 639, au § 66), concernant les constatations du Comité des droits de l'homme et son observation générale n° 15.

des droits de l'homme et des libertés fondamentales figurant dans la partie I de la Convention dont nous sommes maintenant saisis afin de la mettre en harmonie avec la Convention des Nations Unies ». ¹¹

9. En effet, bien que la CEDH et le PIDCP soient des traités complets en matière de droits de l'homme, ils ne coïncident pas nécessairement. L'adoption de protocoles à la CEDH ou l'évolution de la jurisprudence de la Cour ¹² ont permis un certain alignement des deux textes, suggéré ci-dessus. Cependant, un certain nombre de droits et de libertés reconnus par le Pacte ne figurent pas dans la Convention européenne et inversement: on pourrait mentionner l'article 27 du PIDCP et l'article 1 du Protocole n° 1 à la CEDH.

10. De plus, il existe des différences dans les définitions de certains droits protégés à la fois par la CEDH et le PIDCP. ¹³ Ces différences peuvent être liées à l'affirmation du droit lui-même ou aux restrictions ou limitations autorisées. Pour ne donner que quelques exemples :

- (a) L'article 2 § 2 de la CEDH définit les circonstances dans lesquelles la privation de la vie est admissible. Il n'y a pas de disposition correspondante dans le PIDCP.
- (b) Aux termes de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *«Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique»*. L'article 3 de la CEDH ne contient aucune disposition correspondante.
- (c) L'article 14 de la CEDH n'interdit la discrimination qu'en relation avec d'autres droits consacrés dans la Convention, contrairement à l'article 26 du PIDCP, qui a toujours été interprété par le CDCP comme garantissant la non-discrimination de tous les droits, y compris les droits économiques, sociaux et culturels. Le Protocole n° 12 à la CEDH, datant de 2000, instaurant un droit autonome à la non-discrimination, lie moins de la moitié des États membres du Conseil de l'Europe.
- (d) Les restrictions permises par les articles 10 et 11 de la CEDH semblent plus étendues que celles des articles 19, 21 et 22 du PIDCP, incitant certains États membres du Conseil de l'Europe à émettre des réserves à l'égard de ces derniers en précisant que leurs obligations en vertu des articles du Pacte seraient mises en œuvre conformément aux dispositions correspondantes de la Convention.

¹¹ Point soulevé par M. Davies (Royaume-Uni) lors d'une réunion du Comité des Ministres à Rome le 3 novembre 1950 (voir Problèmes survenus ... op.cit., P. 10), (traduction du Secrétariat).

¹² Ces exemples sont, respectivement, l'introduction d'un droit de non-discrimination de plein droit, comparable à l'article 26 du PIDCP, par le Protocole n° 12 à la CEDH ou le droit de faire appel devant une juridiction supérieure en matière pénale (article 14§5 du PIDCP / Protocole n 7 CEDH, article 2) et la règle de la *lex mitior*, à savoir le droit d'appliquer une loi pénale plus favorable (article 15, paragraphe 1, du PIDCP in fine). Sur ce dernier point, comparez la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 6 mars 1978 dans l'affaire *X c. Allemagne*, n° 7900/77 à l'arrêt de Grande Chambre du 17 septembre 2009 dans l'affaire *Scoppola c. Italie (2)*, § 106.

¹³ Voir le tableau comparant les dispositions de la CEDH à celles du PIDCP préparé en 1967 par le Comité d'experts des droits de l'homme, doc. DH / Exp (67) 7, 10 octobre 1967.

11. Outre le PIDCP, les autres instruments des droits de l'homme des Nations Unies introduisent également leurs propres droits spéciaux ou leurs propres normes spécifiques sur les droits qui sont protégés, de manière plus large et plus générale, par le Pacte et la CEDH, et qui sont redéfinis dans le contexte de chaque instrument spécialisé.

12. Différentes définitions laissent nécessairement place à différentes interprétations et conduisent ainsi à une mise en œuvre divergente. Plus inquiétants semblent être les situations dans lesquelles les textes normatifs sont très similaires, mais sont néanmoins abordés de manière divergente et, plus encore, conflictuelle.

13. Un examen approfondi de l'ensemble de la jurisprudence et de la pratique de la Cour EDH et des organes de traités des Nations Unies serait impossible à entreprendre dans le contexte du présent rapport.¹⁴ Des points de vue divergents ont été adoptés dans le passé sur des questions telles que l'avortement,¹⁵ le droit de se représenter seul dans les procédures pénales,¹⁶ le droit de vote des personnes sous tutelle,¹⁷ ainsi que la responsabilité des États lors de la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies.¹⁸ Il existe néanmoins des domaines dans lesquels les tendances centrifuges semblent plus fortes et attirent parfois l'attention des médias et du grand public.

(i) Liberté de manifester sa religion: porter des symboles et des vêtements religieux

14. La Cour qualifie la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9 CEDH) comme l'un des fondements d'une société démocratique, notant toutefois que, lorsque plusieurs religions coexistent, il peut être nécessaire d'imposer des restrictions à la liberté de manifester sa religion ou ses croyances afin de réconcilier les intérêts des différents groupes et de garantir les droits et libertés des autres.¹⁹ Les circonstances particulières d'un État et ses choix en matière de laïcité sont également pris en compte.

15. Dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*,²⁰ où un étudiant en médecine s'est plaint d'une règle interdisant le port du foulard en classe ou pendant les examens, la Grande Chambre a admis que les établissements d'enseignement supérieur pouvaient réglementer la manifestation de rites et de symboles religieux en imposant des restrictions dans le but de garantir la

¹⁴ Pour un examen concis mais approfondi de l'interaction de la CEDH et des organes de traités des Nations Unies, voir L.-A. Sicilianos, "Le précédent et le dialogue des juges: L'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme", p. 225-241 dans N. Aloupi et C. Kleiner (dir), *Le précédent en droit international, Colloque de Strasbourg de la Société française pour le droit international*, Pédone 2016.

¹⁵ Comparer (CCPR) *Siobhán Whelan c. Irlande*, 2425/14, le 11 Juillet 2017 CourEDH, *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05, 16 décembre 2010.

¹⁶ Voir l'affaire *Correia de Matos c. Portugal*, *infra*, (II) (B) (i).

¹⁷ Comparer (CEDH), *Alajos Kiss c. Hongrie* (no 38832/06, 20 mai 2010, §§38, 41-42 à (CDPH)) *János Fiala, Centre pour les droits des personnes handicapées c. Hongrie* (4/2011, 9 septembre 2013, § 9.4).

¹⁸ Voir (CCPR), *Sayadi et Vinck c. Belgique*, 1472/2006, 22 octobre 2008, § 7.2, affaire de gel des avoirs dans laquelle le Comité se différencie clairement de la doctrine du *Bosphore* (voir Thème I, sous-thème ii). Il a également conclu que la Belgique était responsable des violations résultant de l'inscription des auteurs sur la liste des sanctions, même si elle n'était pas en mesure de les supprimer par la suite (paragraphes 10.1 à 11).

¹⁹ *Ibragim Ibragimov contre Russie*, n°s 1413/08, 28621/11, 28 août 2018 § 90 et les références qui y figurent.

²⁰ N° 44774/98 (GCh), 10 novembre 2005.

coexistence pacifique d'étudiants de diverses confessions et de protéger ainsi l'ordre public et les croyances des autres. La Grande Chambre a confirmé la position de la Chambre selon laquelle *«lors de l'examen de la question du foulard islamique dans le contexte turc, il convient de garder à l'esprit l'impact que le port d'un tel symbole, présenté ou perçu comme un devoir religieux obligatoire, peut avoir ceux qui choisissent de ne pas le porter»*.²¹ La Cour a jugé irrecevables un certain nombre de requêtes impliquant des vêtements religieux d'élèves et d'étudiants dans des États membres, conformément au principe de laïcité.²²

16. Une autre série d'affaires concerne des symboles religieux ou des vêtements sur le lieu de travail. En ce qui concerne les fonctionnaires, la Cour a conclu que les manifestations religieuses apparentes étaient incompatibles avec les exigences de discrétion, de neutralité et d'impartialité incombant aux agents publics dans l'exercice de leurs fonctions.²³ Cela va de pair avec l'opinion de la Cour selon laquelle un État démocratique est en droit d'exiger que les fonctionnaires soient fidèles aux principes constitutionnels sur lesquels il est fondé.²⁴ S'agissant du personnel enseignant en particulier, *«qu'il est bien difficile d'apprécier l'impact qu'un signe extérieur fort tel que le port du foulard peut avoir sur la liberté de conscience et de religion d'enfants en bas âge. [...] on ne peut pas dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard [...] en mettant en balance le droit de l'instituteur de manifester sa religion et la protection de l'élève à travers la sauvegarde de la paix religieuse, la Cour estime que dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'Etat, les autorités genevoises n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation et que donc la mesure qu'elles ont prise n'était pas déraisonnable»*.²⁵

17. Dans un contexte différent, concernant un État membre dépourvu de législation réglementant le port de symboles religieux, la Cour a conclu à la violation de l'article 9 en ce qui concerne une employée d'une compagnie aérienne suspendue de son travail pour avoir porté une croix en violation de la politique de la société en matière d'uniformes, mais pas en ce qui concerne une infirmière qui a été réaffectée à un poste de bureau pour avoir porté une croix au mépris de la politique de l'hôpital en matière de santé et de sécurité contre les colliers.²⁶ Dans le premier cas (quant aux obligations positives du Royaume-Uni, l'employeur de la requérante étant une société privée), la Cour a estimé que les tribunaux britanniques n'avaient pas réussi à établir un juste équilibre, car ils avaient accordé trop de poids au souhait de la société de projeter une certaine image de marque. Dans le second cas, où l'employeur était un établissement public et donc directement tenu de se conformer à l'article 9, la Cour a reconnu l'existence d'une large marge d'appréciation en matière de santé

²¹ Arrêt du 29 juin 2004, § 108.

²² Par exemple, *Köse et 93 Autres c. Turquie* (déc.), n° 26625/02, 24 janvier 2006; *Kervanci c. France*, n° 31645/04, 4 décembre 2008; *Ranjit Singh c. France* (déc.) n° 27561/08, 30 juin 2009.

²³ *Ebrahimian c. France*, n° 68486/11, arrêt du 26 novembre 2015 concernant une assistante sociale dans un établissement psychiatrique municipal. Voir aussi *Kurtulmuş c. Turquie* (déc.), n° 65500/01, 24 janvier 2006.

²⁴ *Vogt v. Germany*, n°17851/91, (GC) 26 septembre 1995.

²⁵ *Dahlab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, 15 février 2001.

²⁶ *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 15 janvier 2013. Les deux autres requêtes n'impliquaient pas le port de symboles religieux.

et de sécurité et a conclu que les mesures adoptées vis-à-vis de la requérante n'étaient pas disproportionnées.

18. Une violation de l'article 9 a également été constatée dans des affaires concernant des personnes expulsées des salles d'audience et condamnées à une amende pour avoir porté des vêtements religieux, alors qu'aucun autre manque de respect envers le tribunal n'avait été démontré.²⁷

19. En ce qui concerne le port de symboles et de vêtements religieux en public, dans son arrêt de 2010, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*,²⁸ la Cour a déclaré que, dès lors que l'objectif de la législation sur le port du couvre-chef et des vêtements religieux en public était de défendre les valeurs laïques et démocratiques, l'ingérence dans les droits des requérants poursuivait un certain nombre d'objectifs légitimes énumérés à l'article 9§2: la sécurité publique, l'ordre public et les droits et libertés d'autrui. Elle a estimé toutefois que la nécessité de la mesure au regard de ces objectifs n'avait pas été établie, notamment parce qu'aucune preuve ne permettait de démontrer que la manière dont les requérants avaient manifesté leurs convictions en portant des vêtements spécifiques constituait ou risquait de constituer une menace pour l'ordre public, une forme de pression sur les autres ou qu'ils avaient fait du prosélytisme.

