



DH-SYSC-II(2019)41
16/07/2019

**COMITÉ DIRECTEUR POUR LES DROITS DE L'HOMME
(CDDH)**

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

**GROUPE DE RÉDACTION SUR LA PLACE DE LA CONVENTION
EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME DANS L'ORDRE JURIDIQUE
EUROPÉEN ET INTERNATIONAL
(DH-SYSC-II)**

**Avant-projet de Rapport du CDDH sur
la place de la Convention européenne des droits de l'homme
dans l'ordre juridique européen et international**

(Traduction du Secrétariat)

Note :

1. Le présent document constitue la première version consolidée de l'Avant-projet de Rapport du CDDH sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international. Il assemble les différents textes du Thème 1 (Le défi de l'interaction entre la Convention et les autres branches du droit international, y compris le droit international coutumier), 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) et Thème 3 (Le défi de l'interaction entre la Convention et l'ordre juridique de l'Union européenne et d'autres organisations régionales) que le DH-SYSC-II, à l'exception de quelques paragraphes énumérés ci-dessous, a provisoirement adopté lors de ses dernières réunions.¹ A ce jour, il n'y a pas eu de

¹ Comme expliqué par le DH-SYSC-II, l'adoption provisoire signifie que le Groupe a examiné le texte du projet de chapitre paragraphe par paragraphe et procédé à des amendements, tant sur le contenu que sur la forme du

suggestions pour une mise à jour du texte à la suite de nouveaux arrêts ou décisions, comme cela avait été convenu au moment de l'adoption provisoire.²

2. Comme convenu lors de la 6^e réunion du DH-SYSC-II, le document contient en outre une introduction, une conclusion et un résumé rédigés par le Secrétariat, lesquels seront examinés par le DH-SYSC-II lors de sa 7^e et dernière réunion (18–20 septembre 2019). Le Secrétariat a en plus procédé à une harmonisation formelle du texte, conformément aux instructions du DH-SYSC-II.³ Cette harmonisation comprend notamment une orthographe identique de certains termes tels que « États membres » etc. En outre, les références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ont été harmonisées et une liste d'abréviations a été ajoutée. Les quelques autres changements linguistiques sont surlignés en vert.

3. Lors de sa 91^e réunion (18–21 juin 2019), le CDDH a adopté à titre provisoire les projets de chapitres suivants de son futur Rapport⁴ :

- Chapitre du Thème 1, sous-thème i) : Méthodologie d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme et son approche du droit international ;
- Chapitre du Thème 1, sous-thème iii) : Interaction entre les résolutions du Conseil de sécurité et la Convention européenne des droits de l'homme ;
- Chapitre du Thème 1, sous-thème iv) : Interaction entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme ; et
- 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.

Le chapitre du Thème 1 sous-thème ii) (sur La responsabilité des États et extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme) n'a pas encore été examiné dans sa totalité par le DH-SYSC-II et le Thème 3 (sur Le défi de l'interaction entre la Convention et l'ordre juridique de l'Union européenne et d'autres organisations régionales) n'a été adopté à titre provisoire que peu avant la 91^e réunion du CDDH. Par conséquent, ces parties du texte n'ont pas été soumis au CDDH lors de cette réunion. Le futur projet de Rapport révisé dans sa totalité (y compris ces projets de chapitres), tel qu'adopté par le DH-SYSC-II dans sa 7^e et dernière réunion en septembre 2019, sera soumis pour adoption au DH-SYSC en octobre 2019 et au CDDH en novembre 2019.

4. Dans les différents projets de chapitres, certains paragraphes doivent encore être examinés et consolidés par le DH-SYSC-II à l'occasion de l'adoption finale du futur rapport et n'ont donc pas encore été adoptés à titre provisoire. Ces paragraphes sont les anciens §§ 29 et 35 du Thème 1 sous-thème i), les anciens §§ 51 et 93-103 du Thème 1 sous-thème ii), l'ancien § 13 du Thème 1 sous-thème iv) et les anciens §§ 32 et 65 du Thème 2. Ces paragraphes sont surlignés en jaune dans le texte ; les anciens numéros de paragraphe sont rajoutés.

texte. Le texte pourra être actualisé, au cas où la Cour européenne des droits de l'homme délivre de nouveaux arrêts importants avant l'adoption définitive de la totalité du futur rapport en 2019 et afin d'harmoniser l'ensemble du texte du futur rapport et prendre en compte les éventuelles orientations du CDDH (voir le document [DH-SYSC-II\(2019\)R6](#), note de bas de page 1).

² Voir [DH-SYSC-II\(2019\)R6](#), § 10.

³ [DH-SYSC-II\(2019\)R6](#), §§ 9 et 10.

⁴ Voir [CDDH\(2019\)R91ab](#), § 2 (c) (i).

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	7
INTRODUCTION	19
1. Contexte du travail.....	19
2. Mandat	20
3. Méthodologie et objectif du rapport.....	21
4. Aperçu du rapport.....	22
I. LE DÉFI DE L'INTERACTION ENTRE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES AUTRES BRANCHES DU DROIT INTERNATIONAL, Y COMPRIS LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER	24
1. Méthodologie d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme et son approche du droit international	24
a. INTRODUCTION	24
b. LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS.....	25
i. La Convention de Vienne sur le droit des traités.....	25
ii. Le statut juridique des articles 31 à 33 de la CVDT	26
c. LE POINT DE VUE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME.....	27
i. La prise en compte de la CVDT (arrêt <i>Golder</i>).....	27
ii. Règles d'interprétation de la CVDT dans la jurisprudence de la Cour	27
- L'objet et le but de la Convention (article 31 § 1 de la CVDT)	27
- « Accord ultérieur » et « pratique ultérieurement suivie » (article 31 § 3 (a) et (b) de la CVDT).....	28
- Règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties (article 31 § 3 (c) CVDT)	30
- Références à la jurisprudence de la CIJ	31
- Travaux préparatoires (article 32 de la CVDT).....	32
- Divergences entre les versions linguistiques authentiques (article 33 de la CVDT).....	33
iii. Autres méthodes d'interprétation développées par la Cour EDH.....	34
d. DÉFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES	36
2. Responsabilité des États et extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme	38
a. INTRODUCTION	38

b. JURIDICTION ET APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME	40
i. Introduction.....	40
ii. La jurisprudence	41
- Affaires concernant la situation dans le nord de Chypre	41
- L'affaire <i>Banković</i>	42
- La jurisprudence menant à <i>Al-Skeini</i>	44
- La jurisprudence depuis <i>Al-Skeini</i>	47
- Approches adoptées par d'autres organes internationaux	52
iii. Défis et solutions possibles	53
c. L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL DE LA RESPONSABILITE DES ETATS PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME	56
i. Introduction.....	56
ii. Jurisprudence de la Cour	57
- Affaires concernant des questions d'attribution à un État des actions de personnes privées ou d'acteurs non-étatiques	58
- Affaires concernant des questions d'attribution dans des situations impliquant plus d'un État dans les faits	61
- Affaires concernant des questions d'attribution dans des situations impliquant un ou plusieurs États et une organisation internationale dans les faits.....	67
iii. Défis et solutions possibles	67
3. Interaction entre les résolutions du Conseil de sécurité et la Convention européenne des droits de l'homme	71
a. INTRODUCTION – LA CHARTE DES NATIONS UNIES	71
b. LE CONSEIL DE SECURITE	72
i. Le Conseil de sécurité et l'emploi des mesures n'impliquant pas le recours à la force, telles que des sanctions économiques	73
ii. Le Conseil de sécurité et le recours à la force armée.....	74
c. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES RESOLUTIONS DU CONSEIL DE SECURITE.....	75
i. Utilisation de mesures n'impliquant pas le recours à la force, telles que des sanctions économiques	75
ii. Le recours à la force armée	79
d. DEFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES	82
4. Interaction entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme	85
a. INTRODUCTION	85