20. Cependant, en 2014, dans *S.A.S. c. France*, concernant l'interdiction législative du port du voile intégral (niqab), la Grande Chambre a conclu à la non-violation de l'article 9, rappelant que cet article ne protège pas tous les actes motivés ou inspirés par une religion ou une conviction et ne garantit pas toujours le droit de se comporter en public d'une manière dictée par sa religion ou ses convictions. La Cour a en outre conclu que le respect des conditions du «vivre ensemble» dans la société était un objectif légitime au regard de la mesure examinée et que l'État disposait d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne cette question sur laquelle les avis divergent considérablement.²⁹ L'affaire en question était différente d'*Ahmet Arslan* en ce que l'interdiction en question n'était pas fondée sur la connotation religieuse du voile, mais uniquement sur le fait qu'il dissimulait le visage. Cette position a été confirmée dans *Belcacemi et Oussar c. Belgique* et *Dakir c. Belgique*, où la Cour a jugé que la restriction imposée par la loi belge visait à garantir les conditions du "vivre ensemble" et la protection des droits et libertés d'autrui et qu'elle était nécessaire dans une société démocratique.³⁰

21. Il est admis qu'un État peut estimer essentiel de pouvoir identifier des individus afin de prévenir tout danger pour la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude d'identité. La Cour a ainsi rejeté des affaires concernant l'obligation d'enlever des vêtements

²⁷ *Hamidovic c. Bosnie-Herzégovine*, n° 57792/15, 5 décembre 2017 (expulsion de la salle d'audience d'un témoin portant une calotte). Également, *Lachiri c. Belgique*, n° 3413/09, 18 septembre 2018.

²⁸ N° 41135/98, 23 février 2010.

²⁹ *S.A.S. c. France*, n° 43835/11, (GC) 1 juillet 2014, §§125, 153.

³⁰ N°s 37798/13 et 4619/12, respectivement, arrêts du 11 juillet 2017.

religieux dans le cadre de contrôles de sécurité,³¹ d'apparaître tête nue sur des photos d'identité pour utilisation sur des documents officiels³² ou porter un casque protecteur.³³

22. Le libellé de l'article 18 du PIDCP (en particulier le § 3 sur les restrictions autorisées) ne s'écarte pas de manière significative de l'article 9 §2 de la CEDH. Néanmoins, le Comité des droits de l'homme a adopté une approche différente sur la question.

23. En principe, le Comité a déclaré que «*la liberté de manifester sa religion comprend le droit de porter en public des vêtements ou des tenues qui sont conformes à la religion ou à la croyance de l'individu. En outre, il estime que le fait d'empêcher une personne de porter des vêtements religieux en public ou en privé peut constituer une violation du paragraphe 2 de l'article 18, qui interdit toute forme de contrainte qui porterait atteinte à la liberté de la personne d'avoir ou d'adopter une religion* ».³⁴ Les politiques ou pratiques qui ont la même intention ou le même effet que la contrainte directe, telles que celles limitant l'accès à l'éducation, sont également incompatibles avec l'article 18.³⁵ La liberté de manifester sa religion n'est pas absolue et peut faire l'objet de limitations prévues par la loi, mais uniquement pour les motifs énoncés à l'article 18§3.³⁶ De plus, les limitations ne peuvent être appliquées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été prescrites, elles doivent être directement liées et proportionnées à la nécessité sur laquelle elles sont fondées et ne peuvent être imposées de manière discriminatoire.³⁷

24. Dans l'affaire *Bikramjit Singh c. France*, relative à l'expulsion de l'école d'un étudiant sikh pour avoir refusé de découvrir sa tête, le Comité a reconnu que le principe de laïcité est en soi un moyen par lequel un État partie peut chercher à protéger la liberté de religion et que l'adoption d'une loi interdisant les symboles religieux ostentatoires répondait à de réels incidents d'ingérence dans la liberté de religion des élèves et parfois même à des menaces pour leur sécurité physique; ainsi, elle servait des objectifs liés à la protection des droits et libertés d'autrui, à l'ordre public et à la sécurité. Toutefois, le Comité a estimé que l'État partie n'avait fourni aucune preuve convaincante du fait que, en portant le turban, l'auteur aurait menacé les droits et libertés d'autres élèves l'ordre à l'école, ni démontré en quoi l'empiétement sur les droits des personnes interdites de porter des symboles religieux était

³¹ Voir *Phull c. France* (déc.), n° 35753/03, 11 janvier 2005, où les autorités aéroportuaires ont obligé un sikh à retirer son turban dans le cadre d'un contrôle de sécurité; également *El Morsli c. France* (déc.), n° 15585/06, 4 mars 2008, où la requérante se vit refuser un visa d'entrée en France car elle refusait de retirer son foulard pour un contrôle d'identité au consulat général de France à Marrakech.

³² *Mann Singh c. France* (déc), n° 24479/07, 13 novembre 2008, concernant le refus d'un sikh pratiquant de prendre une photo d'identité à tête nue pour obtenir son permis de conduire. Également *Karaduman c. Turquie* (déc) n° 16278/90 du 3 mai 1993 concernant l'obligation imposée à une étudiante musulmane de fournir une photo d'identité sans foulard pour pouvoir obtenir son diplôme.

³³ Commission européenne, *X c. Royaume-Uni* (déc), n° 7992/77, 12 juillet 1978, concernant un sikh pratiquant.

³⁴ *Raihon Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, 931/2000, 5 novembre 2004, au 6.2 concernant l'expulsion d'une étudiante universitaire portant le "hijab".

³⁵ Également des mesures restreignant l'accès aux soins médicaux, à l'emploi ou aux droits garantis par l'article 25 (participation aux affaires publiques) et d'autres dispositions du Pacte. *Observation générale n° 22, Liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18)*, CCPR / C / 21 / Rev.1 / Add.4, 1993, § 5.

³⁶ *Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, *op.cit.*, au 6.2.

³⁷ *Observation générale n° 22*, § 8.

nécessaire ou proportionné aux avantages obtenus.³⁸ Il est intéressant de noter qu'en examinant les requêtes d'autres étudiants sikhs du même lycée, la Cour EDH n'a pas trouvé de raison de s'écarter de sa jurisprudence antérieure qui laisse une grande marge d'appréciation au législateur national lorsqu'il s'agit des relations entre l'État et les religions, et les a déclarées irrecevables.³⁹

25. Le Comité a également reconnu la nécessité pour un État partie de garantir et de vérifier, pour des raisons de sécurité et d'ordre publics, que la personne qui apparaît sur la photo sur un permis de séjour est bien le titulaire légitime de ce document. Toutefois, dans une affaire de turban sikh, il a conclu que la limitation imposée à l'auteur n'était pas nécessaire en vertu de l'article 18§3 du PIDCP, car le turban ne couvrait que le haut de la tête, laissant ainsi le visage bien visible. En outre, « *que même si l'obligation d'ôter son turban pour prendre une photographie d'identité peut être qualifiée comme une mesure ponctuelle, elle entraînera une ingérence potentielle à la liberté de religion de l'auteur qui apparaîtrait sans son couvre-chef religieux porté en permanence sur une photographie d'identité et donc pourrait être contraint à ôter son turban lors des contrôles d'identification* ». ⁴⁰

26. Dans l'affaire *F.A. c. France* (connue comme affaire «*Baby Loup*»), le Comité a constaté que le licenciement d'une employée d'une garderie privée pour avoir refusé de retirer son foulard au travail constituait une violation de l'article 18 du PIDCP. La France a fait référence à la jurisprudence pertinente de Strasbourg, y compris *Dahlab c. Suisse*. Cependant, le Comité a estimé qu'aucune justification suffisante n'avait été fournie pour permettre de conclure que le port du foulard par un éducateur dans un centre de la petite enfance violerait les droits et libertés fondamentales des enfants et des parents fréquentant le centre. En ce qui concerne l'argument selon lequel le foulard est «un puissant symbole extérieur», le Comité a noté que les critères utilisés pour parvenir à cette conclusion n'avaient pas été expliqués et a réitéré sa position selon laquelle «*le port du foulard, en soi, ne peut être considéré comme constituant un acte de prosélytisme*». Le Comité a également constaté qu'il y avait eu un traitement différencié de l'auteur (une femme musulmane choisissant de porter un foulard) et que son licenciement constituait une discrimination inter-sectionnelle fondée sur le sexe et la religion au sens de l'article 26 du PIDCP.⁴¹

27. Les constatations récentes dans les affaires *Sonia Yaker c. France* et *Miriana Hebbadj c. France* contredisent ouvertement la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *S.A.S.* concernant

³⁸ *Bikramjit Singh c. France*, 1852/08, 1 novembre 2012, §§ 8.6, 8.7.

³⁹ *Jasvir Singh c. France* (déc), n° 25463/08, 30 juin 2009; *Ranjit Singh c. France* (déc), n° 27561/08, 30 juin 2009.

⁴⁰ *Ranjit Singh c. France*, 1876/2009, 22 juillet 2011, § 8.4. Le Comité a réitéré sa position dans l'affaire *Shingara Mann Singh c. France* (1928/2010, 26 septembre 2013), concernant le refus de renouveler le passeport d'un homme faute de carte d'identité à tête nue. Cet auteur avait déjà déposé à Strasbourg une demande concernant le refus de renouvellement de son permis de conduire (voir par. 21 ci-dessus), obligeant la France à dire que sa décision de se rendre à Genève cette fois était "motivée par le désir d'obtenir une décision de Comité différent de celui déjà adopté par la Cour" (§ 4.3).

⁴¹ *F.A. c. France*, n° 2662/2015, 16 juillet 2018, §§ 8.8, 8.9, 8.12, 8.13.

le port du voile intégral.⁴² Dans cette première affaire concernant le niqab dont il était saisi, le Comité a estimé qu'une interdiction générale n'était pas proportionnée aux considérations de sécurité avancées par l'État défendeur ou à la réalisation de l'objectif de «vivre ensemble» dans la société, concept qualifié de « *très vague et abstrait* ». ⁴³ Le Comité a également estimé que le traitement réservé aux auteurs constituait une discrimination inter-sectionnelle fondée sur le sexe et la religion au sens de l'article 26 du PIDCP.⁴⁴

(ii) Droit à la liberté et à la sécurité : placement ou traitement non volontaire de personnes atteintes de troubles mentaux

28. L'article 5 §1 e) de la CEDH prévoit la détention légale des "aliénés d'esprit". Selon la jurisprudence, toutefois, pour qu'une personne puisse être privée de liberté, les trois conditions minimales suivantes doivent être réunies: *«premièrement, son aliénation doit avoir été établie de manière probante ; deuxièmement, le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement ; troisièmement, l'internement ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble»*.⁴⁵

29. Quant à la deuxième condition, *« un trouble mental peut être considéré comme étant d'un degré légitimant l'internement obligatoire si on constate que le confinement de la personne concernée est nécessaire lorsque la personne a besoin d'un traitement, des médicaments ou d'autres traitements cliniques pour soigner ou soulager son état, mais également lorsque la personne a besoin de contrôle et de surveillance pour l'empêcher, par exemple, de se blesser, elle-même ou de blesser d'autres personnes »*.⁴⁶ En outre, en principe, la détention d'un patient souffrant de maladie mentale ne sera "régulière" aux fins de l'article 5 § 1 (e) que si elle est effectuée dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié autorisé à cette fin.⁴⁷

30. La Cour a jugé qu'il incombait aux autorités médicales de décider des mesures thérapeutiques à utiliser, le cas échéant par la force, afin de préserver la santé physique et mentale des personnes détenues. Aussi désagréable soit-il, le traitement thérapeutique ne peut en principe être considéré «inhumain» ou «dégradant» au sens de l'article 3 de la CEDH s'il est démontré de façon convaincante qu'il est nécessaire.⁴⁸

31. Bien que la Convention relative aux droits des personnes handicapées ne mentionne pas explicitement le placement ou le traitement non volontaire des personnes handicapées, son article 14 (liberté et sécurité de la personne) dispose clairement qu'une privation de liberté fondée sur l'existence d'un handicap serait contraire à la Convention.

⁴² 2747/2016 et 2807/2016, 22 octobre 2018.

⁴³ *Yaker c. France*, §8.10, *Hebbadj c. France*, § 7.10.

⁴⁴ *Yaker c. France*, §8.17, *Hebbadj c. France*, § 7.17.

⁴⁵ *Stanev c. Bulgarie* (GC), n° 36760/06, 17 janvier 2012, § 145.

⁴⁶ *Bergmann c. Allemagne*, n° 23279/14, 7 janvier 2016, § 97.

⁴⁷ *Stanev c. Bulgarie*, *op.cit.*, §147 et les références qui y figurent.

⁴⁸ *Naumenko c. Ukraine*, n° 42023/98, 10 février 2004, § 112.

32. Dans son Observation générale no. 1, le Comité de la CDPH a avancé que les lois sur la santé mentale imposant des mesures non volontaires, même dans une situation de danger pour soi-même ou pour autrui, sont incompatibles avec l'article 14, sont de nature discriminatoire et équivalent à une privation arbitraire de liberté. Il considère également que le traitement forcé par des psychiatres et d'autres professionnels de santé constitue une violation du droit de ne pas être soumis à la torture, du droit à une reconnaissance égale devant la loi et de l'intégrité personnelle, ainsi que du droit de ne pas être soumis à la violence, à l'exploitation ou à des mauvais traitements (articles 15-17 CDPH).⁴⁹

33. Il convient de noter que le Comité des droits de l'homme a adopté une approche différente en la matière, laissant la place au placement et au traitement non volontaires à la condition qu'ils soient nécessaires et proportionnés afin de protéger la personne concernée des préjudices graves ou de prévenir les blessures d'autrui.⁵⁰ En effet, *"la santé mentale d'un individu peut être altérée au point que, pour éviter tout préjudice, la délivrance d'une ordonnance d'incarcération peut être inévitable"*, même si *"l'hospitalisation non volontaire ne doit être appliquée qu'en dernier recours et pour un délai approprié le plus court et elle doit être accompagnée de garanties procédurales et matérielles adéquates prévues par la loi"*.⁵¹

34. Depuis 2013, reconnaissant que les États membres du CdE appliquent régulièrement des mesures non volontaires en psychiatrie et que celles-ci sont souvent considérées constitutives de violations de la CEDH (en particulier des articles 5 § 1, 8, 3 et, parfois, 2), le Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe (DH-BIO) a entrepris la rédaction d'un Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo) relatif à la protection des droits fondamentaux et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux à l'égard du placement et du traitement non volontaires, et a tenu une consultation publique en 2015. Cela a suscité des réactions du Comité CDPH et d'autres organes de défense des droits de l'homme,⁵² mais également au sein du CdE. L'Assemblée parlementaire, par exemple, a indiqué que *«tout instrument juridique qui établit un lien entre les mesures non volontaires et le handicap sera discriminatoire et violera donc»* la CDPH.⁵³

⁴⁹ *Commentaire général n° 1*, 2014, § 38. Voir également les *Lignes directrices de la CDPH sur l'article 14 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, Le droit à la liberté et à la sécurité des personnes handicapées* (2015), et les références aux observations finales du Comité sur le rapport périodique de plusieurs États. Voir également ses conclusions du 2 septembre 2016, *Marlon James Noble c. Australie*, 7/2012, §8.7.

⁵⁰ *Commentaire général n° 35, article 9 (Liberté et sécurité de la personne)*, CCPR / C / GC / 35, 2014, § 19.

⁵¹ (CCPR), *T.V. et A.G. v. Ouzbékistan*, 2044/11, 11 mars 2016, § 7.4.

⁵² DH BIO / INF (2015) 7. Le document DH-BIO / INF (2015) 20 rassemble les commentaires reçus des États membres, du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, des associations de patients, des ONG et des organismes des Nations Unies. Il a été suggéré que la Convention d'Oviedo et la CEDH reflètent une approche quelque peu dépassée des droits des personnes handicapées et que les nouveaux instruments devraient maintenir la cohérence du droit international des droits de l'homme et s'aligner sur les instruments récemment adoptés (en l'occurrence, la CDPH).

⁵³ Recommandation 2091(2016), «Arguments contre un instrument juridique du Conseil de l'Europe sur les mesures non volontaires en psychiatrie», 22 avril 2016, § 8.

35. La divergence d'opinions est visible dans la réponse du Comité des Ministres, qui reflète les points de vue exprimés par les États membres au cours de la consultation publique. Le protocole additionnel à l'étude *«pourrait être un outil efficace pour garantir qu'en toutes circonstances, les mesures involontaires s'inscrivent dans le contexte des garanties exigées par la Convention européenne des droits de l'homme, afin (i) de sauvegarder les droits fondamentaux de la personne concernée, et en particulier de prévoir la possibilité du droit à un recours effectif contre une telle mesure et (ii) d'empêcher des violations de la Convention semblables à celles déjà constatées par la Cour européenne des droits de l'homme »*.⁵⁴

36. Un projet de Protocole additionnel modifié a été envoyé en mai 2018 pour avis au CDDH, au Comité européen pour la prévention de la torture, à l'Assemblée parlementaire, au Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe et à la Conférence des OING.⁵⁵

(iii) Transfert de personnes vers un autre État : non-refoulement, prévention de la torture et question des assurances

37. Un autre point de divergence concerne les assurances quant aux non-recours à la torture dans le cadre des procédures d'extradition ou d'expulsion, voire même dans les cas de transferts forcés et extrajudiciaires (cas de «restitutions extraordinaires»)⁵⁶. Les affaires de non-refoulement sont au cœur des travaux de la Cour EDH, mais également des organes de traités de l'ONU, étant donné que les demandes pertinentes sont de loin les plus courantes parmi celles formulées devant tous les organes de traités et représentent plus de 80% de la charge de travail du Comité contre la torture.

38. L'extradition ou l'expulsion d'une personne peut poser problème au regard de l'article 3 CEDH (interdiction de la torture) lorsqu'il y a des preuves substantielles que, en cas d'extradition ou d'expulsion, la personne concernée fait face à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3. Dans pareil cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas extraditer ni expulser.⁵⁷

39. Dans son *Observation générale n° 31* (2004), le Comité des droits de l'homme souligne également l'obligation incombant aux États parties de ne pas extraditer, déporter, expulser ou renvoyer d'une autre manière une personne de leur territoire lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire qu'il existe un risque réel de préjudice irréparable, tel que celui prévu aux articles 6 et 7 du Pacte (droit à la vie et interdiction de la torture).⁵⁸ Le Comité a indiqué que le risque

⁵⁴ Réponse à la Recommandation 2091 (2016) de l'Assemblée parlementaire, adoptée par le Comité des Ministres le 9 novembre 2016, CM / AS (2016) Rec2091.

⁵⁵ Pour plus d'informations sur l'état d'avancement de la rédaction du Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo, voir <https://www.coe.int/fr/web/bioethics/psychiatry/about>.

⁵⁶ Une question similaire serait celle des assurances données sur le non-recours à la peine de mort. Voir, par exemple, l'affaire *Al Nashiri c. Pologne*, déjà évoquée dans le thème 1 du présent rapport. Aussi *Al Nashiri c. Roumanie*, n° 33234/12, 31 mai 2018.

⁵⁷ Voir *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, 7 juillet 1989, § 88; *Saadi c. Italie* (GC), n° 37201/06, 28 février 2008, §§ 125 et 138.

⁵⁸ (CCPR), *Observation générale n° 31, Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, CCPR / C / 21 / Rev.1 / Add. 13, § 122.

doit être personnel et que le seuil relatif aux motifs sérieux censés établir l'existence d'un risque réel d'un préjudice irréparable doit être élevé.⁵⁹

40. Les États ont l'obligation explicite de ne pas déporter ou extraditer une personne lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risquerait d'être soumise à la torture au sens de l'article 3 de la Convention contre la torture. Le deuxième paragraphe de ce même article prévoit que, pour déterminer s'il existe de tels motifs, les autorités compétentes des États parties tiennent compte de tous les facteurs pertinents, y compris, le cas échéant, «*l'existence dans l'État concerné d'un schéma cohérent de violations flagrantes ou massives des droits de l'homme*».

41. Dans la jurisprudence de Strasbourg, l'existence des assurances données par l'État dans lequel une personne doit être transférée est considérée comme une condition préalable à la régularité du transfert selon la CEDH: dans l'affaire *X c. Suède*, par exemple, la Cour a estimé que l'expulsion du requérant, considéré comme une menace pour la sécurité en Suède au Maroc entraînerait la violation de l'article 3 CEDH, parce que «*aucune garantie des autorités marocaines concernant le traitement du requérant à son retour ou, s'il devait être placé en détention, l'accès de diplomates suédois à l'intéressé, n'a encore été obtenue en vue d'aider à éliminer, ou du moins à réduire substantiellement, le risque que le requérant soit soumis à des mauvais traitements une fois rentré dans son pays d'origine*».⁶⁰

42. Dans des arrêts tels que *Chahal c. Royaume-Uni* et *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (GC),⁶¹ la Cour a déclaré que l'on pouvait légitimement se fier aux assurances fournies par l'État dans lequel la personne doit être transférée. Néanmoins, le poids à donner à ces assurances dépend des circonstances de chaque affaire. Il y a une différence entre le fait de s'appuyer sur une assurance qui exige d'un État à agir d'une manière qui ne concorde pas avec sa loi normale et une assurance qui oblige un État à respecter les exigences de son droit mais qui peut ne pas être pleinement ou régulièrement respectée dans la pratique. La Cour EDH a reconnu que les assurances ne sont pas suffisantes en soi pour prévenir les mauvais traitements; par conséquent, elle examine elles offrent dans leur application pratique une garantie suffisante contre les mauvais traitements à la lumière des circonstances prévalant à l'époque des faits.⁶²

43. Dans l'affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* (expulsion d'un terroriste suspecté vers la Jordanie), la Cour a reconnu qu'«*il existe au sein de la communauté internationale une préoccupation générale face à la pratique consistant à solliciter des assurances afin de pouvoir expulser les individus considérés être une menace pour la sécurité nationale*»; toutefois, elle s'est abstenue de se prononcer sur la pertinence du fait de rechercher des assurances ou d'évaluer les conséquences à long terme d'un tel fait, en affirmant que sa seule

⁵⁹ Voir *X c. Danemark*, 2523/2015, irrecevabilité, 1 avril 2016, § 9.2; *A.R.J. c. Australie*, 62/1996, 28 juillet 1997, § 6.6, *X c. Suède*, 1833/2008, 1 novembre 2011, § 5.18.

⁶⁰ N° 36417/16, 9 janvier 2018, § 60.

⁶¹ N°s 46827/99 du 15 novembre 1996 et 46951/99 du 4 février 2004, respectivement.

⁶² *Saadi c. Italie*, § 148.

tâche est d'examiner si les assurances obtenues dans une affaire donnée sont suffisantes pour éliminer tout risque réel de mauvais traitements.⁶³ Pour ce faire, la Cour suit plusieurs étapes allant de la tâche préliminaire consistant à examiner si la situation générale des droits de l'homme dans l'État d'accueil interdit d'accepter des assurances, à la tâche d'évaluer la qualité des assurances données et leur fiabilité à la lumière des pratiques de l'État d'accueil.⁶⁴ De l'avis de la Cour, «*ce n'est que dans de rares cas que la situation générale dans un pays fera en sorte qu'aucun poids ne puisse être accordé aux assurances*». Le bilan négatif d'un État vis-à-vis des droits de l'homme, en particulier l'interdiction de la torture, n'empêche pas d'accepter des assurances de sa part; c'est néanmoins un facteur permettant de déterminer si ces assurances sont suffisantes.⁶⁵

44. Dans *Alzery c. Suède* (expulsion accompagnée d'assurances diplomatiques du gouvernement égyptien), le Comité des droits de l'homme a déclaré que «*l'existence des assurances diplomatiques, leur contenu ainsi que l'existence et la mise en œuvre des mécanismes d'exécution sont autant d'éléments factuels utiles à la détermination globale existe-t-il un risque réel de mauvais traitements proscrits*».⁶⁶

45. L'approche adoptée par le Comité contre la torture à l'égard des assurances diplomatiques est plus réticente: «*les assurances diplomatiques ne sauraient justifier la non-application du principe de non-refoulement énoncé à l'article 3 de la Convention*».⁶⁷ Par exemple, dans *Abichou c. Allemagne*, les autorités allemandes «*savaient ou auraient dû savoir*» que le pays demandant l'extradition a couramment recours à une pratique généralisée de la torture à l'encontre des détenus, et que les autres co-accusés du plaignant avaient été torturés.⁶⁸ Dans l'affaire *Agiza c. Suède*, le Comité s'est référé au rapport présenté en 2004 à l'Assemblée générale par le Rapporteur spécial des Nations unies sur la torture, qui a fait valoir que, comme point de départ, il ne faut pas avoir recours aux assurances diplomatiques dans des circonstances où la torture est systématique, et que là où une personne est membre d'un groupe spécifique qui est systématiquement ciblé, ce facteur doit être pris en compte.⁶⁹

46. Dans l'affaire *Pelit c. Azerbaïdjan*, le Comité contre la torture a constaté une violation de l'article 3 au motif que l'Azerbaïdjan n'avait pas fourni les assurances contre les mauvais traitements dont il avait assuré le Comité pour que celui-ci procède à leur propre évaluation indépendante, et il n'a pas non plus détaillé avec suffisamment de précision le suivi entrepris et les mesures prises pour en garantir le caractère objectif, impartial et suffisamment digne de confiance.⁷⁰ Alors que dans *H.Y. Suisse*, le Comité a pris note de l'argument de l'État partie selon lequel il avait obtenu des assurances diplomatiques à l'appui de la demande

⁶³ *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, 17 janvier 2012, § 186.

⁶⁴ *Ibid.*, paragraphes 188-189, y compris les références de jurisprudence qui y figurent, présentant les critères que la Cour utilise pour évaluer chaque situation particulière.

⁶⁵ *Ibid.*, §§ 188, 193.

⁶⁶ 1416/2005, points de vue du 10 novembre 2006.

⁶⁷ (CAT), *Abichou c. Allemagne*, 430/2010, 21 mai 2013, §§ 11.5-11.7.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ (CAT), *Agiza c. Suède*, 233/2003, 20 May 2005, §§ 11.16, 13.4.

⁷⁰ 281/2005, opinions du 29 mai 2007, § 11.

d'extradition, que ses autorités seraient en mesure de contrôler leur mise en œuvre et que l'État requérant n'avait jamais manqué à ses assurances diplomatiques, il a malgré tout constaté que, dans les circonstances de l'affaire, ces assurances ne pouvaient pas dissiper "*les motifs sérieux qui prévalaient*" de croire que l'extradition du requérant l'exposerait à un risque de subir des actes de torture.⁷¹

47. La question des assurances s'est révélée être un sujet de discordance majeur lors de la procédure de révision de l'Observation générale n° 1 du Comité contre la torture sur l'application de l'article 3 de la Convention contre la torture dans le contexte de l'article 22 (désormais l'Observation générale n° 4). Dans le projet, le Comité a proposé d'indiquer explicitement que les assurances diplomatiques étaient intrinsèquement contraires au principe de non-refoulement. La quasi-totalité des États membres du CdE qui ont soumis des commentaires ont contesté cette position faisant référence à l'arrêt *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*.⁷² Dans le texte final, une position beaucoup plus souple a été retenue, à savoir que « *les assurances diplomatiques émanant d'un État partie à la Convention vers lequel une personne doit être expulsée ne devraient pas être utilisées comme une échappatoire pour porter atteinte au principe de non-refoulement prévu à l'article 3 de la Convention, lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'il/elle risquerait d'être soumis à la torture dans cet État* ». Cela pourrait être interprété en ce sens que le Comité contre la torture peut s'appuyer sur des assurances diplomatiques, à condition de s'assurer qu'elles ne sont pas utilisées comme une «échappatoire».

48. Un problème similaire concerne le retour des demandeurs d'asile selon le système de Dublin (actuellement le règlement Dublin III⁷³). La Cour EDH a en effet conclu, dans une première série d'arrêts sur cette question, qu'il y a eu (ou qu'il y aurait) violation de l'article 3 de la CEDH dans les cas où il n'y avait aucune garantie que les requérants seront pris en considération d'une manière qui respecte les normes internationales des droits de l'homme et qui est adaptée à leur situation particulière. Le contexte était celui des lacunes dans les modalités d'accueil des demandeurs d'asile dans les pays de première entrée.⁷⁴ Toutefois, une série d'affaires a suivi où la Cour a déclaré des requêtes portant sur impliquant le système de Dublin irrecevables.⁷⁵ Dans le même temps, les organes de traités des Nations Unies n'attachent pas d'importance aux "garanties" et considèrent que, dans les affaires portant sur

⁷¹ 747/2016, opinions du 9 août 2017, §§ 10.6, 10.7.

⁷² Les communications écrites des États parties, des entités spécialisées, des ONG, des universités, etc. sont accessibles à l'adresse suivante: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/Submissions2017.aspx>.

⁷³ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride.

⁷⁴ Voir *Tarakhel c. Suisse* (GC), n° 29217/12, 4 novembre 2014: la Cour a conclu qu'il y aurait violation de l'article 3 si les autorités suisses renvoyaient un couple afghan et leurs six enfants en Italie sans obtenir au préalable des autorités italiennes les assurances que les requérants seraient pris en charge de manière adaptée à l'âge des enfants et que la famille sera maintenue ensemble; aussi *M.S.S. Belgique et Grèce* (GC), n° 30696/09, 21 janvier 2011, où la Cour a imposé aux autorités belges le contrôle de l'application de la législation sur l'asile en Grèce avant de prendre la décision de renvoyer le requérant dans ce pays.

⁷⁵ Voir *A.S. c. Suisse*, n° 39350/13, 30 juin 2015, ou *H. et autres c. Suisse* (déc), n° 67981/16, 15 mai 2018: la Cour a conclu que les doutes précédemment exprimés quant aux capacités du système d'accueil des demandeurs d'asile en Italie ne pouvaient justifier une interdiction totale des renvois dans ce pays.

le règlement de Dublin, les États parties devraient tenir particulièrement compte des « expériences antérieures des personnes renvoyées dans le premier pays d'asile, ce qui peut souligner les risques particuliers auxquels elles sont susceptibles de faire face et rendre ainsi leur retour dans le premier pays d'asile particulièrement traumatisant pour eux ».⁷⁶

B. Préoccupations découlant de la coexistence de différents mécanismes internationaux pour la protection des droits de l'homme

49. Cette partie s'efforcera de mettre en évidence les divergences entre les deux systèmes en ce qui concerne les questions relatives aux questions de procédure, principalement (i) la recevabilité, mais également (ii) l'indication de mesures provisoires.

(i) Approches divergentes en matière de recevabilité

50. Par «recevabilité», il est fait référence aux exigences qui doivent être remplies pour qu'un organe judiciaire (ou, en l'occurrence, les organes de traités des Nations Unies) puisse examiner le fond d'une affaire donnée.

51. Les articles 34 et 35 de la CEDH établissent les conditions de recevabilité pour les requêtes individuelles. Celles-ci concernent: (a) les catégories de requérants pouvant saisir la Cour, (b) le statut de victime, (c) les critères procéduraux d'irrecevabilité (anonymat, non-épuisement des voies de recours internes, requêtes introduites après l'expiration du délai imparti, requêtes concernant le même objet que des requêtes antérieures ou parallèles déposées devant d'autres organes internationaux, requêtes abusives) et (d) l'irrecevabilité fondée sur le fond (requêtes incompatibles avec les dispositions de la CEDH ou de ses Protocoles ou manifestement mal fondées, ou les requêtes qui constituent un abus du droit de requête individuelle, ou lorsque le requérant n'a pas subi de préjudice important). Les questions de juridiction sont également abordées.⁷⁷

52. Il existe d'importants points de convergence entre les deux systèmes en ce qui concerne la recevabilité, tels l'approche similaire de la reconnaissance du statut de victime,⁷⁸ le rejet général de l'*actio popularis*⁷⁹ ou des conceptions convergentes quant à la compétence, y compris l'extraterritorialité, malgré des textes normatifs différents.⁸⁰

⁷⁶(CCPR) *Hibaq Said Hashi c. Danemark*, 2470/2014, 28 juillet 2017, § 9.7.

⁷⁷ Voir le *Guide pratique complet des critères de recevabilité de la Cour*, 4e édition (2017).

⁷⁸ Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme et la Commission des droits de l'homme admettent que les membres de la famille proche peuvent porter plainte au nom des parents décédés ou disparus, concernant des violations liées à leur décès ou à leur disparition.

⁷⁹ Voir CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/1971, 6 septembre 1978, § 33; (CCPR) *Aumeeruddy-Cziffra et 19 Mauritian Women c. Maurice*, 35/78, 9 avril 1981, § 9.2; (CDPH), *Marie-Louise Jungelin c. Suède*, 5/2011, 2 octobre 2014, § 10.2; (CEDAW) *Dayras et autres c. France*, 13/2007, irrecevabilité, 4 août 2009, § 10.5.

⁸⁰ Comparez l'article 1 CEDH à l'article 2§1 du PIDCP, mais voir (CCPR) *Lopez Burgos c. Uruguay*, 52/1979, 29 juillet 1981, § 12, repris dans l'arrêt *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96. 16 novembre 2004. Cf. Thème I, sous-thème (iii) de ce rapport.

53. Cependant, il existe également un degré de diversité important, non seulement entre la Cour EDH et les organes de traités des Nations Unies, mais également entre ces derniers. Un exemple évident est le délai de dépôt d'une plainte, qui va de six mois (et bientôt quatre) à compter de l'épuisement des recours internes à Strasbourg à (peut-être) cinq ans devant le Comité des droits de l'homme (trois ans à compter de la conclusion d'une autre procédure internationale),⁸¹ voire l'absence de délai, comme devant le CERD, le CEDAW, le CED, les comités de la CDPH.⁸² Il existe également des exemples de diversité en matière de critères de recevabilité qui ne reflètent pas les différences textuelles: un exemple en est l'application par les organes de traités du critère de l'épuisement des recours internes.⁸³

54. Néanmoins, pas toutes les différences concernant les critères de recevabilité sont susceptibles de présenter une menace pour la cohérence du droit des droits de l'homme. Une jurisprudence divergente ou même contradictoire au sens formel ne peut exister que dans les cas de chevauchement de juridiction, lorsque deux organes ou plus ont abouti à des résultats contradictoires par rapport aux mêmes obligations juridiques appliquées dans la même affaire. Par conséquent, cette partie portera sur la question de l'examen en parallèle d'une question identique ou très similaire.

55. La règle pertinente de la CEDH (article 35 § 2) est ainsi libellée: «*La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en l'application de l'article 34 lorsque : [...] b) elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux*». La même règle se retrouve dans la majorité des textes pertinents des organes de traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme.⁸⁴

56. À titre de comparaison, l'article 5§2 a) du Protocole facultatif se rapportant au PIDCP interdit au Comité des droits de l'homme d'examiner uniquement des communications qui

⁸¹ L'article 96 (c) du règlement du Comité des droits de l'homme est ainsi libellé: «*[...] il peut y avoir abus du droit de plainte si la communication est soumise cinq ans après l'épuisement des recours internes par son auteur ou, selon le cas, trois ans après l'achèvement d'une autre procédure internationale d'enquête ou de règlement, sauf s'il existe des raisons justifiant le retard compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.*»

⁸² De plus, les articles 3 § 1 (a) du Protocole facultatif se rapportant au PIDESC et 7 (h) du troisième Protocole additionnel à la CRC prévoient un délai d'un an, à moins que l'auteur ne démontre qu'il était impossible de soumettre la communication plus tôt, tandis que la règle 113 f) du Règlement de procédure du CAT impose que «*le délai écoulé depuis l'épuisement des recours internes n'est pas déraisonnablement long, au point que l'examen de la plainte par le Comité ou l'État partie est rendu anormalement difficile*».

⁸³ Dans l'affaire *N. c. Pays-Bas*, une affaire de non-refoulement (39/2012, irrecevabilité, 17 février 2014), le Comité de la CEDAW n'était pas empêché d'examiner la plainte malgré le fait que l'auteur n'avait pas invoqué la discrimination fondée sur le sexe dans son pays, parce que «*la violence sexiste est une forme de discrimination à l'égard des femmes*» (§ 6.4). Dans l'affaire *Quereshi c. Danemark*, 033/2003, 9 mars 2005, le Comité CERD a décidé que l'application de nouveaux recours internes serait prolongée de manière déraisonnable après une procédure interne de moins de deux ans (§ 6.4). Le Comité de la CAT peut juger une communication recevable même lorsque la victime n'a pas épuisé les recours internes si les autorités de l'État partie en ont été informées, l'article 12 de la Convention contre la torture prévoyant la poursuite d'office de la torture (*Gallastegi Sodupe c. Espagne*, 453/2011, 23 mai 2012, § 6.4).

⁸⁴ CAT article 22 § 4 (a), OP-ICESCR, article 3 § 2 (c), OP-CEDAW, article 4 § 2 (a), 3e OP-CRC, article 7 (d), article 77 de la CIMW et article 2 (c) de l'OP-CRPD.

sont *simultanément* examinées par un autre organe international, mais non celles qui ont été examinées *auparavant*, même lorsqu'une décision sur le fond ait déjà été rendue.⁸⁵ C'est également le cas du Comité CED,⁸⁶ alors que l'absence d'une règle pertinente dans la CERD a conduit son Comité à considérer qu'il pouvait même examiner des communications qui étaient simultanément examinées ailleurs.⁸⁷

57. Pour éviter les requêtes successives, certains États membres du CdE, à la suggestion du Comité des Ministres,⁸⁸ ont formulé des réserves contre la compétence du Comité des droits de l'homme de réexaminer les communications déjà examinées dans le cadre d'une procédure internationale alternative, ainsi que contre la compétence du Comité CERD d'examiner des communications précédemment ou simultanément entendues par un autre organe.⁸⁹ Dans de nombreux cas, ces réserves ont permis de rendre une communication irrecevable. Dans l'affaire *Kollar c. Autriche*, le Comité des droits de l'homme a confirmé que la réserve de l'Autriche, qui s'appliquait expressément aux affaires portées devant la Commission européenne des Droits de l'Homme, serait interprétée comme s'appliquant aux affaires portées devant la Cour, cette dernière ayant succédé aux fonctions de la Commission.⁹⁰

58. D'une manière générale, les organes de traités examinent trois conditions pour déterminer la recevabilité d'une communication donnée: a) si l'auteur et les faits sont identiques à ceux d'une requête devant la Cour EDH, b) si les droits en jeu sont les mêmes sur le fond, et c) si l'irrecevabilité a été déclarée à Strasbourg uniquement pour des raisons de procédure ou si la Cour a également examiné le fond également.

59. Dans *Leirvåg et autres c. Norvège*, affaire relative à l'introduction dans les écoles norvégiennes d'un cours sur la religion obligatoire, également examinée par la Cour EDH dans l'affaire *Folgerø et autres c. Norvège*,⁹¹ le Comité des droits de l'homme a réitéré sa position selon laquelle les mots "le même sujet" « *doit être entendu comme se rapportant à une même revendication concernant le même individu* ».⁹² C'est également l'approche du Comité CERD telle qu'elle a été exprimée dans *Koptova c. Slovaquie* et du Comité de la CEDAW dans *Kayhan c. Turquie*.⁹³ L'affaire *I.E. c. Suisse* a été considérée recevable devant le Comité de la CAT parce que le requérant avait soumis sa requête devant la Cour dans le

⁸⁵ CCPR, *Nikolov c. Bulgarie*, 824/1998, irrecevabilité, 24 mars 2000, § 8.2. Mais voir *Polay Campos c. Pérou*, 577/1994, 6 novembre 1997, où le Comité a constaté qu'une communication était déjà déposée auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, parce que cette dernière avait indiqué qu'elle « *n'avait pas l'intention de préparer un faire rapport sur l'affaire dans les 12 prochains mois* ».

⁸⁶ Article 31§2(c) CED.

⁸⁷ *Koptova c. République slovaque*, 13/1998, 8 août 2000. Le Comité CERD a noté que l'auteur de la communication n'était pas la requérante devant la Cour de Strasbourg et que, même si elle l'était, « *ni la Convention ni les règles de procédure ne pouvaient empêcher le Comité d'examiner une affaire qui était également examinée par un autre organisme international* » (§ 6.3).

⁸⁸ Résolution 70(17), 15 mai 1970.

⁸⁹ 18 États membres pour le Comité des droits de l'homme, 17 pour le CERD.

⁹⁰ *Kollar c. Autriche*, 989/01, irrecevabilité, 30 juillet 2003, §§ 8.2-8.3.

⁹¹ N° 15472/02, (GC) 29 juin 2007.

⁹² *Leirvag et al c. Norvège*, 1155/2003, 3 novembre 2004, à 13.3. Devant les tribunaux norvégiens, les demandes des auteurs dans *Leirvag* et des requérants dans *Folgero* avaient été jointes. Certains ont choisi de soumettre leur cas à la CEDH, les autres se sont rendus à Genève.

⁹³ *Koptova c. Slovaquie*, précité; CEDAW, non. 8/2005, irrecevabilité 27 janvier 2006.

cadre de sa première demande d'asile, et non de la seconde, présentée devant le Comité.⁹⁴ Dans l'affaire *Ali Aarrass c. Espagne*, sur l'extradition d'un suspect terroriste vers le Maroc, l'affaire a été considérée recevable parce que le grief de l'auteur au titre de l'article 3 CEDH faisait référence aux conditions de détention au Maroc en général, alors que son grief au titre de l'article 7 du PIDCP faisait référence au risque d'être détenu en secret et torturé pour obtenir des aveux.⁹⁵

60. Dans l'affaire *Pindado Martínez c. Espagne* concernant l'article 14§5 du PIDCP (droit de recours en matière pénale), le Comité des droits de l'homme a rappelé que *«lorsque les droits protégés par la Convention européenne diffèrent des droits énoncés dans le Pacte, une affaire déclarée irrecevable par la Cour européenne du fait de son incompatibilité avec la Convention ou ses Protocoles, ne peut pas être considérée comme ayant été «examinée» au sens de l'article 5, paragraphe 2 du Protocole facultatif, de manière à empêcher le Comité de l'examiner»*.⁹⁶ L'affaire est considérée comme la même si la norme de la CEDH est suffisamment proche de la protection offerte par le Pacte. Ainsi, dans *Mahabir c. Autriche*, le Comité s'est vu empêché d'examiner les griefs relatifs aux articles 8 et 17 du Pacte, *«qui convergent largement avec les articles 4 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme»*, mais pas en ce qui concerne les articles 10 et 26 du Pacte, car *«ni la Convention européenne ni ses Protocoles ne contiennent de dispositions équivalentes»* à celles-ci.⁹⁷

61. Dans l'affaire *Petersen c. Allemagne*, le Comité des droits de l'homme a réaffirmé sa position de longue date selon laquelle *«lorsque les organes de Strasbourg fondent une déclaration d'irrecevabilité non seulement sur des motifs de procédure, mais sur des motifs comportant un certain examen du fond de l'affaire, alors la même question est considérée comme «examinée» au sens des réserves respectives à l'article 5, paragraphe 2 (a) du Protocole facultatif »*.⁹⁸ *«Même l'examen limité au fond»* d'une affaire constitue un examen au sens de la réserve concernée.⁹⁹

62. Le Comité s'est écarté de cette pratique dans l'affaire *Maria Cruz Achabal Puertas c. Espagne*, une affaire de torture et d'absence d'enquêtes effectives et pertinentes. Tout en admettant que *"la Cour européenne a dépassé de loin l'examen des critères purement formels de recevabilité lorsqu'elle déclare une affaire irrecevable, parce qu'"elle ne révèle aucune violation des droits et libertés consacrés dans la Convention ou ses protocoles"*, le Comité a estimé que, dans les circonstances particulières de l'affaire, *«le raisonnement limité contenu dans les termes succincts de la lettre de la Cour»* ne permettait pas de supposer que l'examen

⁹⁴ *I.E. c. Suisse*, 683/2015, 14 novembre 2017, § 6.1.

⁹⁵ *Ali Aarrass c. Espagne*, 2008/2010, 21 juillet 2014, à 9.4.

⁹⁶ *Pindado Martínez c. Espagne*, 1490/2006, irrecevabilité, 30 octobre 2008. § 6.4. L'Espagne n'était pas encore liée par le protocole no. 7 à la CEDH. Voir aussi *Casanovas c. France*, 441/1990, 15 juillet 1994, § 5.1.

⁹⁷ *Mahabir c. Autriche*, 944/2000, irrecevabilité, 26 octobre 2004, § 8.6 Voir aussi *l'observation générale n° 24 (52), Questions relatives aux réserves formulées lors de la ratification du Pacte ou de ses protocoles facultatifs, ou en ce qui concerne les déclarations au titre de l'article 41 du Pacte* (1994), CCPR / C / 21 / Rev.1 / Add.6, § 14.

⁹⁸ *Petersen c. Allemagne*, 1115/2002, irrecevabilité, 1 avril 2004, §§ 6.3 à 6.4.

⁹⁹ *Mahabir c. Autriche*, § 8.3.

comportait une analyse suffisante du fond. Le Comité a ensuite conclu à la violation de l'article 7 indépendamment et conjointement avec l'article 2§3, à savoir l'équivalent des violations de la CEDH précédemment alléguées à Strasbourg.¹⁰⁰ De même, le Comité a déclaré recevables les affaires dans lesquelles la pratique (ancienne) de la Cour consistant à rejeter une requête par un renvoi général aux articles 34 et 35 de la CEDH ne permettait pas de déterminer si «la même question» avait été examinée.¹⁰¹

63. Cette approche a été reprise dans *S. c. Suède* devant le Comité contre la torture, où il a été jugé que le raisonnement succinct fourni par la Cour EDH, siégeant en formation de juge unique, n'a pas permis de vérifier la mesure dans laquelle la Cour a examiné la requête.¹⁰²

(ii) Mesures provisoires

64. En vertu de l'article 39 du règlement de la Cour, la Cour EDH indique aux États parties (et rarement aux requérants)¹⁰³ les mesures provisoires qui «devraient être adoptées dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure». Selon la jurisprudence, les mesures provisoires sont obligatoires; le non-respect des celles-ci par les États membres constitue une violation de l'article 34 de la CEDH, particulièrement de l'obligation des États parties de n'entraver aucunement l'exercice effectif du droit de toute personne de faire entendre son affaire par la Cour.¹⁰⁴ Le non-respect des mesures provisoires indiquées par la Cour a été extrêmement rare.

65. La règle 39 n'entre en jeu que lorsqu'il existe un risque imminent de préjudice irréparable. En réalité, les mesures provisoires ne sont indiquées que dans un nombre limité de domaines, principalement l'expulsion et l'extradition, lorsqu'il est établi que le requérant s'exposerait autrement à un risque réel de préjudice grave et irréversible au regard des articles 2 et 3 de la Convention. Plus exceptionnellement, de telles mesures peuvent être indiquées en réponse à certains griefs relatifs à l'article 6 (droit à un procès équitable)¹⁰⁵ et, rarement, à l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)¹⁰⁶ ou à d'autres situations, telles que la

¹⁰⁰ *Maria Cruz Achabal Puertas c. Espagne*, 1945/2010, 27 mars 2013, § 7.3.

¹⁰¹ Par exemple, *Yaker c. France* et *Hebbadj c. France*, supra, §§ 6.2 et 6.4, respectivement.

¹⁰² CAT, *S. c. Suède*, 691/2015, recevabilité, 25 novembre 2016, § 7.5.

¹⁰³ Voir *Rodic et autres c. Bosnie-Herzégovine*, n° 22893/05, 27 mai 2008, appelant les requérants à mettre fin à leur grève de la faim (§ 4).

¹⁰⁴ *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (GC), no 4 février 2005; *Paladi c. la République de Moldova* (GC), n° 39806/05, 10 mars 2009. La position initiale de la Cour sur la question (comparer *Cruz Varas et autres c. Suède*, n° 15576/89, 20 mars 1991, §99) a été modifiée après plusieurs arrêts internationaux, en particulier l'arrêt de la CIJ dans affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis)*, 27 juin 2001.

¹⁰⁵ Voir *Othman (Abu Qatada)*, précité, sur le risque d'un «dénier de justice flagrant» si le requérant était expulsé vers la Jordanie (en rapport avec les preuves obtenues sous la torture).

¹⁰⁶ Voir *Soares de Melo c. Portugal*, no 72850/14, 16 février 2016, où la Cour a accordé à la requérante le droit de contacter ses enfants, qui étaient pris en charge en vue de leur adoption.

détérioration de l'état de santé d'un requérant en détention,¹⁰⁷ la destruction probable d'un élément essentiel à l'examen de la requêtes¹⁰⁸ ou des ordonnances d'expulsion.¹⁰⁹

66. Le Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme contient également une disposition (article 92) lui permettant d'indiquer des mesures provisoires, dans le but «*d'éviter un préjudice irréparable pour la victime de la violation alléguée*». Par rapport à la Cour, le Comité semble avoir adopté une approche plus large à l'égard des mesures provisoires. Ainsi, outre les cas de l'expulsion et de l'extradition ainsi que de la suspension de l'exécution de la peine de mort, le Comité a adopté des mesures provisoires dans les affaires où la santé et le bien-être d'un individu étaient menacés,¹¹⁰ allant même jusqu'à demander à l'État partie d'adopter «*toutes les mesures nécessaires pour protéger la vie, la sécurité et l'intégrité personnelle*» de l'auteur ou de sa famille,¹¹¹ dans les affaires où des éléments de preuve devaient être préservés,¹¹² où une nouvelle loi pourrait toucher des personnes qui avaient ou pourraient éventuellement soumettre des communications,¹¹³ où le mode de vie traditionnel d'une communauté était menacé,¹¹⁴ lorsque les auteurs risquaient de devenir des sans-abri¹¹⁵ et, en général, afin d'empêcher les violations imminentes d'autres droits tels que ceux prévus aux articles 17, 18, 19 ou 27 du PIDCP.

67. Comme on pouvait s'y attendre, le Comité de la CAT reçoit régulièrement des demandes de mesures provisoires, principalement dans des affaires de non-refoulement. Il en va de même, à une fréquence variable, des autres organes de traités des Nations Unies, en ce qui concerne le non-refoulement mais également d'autres situations.¹¹⁶ Par exemple, dans l'affaire *X c. Argentine*, le Comité de la CDPH a demandé à l'État partie «*d'envisager de prendre des mesures pour procurer à l'auteur l'attention, les soins et la réadaptation dont il a besoin*,

¹⁰⁷ Voir *Kotsaftis c. Grèce*, n° 39780/06, 12 juin 2008, où la Cour a demandé le transfert du requérant dans un centre médical spécialisé.

¹⁰⁸ Voir *Evans c. Royaume-Uni* (GC), n° 6339/05, 10 avril 2007, et la demande visant à empêcher la destruction d'embryons fécondés jusqu'à ce que la Cour soit en mesure d'examiner l'affaire. Voir aussi l'affaire exceptionnelle *Lambert et autres c. France* (GC), no. 46043/14, 5 juin 2015 : demande de surseoir à l'exécution d'une décision d'interrompre la nutrition et l'hydratation d'un patient dans le coma.

¹⁰⁹ Voir *Yordanova et autres c. Bulgarie*, no 5126/05, 23 avril 2012, demande de sursis à l'exécution de la décision d'expulser les requérants d'un campement rom jusqu'à ce que les autorités présentent à la Cour les mesures prises en vue de leur assurer un logement de remplacement.

¹¹⁰ Par exemple, demander à l'État partie de s'abstenir d'administrer certains médicaments (*Umarova c. Ouzbékistan*, 1449/2006, 19 octobre 2010) ou de produire des rapports médicaux détaillés au Comité (*Sedic c. Uruguay*, 63/1979, 28 octobre 1981).

¹¹¹ *Fernando C. Sri Lanka*, 1189/2003, 31 mars 2005.

¹¹² *Shin c. République de Corée* (926/2000, 16 mars 2004), dans laquelle l'État partie était prié de ne pas détruire le tableau pour la production duquel l'auteur avait été déclaré coupable.

¹¹³ *Boucherf c. Algérie*, 1996/2003, 30 mars 2006, où le Comité a demandé à l'État partie de ne pas invoquer les dispositions d'une nouvelle loi d'amnistie concernant les victimes de disparitions forcées.

¹¹⁴ Voir *Länsman (Jouni) et al. Finlande*, 1023/2001, 17 mars 2005 concernant l'élevage traditionnel de rennes par les Samis, menacé par une exploitation forestière intensive. Également *Ominayak (bande de Lubicon Lake) c. Canada* (167/1984, 26 mars 1990).

¹¹⁵ «*I Elpida*» - *Association culturelle des gitans grecs de Halandri et ses banlieues et Stylianos Kalamiotis c. Grèce*, 2242/2013, 3 novembre 2016.

¹¹⁶ Les mesures provisoires sont prévues par la règle 114 du règlement intérieur du CAT. Des traités plus récents, tels que la CEDAW ou la CDPH, ont expressément prévu l'adoption de mesures provisoires (articles 5 § 1 et 4 § 1 de leurs Protocoles facultatifs, respectivement).

compte tenu de son état de santé », ¹¹⁷ le même organe a demandé à l'État partie de suspendre l'expulsion des auteurs dans l'affaire *O.O.J. c. Suède*, à l'instar du Comité CRC dans l'affaire *I.A.M. c. Danemark*. ¹¹⁸ Dans *M.W. c. Danemark*, le Comité CEDAW a demandé à l'État partie de prendre des mesures pour permettre à l'auteur d'accéder à son fils. ¹¹⁹

68. Les mesures provisoires prononcées par les organes de traités sont, à l'instar de leurs conclusions, juridiquement non-contraignantes. Néanmoins, le Comité des droits de l'homme considère qu'«*en adhérant au Protocole facultatif, les États parties s'engagent implicitement à coopérer de bonne foi avec le Comité pour lui permettre et lui donner les moyens d'examiner les communications qui lui sont soumises [...] Indépendamment d'une violation du Pacte qui peut être constatée dans une communication, un État partie contrevient gravement aux obligations qui lui incombent en vertu du Protocole facultatif s'il prend une mesure qui empêche le Comité de mener à bonne fin l'examen d'une communication dénonçant une violation du Pacte, ou qui rend l'action du Comité sans objet et l'expression de ses constatations sans valeur et de nul effet. [...]* ».¹²⁰ Il a aussi souvent été répété et finalement consolidé dans l'Observation générale n° 33¹²¹ que «*le non-respect de la règle [92], notamment par des mesures irréversibles telles que l'exécution de la victime présumée ou son expulsion du pays, porte atteinte à la protection des droits énoncés dans le Pacte à travers son Protocole facultatif* ».¹²²

II. Défis et solutions possibles

69. En essayant d'identifier les problèmes découlant de la coexistence de la Cour et des systèmes d'organes de traités et de déterminer s'ils menacent la cohérence du droit international des droits de l'homme, il ne faut pas perdre de vue (a) ce qui a déjà été souligné concernant le caractère contraignant ou non-contraignant de la jurisprudence de la Cour, d'une part, et de la pratique des organes de traités, d'autre part (supra §7), et (b) qu'une convergence complète ne serait ni possible ni appropriée pour des raisons inhérentes aux dispositions des conventions pertinentes, au champ d'application géographique différent de ces traités, mais aussi parce que différents organes sont impliqués. Gardant cela à l'esprit, il convient de rechercher un enrichissement mutuel entre Strasbourg et Genève en tant qu'instrument facilitant la réalisation de l'objectif commun, à savoir la protection des droits de

¹¹⁷ (CDPH) 8/2016, 11 avril 2014.

¹¹⁸ (CDPH) 28/2015, 18 août 2017; (CRC) 3/2016, 25 janvier 2018.

¹¹⁹ (CEDAW) 46/2012, 22 février 2016.

¹²⁰ Voir *Piandiong et al v. The Philippines*, 866/1999, 19 octobre 2000, §§ 5.1-5.2.

¹²¹ *Observation générale n° 33, Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, CCPR / C / GC / 33, § 19.

¹²² *Weiss c. Autriche*, 1086/2002, 3 avril 2003, § 8.3 Il convient de noter que le ministre autrichien de la justice a ordonné au parquet de Vienne de déposer une requête auprès du juge d'instruction du tribunal pénal régional de Vienne demandant la suspension de l'extradition de l'auteur, mais cette juridiction a refusé d'obtempérer, au motif que l'article 92 (alors 86) du règlement du Comité «*ne peut ni invalider les décisions de justice ni restreindre la compétence d'un tribunal national indépendant*». L'Autriche a fait valoir devant le Comité qu'une demande en référé ne pouvait pas prévaloir sur une obligation contraire du droit international, et en particulier de ses obligations en vertu du traité d'extradition conclu entre les États-Unis et l'Autriche.

l'homme et des libertés fondamentales, et les divergences ne doivent pas être perçues comme étant nécessairement alarmantes.

70. Des exemples d'inspiration, explicites ou implicites, ont été brièvement mentionnés ci-dessus, sous (I), et de nombreux autres pourraient illustrer davantage les itinéraires convergents suivis dans de nombreux domaines. Par exemple, les deux systèmes ont initialement refusé l'application des articles 9 CEDH et 18 du PIDCP aux objecteurs de conscience.¹²³ Le Comité des droits de l'homme a été le premier à modifier sa position en 1991;¹²⁴ il a été suivi, bien que plusieurs années plus tard, par la Cour dans l'affaire *Bayatyan c. Arménie*, dans laquelle la Grande Chambre, se référant aux constatations du Comité et appliquant sa propre théorie de «l'instrument vivant», a jugé que l'article 9 de la CEDH était applicable à l'objection de conscience même s'il ne s'y référait pas explicitement.¹²⁵ La Cour et le Comité ont depuis lors adopté une approche convergente sur la question du service de remplacement.¹²⁶

71. La jurisprudence de la Cour a également considérablement évolué sous l'influence des conventions spécialisées des Nations Unies relatives aux droits de l'homme et de la pratique de leurs organes de suivi en ce qui concerne les normes spécifiques qui y sont contenues. Cela devient évident notamment en ce qui concerne l'influence exercée sur la jurisprudence de la Cour par la Convention relative aux droits de l'enfant (par exemple, le concept de «l'intérêt supérieur de l'enfant»)¹²⁷ ou par la CDPH. En ce qui concerne cette dernière, et dans l'affaire *Guberina c. Croatie*, la Cour relève: qu'«en adhérant aux exigences énoncées dans la CDPH, l'État défendeur s'est engagé à prendre en considération les principes pertinents qui y sont édictés, comme ceux de l'aménagement raisonnable, de l'accessibilité et de la non-discrimination à l'égard des personnes handicapées en ce qui concerne leur pleine participation à tous les aspects de la vie sociale [...] mais qu'en l'espèce [les autorités nationales] n'ont fait aucun cas des obligations internationales que l'État s'était engagé à respecter.»¹²⁸

72. Ces évolutions de la jurisprudence illustrent la conviction fondamentale de la Cour selon laquelle la Convention «ne peut être interprétée et appliquée dans le vide».¹²⁹ Conformément à l'article 31§3 (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités,¹³⁰ la Cour cherche à interpréter et à appliquer les droits protégés par la CEDH et ses protocoles d'une manière qui

¹²³ Entre autres, *Johansen c. Norvège*, n° 10600/83 (CEDH), décision d'irrecevabilité du 14 octobre 1985, p. 4; (CCPR) *L.T.K. c. Finlande*, 185/1984, décision d'irrecevabilité du 9 juillet 1985, au 5.2.

¹²⁴ (CCPR), *J.P. c. Canada*, 446/1991, décision d'irrecevabilité du 7 novembre 1991, p. 4.2. *Yeo-Bum Yoon c. République de Corée* et *Myung-Jin Choi c. République de Corée*, n°s 1321/2004 et 1322/2004, 3 novembre 2006, au 8.3.

¹²⁵ *Bayatyan c. Arménie*, n° 23459/03, 7 juillet 2011, au 110.

¹²⁶ Voir (Cour EDH), *Adyan et autres c. Arménie*, n° 75604/11, 12 octobre 2017; (CCPR), *Shadurdy Uchetov c. Turkménistan*, 2226/2012, 15 juillet 2016.

¹²⁷ Voir *Blokhin c. Russie* (GC), n° 47152/06, 23 mars 2016, §219; *Menesson c. France*, n° 65192/11, 26 juin 2014, § 81.

¹²⁸ *Guberina c. Croatie*, n° 23682/13, 22 mars 2016 § 92.

¹²⁹ Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, (GC) 18 décembre 1996, § 43.

¹³⁰ Voir Thème I, sous-thème (i) du présent Rapport.

est en harmonie non seulement avec le droit international général, mais en particulier avec les instruments universels pertinents relatifs aux droits de l'homme. À cette fin, elle utilise la pratique des organes de traités des Nations Unies, ainsi que la jurisprudence d'autres juridictions internationales telles que la CIJ ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme (I-ACHR), comme source d'inspiration et d'argumentation en faveur de ses conclusions, conformément à sa doctrine de «l'instrument vivant».¹³¹

73. En revanche, les organes de traités des Nations Unies, en particulier le Comité des droits de l'homme, font rarement référence à la jurisprudence de la Cour, bien que cela ne signifie pas nécessairement que cette dernière ne soit pas prise en compte, car elle sert de base aux arguments des auteurs et / ou les États défendeurs (même non-européens);¹³² En outre, un nombre important des membres du Comité sont originaires de pays européens et connaissent donc bien la Cour. À plusieurs occasions, le Comité des droits de l'homme a expressément évoqué la jurisprudence de la Cour EDH sur certaines questions (par exemple, la liberté d'exprimer sa religion par le port du vêtement religieux, *supra*), puis l'a rejeté.

74. Il faut aussi noter qu'il existe des divergences également au sein du système des organes de traités. Cela a été identifié depuis les premières années de la coexistence des conventions des droits de l'homme des Nations Unies: même en acceptant le caractère unique de chaque régime de traité, «*il semble inévitable que les cas d'incohérence normative se multiplient et que des problèmes importants en résultent. Parmi les conséquences les plus défavorables possibles, on peut citer l'émergence d'une confusion importante quant à l'interprétation "correcte" d'un droit donné, la dégradation de la crédibilité d'un ou de plusieurs organes conventionnels et, éventuellement, une menace pour l'intégrité des traités*», a averti Philip Alston dans les années 1990.¹³³ Dans un rapport de 2012 sur le renforcement du système des organes de traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a reconnu que «*les neuf principaux traités relatifs aux droits de l'homme ont chacun leur propre champ d'application, mais que certains, voire tous, partagent des dispositions similaires et traitent de problèmes identiques sous des angles différents*» et a appelé les organes de traités «*à s'assurer de la cohérence entre eux sur des questions communes afin de fournir aux États des avis et des orientations cohérents pour la mise en œuvre des traités. Cette cohérence est également exigée en matière de procédures de communication individuelle devant les organes de traités*».¹³⁴

¹³¹ Voir Sicilianos, *op. cit.* pp. 225, 229.

¹³² Par exemple, (CCPR) *Osbourne c. Jamaïque* (759/1997, 13 avril 2000), où l'auteur a utilisé les conclusions de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt historique *Tyrer c. Royaume-Uni* (n° 5856/72 du 25 avril 1978) concernant les châtimements corporels; (CCPR) *P.K. c. Canada* (1234/2003, 3 avril 2007), où le gouvernement défendeur s'est référé à l'arrêt européen *Bensaid c. Royaume-Uni* (n° 44599/98 du 6 février 2001), afin de faire valoir que la charge de la preuve du risque de torture est plus lourde lorsque le risque provient d'un acteur non étatique.

¹³³ Rapport de l'expert indépendant Philip Alston sur le renforcement de l'efficacité à long terme du système des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, Premier rapport A/44/668, 8 novembre 1989, rapport final Doc. E/CN.4/1997/74, 24 mars 1997, §§ 127-128.

¹³⁴ Navanethem Pillay, *Strengthening the United Nations human rights treaty body system*, 2012, p. 25

75. La question qui se pose est donc de savoir où tout cela amène les États parties, en particulier les États membres du CdE.

A. Incertitude juridique, forum-shopping et menaces pesant sur l'autorité des institutions de défense des droits de l'homme

(i) Une illustration : l'affaire *Correia de Matos c. Portugal*

76. *Correia de Matos c. Portugal*, une affaire déposée par un avocat qui se plaignait du fait que la législation portugaise n'autorisait pas un accusé à se défendre lui-même dans une procédure pénale, occupe Strasbourg et Genève depuis près de vingt ans.

77. Le grief du requérant tiré d'une violation de l'article 6§3 (c) de la CEDH a été rejeté par la Cour européenne des droits de l'homme en 2001, comme manifestement mal-fondé.¹³⁵ Bien que le gouvernement défendeur ait mis en garde contre «*le risque d'incohérence dans les décisions internationales*»,¹³⁶ le Comité des droits de l'homme l'a admis par la suite. Ce dernier a constaté en 2006 une violation de l'article 14§3(d) du PIDCP.

78. La législation portugaise n'a pas été modifiée pour donner effet aux constatations du CCPR; en fait, dans un arrêt du 20 novembre 2014, la Cour suprême portugaise a déclaré que la mise en œuvre des constatations du Comité, qui n'étaient pas juridiquement contraignantes, par le biais d'une modification de la législation nationale «*romprait avec une tradition juridique et causerait d'innombrables et prévisibles perturbations*».¹³⁷

79. Le requérant s'est adressé à Strasbourg en 2012 avec une affaire similaire, alléguant à nouveau la violation de l'article 6§3 (c) de la CEDH. La Grande Chambre, rappelant que «*la Convention, y compris l'article 6, ne peut être interprétée isolément et doit être interprétée autant que possible en harmonie avec d'autres règles de droit international relatives à la protection internationale des droits de l'homme*», a examiné les conclusions du Comité des droits de l'homme sur la question (sans omettre de noter que le Comité n'avait pas explicitement exposé son propre raisonnement), ainsi que l'Observation générale n° 32 sur l'article 14 du PIDCP. Néanmoins, soulignant que, même lorsque les dispositions des deux traités sont presque identiques, l'interprétation du même droit peut ne pas toujours correspondre, la Cour a reconnu l'existence d'une large marge d'appréciation des États parties sur la question en cause, a constaté que les raisons fournies par le gouvernement défendeur pour justifier l'obligation de l'assistance obligatoire dans son ensemble et, dans la présente affaire, étaient à la fois pertinentes et suffisantes et a conclu, encore une fois, à l'absence de violation de l'article 6§3 (c) de la Convention.¹³⁸

¹³⁵ (Cour EDH), *Correia de Matos c. Portugal*, n° 4188/99, déc. 15 novembre 2001.

¹³⁶ (CCPR) *Carlos Correia de Matos c. Portugal*, 1123/2002, 28 mars 2006 au 4.1.

¹³⁷ (Cour EDH) *Correia de Matos c. Portugal*, doc. 46402/12, GC du 4 avril 2018, au 72, citant la Cour suprême du Portugal.

¹³⁸ (CEDH) *Correia de Matos c. Portugal*, p. 134, 67, 135, 159. Voir toutefois les opinions dissidentes des juges Sajó, Tsotsoria, Mits, Motoc, Pejchal, Wojtyczek, Bosnjak et plus particulièrement de Pinto de Albuquerque,

80. Dans son quatrième rapport périodique (2011), le Portugal a fait part de son « *inquiétude face aux divergences entre la jurisprudence de la CEDH et la décision du Comité des droits de l'homme dans cette affaire, ce qui place le Portugal dans une position très délicate en ce qui concerne l'accomplissement de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme* ». ¹³⁹ Cette préoccupation est parfaitement compréhensible si l'on tient compte du fait que les textes des articles 6 §3 (c) et 14§3(d) du PIDCP énoncent ce droit dans des termes identiques.

(ii) Menaces pesant sur la cohérence de la jurisprudence en matière de droits de l'homme et sur l'autorité des institutions qui la rendent

81. Comme le montre l'affaire *Correia de Matos*, l'existence de mécanismes parallèles de protection des droits de l'homme, qui sont généralement une source d'enrichissement et de renforcement de la protection universelle des droits de l'homme, peut également devenir une source d'incertitude pour les États parties quant à la meilleure façon de respecter leurs engagements en matière de droits de l'homme, et menacer la cohérence du droit des droits de l'homme et la crédibilité des institutions de protection des droits de l'homme.

82. Les préoccupations théoriques concernant le manque d'harmonie normative entre l'universel et le régional se concrétisent par la possibilité réelle d'un chevauchement des compétences de la Cour et des organes de traités des Nations Unies, un ou plusieurs d'entre eux, dans la mesure où une affaire pourrait facilement tomber dans le champ d'application des deux traités (CEDH et PIDCP), mais aussi dans celui des conventions spécifiques, telles que le CEDAW (si la victime alléguée est une femme), la CDPH (si elle est également une personne handicapée), le CERD (si elle est d'origine différente) ou le CAT (si la torture ou d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants sont en jeu dans une affaire donnée).

83. La flexibilité inscrite dans les traités pertinents des Nations Unies ou développée au travers de la pratique de leurs organes de suivi en ce qui concerne la recevabilité, en particulier leur interprétation du critère de «la même question», mais également d'autres exigences procédurales (délai, épuisement des recours internes, etc.), comme présenté ci-dessus sous (I) (B), peut conduire à des situations dans lesquelles plusieurs organes de protection des droits de l'homme sont compétents pour examiner la même affaire ou des affaires très similaires. Dans l'exemple cité ci-dessus, il est concevable que la même affaire soit examinée d'abord à Strasbourg, puis à Genève, éventuellement par plusieurs organes de traités.

84. Les préoccupations connexes vont au-delà de la duplication et du gaspillage de ressources (déplorablement limités). Une communication aux organes de traités des Nations Unies d'une affaire déjà rejetée à Strasbourg pourrait apparaître comme une sorte de «recours», voué à

critiquant l'utilisation par la majorité de la doctrine de la marge d'appréciation dans cette affaire et mettant en garde la Cour contre la protection des droits étant moins protectrice que le Comité des droits de l'homme.

¹³⁹ Quatrième rapport périodique du Portugal, CCPR / C / PRT / 4 (2011), au 274.

saper l'autorité de la Cour. L'absence d'un délai strict dans les textes pertinents des organes de traités est également préoccupante, parce que plus la période écoulée depuis les faits ayant abouti à la communication est longue, plus il est difficile de déterminer ce qui s'est réellement passé, y compris vis-à-vis des archives de la Cour. Et bien sûr, le manque d'uniformité normative et l'approche prudente adoptée par les organes de traités des Nations Unies par rapport à un équivalent de la doctrine de la «marge d'appréciation» favorisent la mise en œuvre divergente des normes relatives aux droits de l'homme.

85. Confrontés à des divergences, voire à des conflits, les États parties peuvent avoir du mal à obtenir la sécurité juridique du contenu exact et de l'ampleur de leurs engagements en matière de droits de l'homme et encore plus à adapter leurs lois et leurs politiques nationales.¹⁴⁰ Dans le même temps, aux termes de l'article 46 de la CEDH, les États membres du CdE doivent se conformer aux arrêts de la Cour, discréditant inévitablement les organes de traités des Nations Unies qui ont émis des points de vue divergents sur le même sujet. Les États contractants aux conventions des Nations Unies ne sont pas juridiquement tenus de respecter les points de vue des organes de traités, mais même le suivi axé sur le dialogue pour ces derniers leur impose inévitablement un fardeau politique.

86. En outre, des juridictions qui se chevauchent et des conclusions contradictoires rendent possible un forum-shopping en matière de droits de l'homme. On s'attendrait à ce qu'une victime alléguée préfère porter son affaire à Strasbourg, en raison du caractère contraignant des arrêts de la Cour, ainsi que de la possibilité d'accorder une satisfaction équitable. Cependant, comme cela a souvent été observé, y compris par les États parties, les particuliers peuvent à la place porter plainte à Genève, considérant que les organes de traités des Nations Unies sont plus favorables à leur cause.¹⁴¹ Cette cause peut être générale, liée à des problèmes de politique tels que le port de vêtements religieux, ou peut être très spécifique. Les cas d'expulsion et les demandes de mesures provisoires en seraient une illustration: dans les circonstances actuelles, les personnes dont les demandes d'asile dans les pays européens sont rejetées sont de plus en plus amenées à demander un sursis à l'expulsion auprès de l'organe de traités des Nations Unies, estimé comme plus favorable, comme un dernier espoir de retarder voire empêcher leur retour dans leur pays d'origine.

87. Enfin, une jurisprudence incohérente en matière de droits de l'homme conduit à une perte de respect pour les institutions qui la rendent. Une situation de respect réduit ou de non-respect vis-à-vis des institutions ne peut que contrarier la protection internationale des droits de l'homme, non seulement sur le plan théorique, mais sur un plan très concret et spécifique.

¹⁴⁰ *I.A.O. c. Suède*, 65/1997, 6 mai 1998, au 5.11, dans laquelle la Suède affirmait que, même si le critère appliqué à la fois par la Commission EDH et le CAT pour déterminer si l'octroi de l'asile à des ressortissants étrangers présentant un risque de torture était «en principe identique», le CAT l'avait appliqué de manière plus libérale que la Commission, empêchant ainsi les parties contractantes de se conformer à une jurisprudence incohérente.

¹⁴¹ Par exemple, dans *Bikremjit Singh*, précité, la France s'est référée à des affaires similaires de la Cour EDH et a affirmé que l'auteur s'était rendu à Genève au lieu de Strasbourg parce qu'il "*pensait évidemment que la jurisprudence de la Cour européenne ne lui serait pas favorable*" (§4.1). Aussi *Mann Singh c. France*, *supra* §4.3.

B. Moyens possibles de contenir la divergence

88. Comme cela a déjà été souligné, les différences importantes entre le système régional et le système universel excluent toute aspiration réaliste à une uniformité absolue. Néanmoins, certains soutiennent qu'il existe des moyens de limiter les divergences.

89. Les efforts considérables déployés par les juges à Strasbourg pour assurer, dans la mesure du possible, une interprétation harmonieuse des droits fondamentaux protégés par une multitude de traités simultanément contraignants font de la Cour EDH un point central pour garantir la cohérence du droit international des droits de l'homme.¹⁴² La Cour devrait rester fidèle à cette pratique et continuer à s'efforcer d'interpréter la Convention en harmonie avec d'autres règles internationales relatives à la protection des droits de l'homme, en particulier celles contraignantes pour les États membres du Conseil de l'Europe, telles que (la majorité) des conventions des Nations Unies.

90. Dans le même temps, un renvoi plus régulier par les organes de traités des Nations Unies aux juridictions régionales et le fait de s'inspirer sans restriction de la jurisprudence de celles-ci faciliteraient l'élaboration de principes internationaux cohérents en matière de droits de l'homme. Il est indéniable que la CEDH et la jurisprudence de la Cour n'ont formellement aucune pertinence pour la majorité des États parties aux conventions des Nations Unies. Toutefois, comme il a été démontré ci-dessus, les auteurs et les gouvernements des États non européens qui ont répondu au questionnaire n'hésitent pas à faire référence à la jurisprudence de la Cour dans leurs débats.

91. L'intensification des rencontres entre les membres de la Cour et les organes de traités de l'ONU pourrait constituer un des moyens pour renforcer l'interaction entre les deux systèmes. Les contacts de travail entre les deux systèmes sont déjà en place: de part et d'autre (ONU / CdE), il existe un point focal pour échanger des informations concernant le dossier, afin d'éviter que les mêmes griefs ne soient traités en même temps à la fois par Strasbourg et Genève.¹⁴³ Des réunions entre des représentants du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et des délégations de juges ont eu lieu. En 2015, la Cour a organisé une réunion des juridictions / mécanismes régionaux des droits de l'homme, destinée à permettre un dialogue et des échanges entre différentes instances internationales et régionales des droits de l'homme. C'est une pratique qui devrait continuer et se développer.

92. Parallèlement, au sein de l'ONU, des réunions inter-comités (bi-annuelles) et des présidents (annuelle) ont lieu depuis 2002 et 1988 respectivement.¹⁴⁴ La réforme du système des organes de traités des Nations Unies est à l'ordre du jour depuis plusieurs années maintenant et des mesures visant à améliorer son efficacité sont activement recherchées,

¹⁴² Sicilianos, *op. cit.*, p. 241.

¹⁴³ Tous les organes de traités des Nations Unies partagent le même Secrétariat.

¹⁴⁴ Voir doc. A/73/140, 11 juillet 2018, Mise en œuvre des instruments relatifs aux droits de l'homme, rapport des présidents des organes de traités sur leur 30^e réunion.

même si l'accent semble être mis sur l'harmonisation des méthodes de travail et des procédures.¹⁴⁵ Néanmoins, parmi les mesures proposées figure le renforcement des synergies avec les autres organes de traités mais également avec d'autres mécanismes de défense des droits de l'homme. Des consultations avec les organes régionaux sont déjà entreprises ; il serait bénéfique d'inclure régulièrement dans le dialogue la Cour EDH.

93. Des réunions régulières entre les juges de la Cour EDH et les membres des organes de traités contribueraient au transfert mutuel de connaissances concernant la jurisprudence pertinente et pourraient ainsi favoriser une meilleure compréhension de la manière dont les autres institutions abordent certains problèmes communs. Le «dialogue judiciaire» est un outil utile pour éviter la fragmentation du droit international et devrait être davantage encouragé. Une interaction entre le personnel juridique des institutions serait également hautement souhaitable.

94. Comme souligné ci-dessus, le dialogue avec les États parties est un élément clé à Genève. Les 47 États membres du CdE, lorsqu'ils interagissent avec les organes de traités (dans le cadre d'opinions, de rapports périodiques ou lors de la rédaction d'observations générales, comme illustré dans l'Observation générale n° 4 de la CAT), devraient continuer à mettre en avant l'approche des problèmes fondamentaux de la CEDH telle qu'interprétée par la Cour EDH. En outre, ils devraient s'efforcer d'encourager un dialogue interne plus intense sur les opinions exprimées par les organes de traités des Nations Unies, associant leurs institutions nationales des droits de l'homme et la société civile, en vue de réajuster éventuellement leurs politiques en matière de droits de l'homme. Le dialogue au sein du Conseil de l'Europe, qui inclut les institutions des Nations Unies, par exemple pendant le processus de rédaction du Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo, est également une pratique à conserver.

95. Tout en comprenant que la modification des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme n'est pas une option réaliste¹⁴⁶, un certain remaniement du Règlement intérieur des organes de traités dans le sens général de l'adoption des critères de recevabilité plus clairs et, autant que possible, uniformes, dans la mesure permise par les traités respectifs et sans limiter les droits individuels, réduirait les cas de chevauchement de compétences. À son tour, cela minimiserait le risque d'interprétation contradictoire des normes relatives aux droits de l'homme et limiterait ainsi la possibilité de faire un forum-shopping. Par exemple, il serait avantageux d'introduire, dans la mesure du possible, des délais plus stricts pour le dépôt des communications.

96. Il est trop tôt pour le vérifier, mais la nouvelle pratique (depuis 2016) de la Cour en ce qui concerne les décisions d'irrecevabilité, à savoir donner une indication succincte des motifs de

¹⁴⁵ Voir doc. A/73/309, 6 août 2018, Rapport du Secrétaire général à l'Assemblée générale sur la Situation du système des organes conventionnels des droits de l'homme. La proposition (à l'origine de Philip Alston en 1997, *supra*, puis reprise par l'UNHCHR Louise Arbour - voir le document HRI/ICM/2006/2 du 22 mars 2006) visant à créer un «organe de traités unifié permanent», compétent pour toutes les activités des Nations Unies les traités relatifs aux droits de l'homme - et assurant ainsi au moins l'uniformité avec l'ONU - étaient opposés à la fois par les États et par la société civile.

¹⁴⁶ Voir le Rapport 2018 sur la situation du système des organes de traités du Secrétaire général, *supra*, § 82.

rejet de l'affaire au lieu de se référer en général aux articles 34 et 35 de la CEDH peut contribuer à réduire le nombre de constatations contradictoires, en permettant aux organes de traités de l'ONU de s'assurer que la «même question» a en effet déjà été suffisamment examinée par la Cour.¹⁴⁷

97. En conclusion, parvenir à une harmonie absolue dans le droit international des droits de l'homme n'est pas probable. Cependant, la diversité n'est pas nécessairement négative. Au contraire, cela peut être une source d'enrichissement et un outil pour mieux protéger et promouvoir les droits de l'homme. Les organes internationaux de mise en œuvre, qu'ils soient judiciaires ou de suivi, devraient néanmoins veiller à ne pas donner l'impression qu'ils sont en concurrence, et chercher à contenir, autant que possible, les conflits jurisprudentiels.

¹⁴⁷ Voir le rapport 2015 du CDDH, à la p. 188 et le rapport de 2015 *Le processus d'Interlaken et la Cour*, p. 4.