b. APPROCHE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME CONCERNANT DES SITUATIONS DE CONFLIT ARME	87
i. Affaires concernant des activités militaires sans référence au DIH	88
ii. Affaires contenant une référence secondaire au DIH	88
iii. Affaires qui examinent le DIH mais l'excluent.....	89
iv. Affaires dans lesquelles le DIH a été directement appliqué par la Cour	90
c. DEFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES.....	92
II. LE DEFI DE L'INTERACTION ENTRE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET D'AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME AUXQUELS LES ÉTATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE SONT PARTIES	94
1. INTRODUCTION	94
2. 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 TRAITES DES NATIONS UNIES	97
a. Coexistence de différents ensembles normatifs : interprétation divergente de droits substantiels.....	97
i. Liberté de manifester sa religion: le port des symboles et des vêtements religieux	99
ii. Droit à la liberté et à la sécurité : placement ou traitement non volontaire de personnes atteintes de troubles mentaux	103
iii. Transfert de personnes vers un autre État : non-refoulement, prévention de la torture et question des assurances diplomatiques	105
b. Coexistence de différents mécanismes internationaux pour la protection des droits de l'homme : approches divergentes en matière de questions procédurales	109
i.Recevabilité	109
ii. Mesures provisoires	113
3. DEFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES	116
a. Incertitude juridique, forum-shopping et menaces pesant sur l'autorité des institutions de défense des droits de l'homme	118
i. Une illustration : l'affaire <i>Correia de Matos c. Portugal</i>	118
ii. Analyse.....	119
b. Moyens possibles de contenir la divergence	120
III. LE DEFI DE L'INTERACTION ENTRE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPEENNE ET D'AUTRES ORGANISATIONS REGIONALES	124
1. INTRODUCTION	124
2. INTERACTION ENTRE LA CONVENTION ET L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UE	125
a. Principales caractéristiques de l'UE	125

i. Origines et structure actuelle de l'ordre juridique de l'UE	125
ii. Sources et application du droit de l'UE.....	125
iii. Rôle et compétence de la Cour de justice de l'Union européenne.....	127
iv. Histoire de l'interaction entre la CEDH et l'ordre juridique de l'UE.....	128
b. Aperçu des dispositions légales et de la jurisprudence pertinentes	129
i. Dispositions essentielles et principes pertinents pour l'interaction entre les systèmes	129
ii. Grands principes tels qu'arrêtés par la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'interaction entre la CEDH et l'ordre juridique de l'UE.....	132
iii. Avis 2/13 de la CJUE sur la compatibilité du projet d'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH avec les traités de l'UE	136
c. Analyse des défis	139
d. Solutions possibles	143
3. INTERACTION ENTRE LA CONVENTION ET L'UNION ÉCONOMIQUE EURASIATIQUE.....	143
a. Brève description de l'UEE.....	143
i. Origines et structure actuelle de l'UEE.....	144
ii. Sources, adoption et application du droit de l'UEE.....	144
iii. Rôle et compétence de la Cour de l'UEE	145
b. Aperçu des dispositions légales et de la jurisprudence pertinentes	145
c. Analyse des défis	146
d. Solutions possibles	146
CONCLUSION	147
ANNEXE : LISTE DES ABBREVIATIONS	148

RÉSUMÉ

Introduction

1. Le présent rapport a été élaboré dans le **contexte** du processus de réforme dit d'Interlaken visant à assurer l'efficacité à long terme du système de la Convention. Dans son rapport de 2015 sur « L'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme », le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) avait identifié la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international comme l'une des questions décisives pour l'efficacité et la viabilité à plus long terme du système de la Convention. Dans son **mandat**, le CDDH et son Comité d'experts sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme (DH-SYSC) ont ensuite été chargés de préparer un projet de rapport à l'intention du Comité des Ministres sur ce sujet et les défis y afférents, contenant des conclusions et des propositions d'action possibles. Les travaux préparatoires concernant ce rapport ont été confiés au Groupe de rédaction sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international (DH-SYSC-II).

2. En ce qui concerne la **méthodologie** suivie et les **grandes lignes** du rapport, le DH-SYSC-II a identifié et traité successivement trois thèmes prioritaires : le défi de l'interaction entre la Convention et d'autres branches du droit international, y compris le droit international coutumier (thème 1) ; l'interaction entre la Convention et d'autres instruments internationaux des droits de l'homme auxquels les États membres du Conseil de l'Europe sont parties (thème 2) ; et l'interaction entre la Convention et l'ordre juridique de l'Union Européenne et d'autres organisations régionales (thème 3). L'**objectif** de ce travail dans son ensemble est de préserver l'efficacité du système de la Convention contre les risques de fragmentation de l'espace juridique européen et international dans le domaine de la protection des droits de l'homme, découlant d'interprétations divergentes. Par conséquent le rapport présente, pour chacun des trois thèmes prioritaires abordés, un état des lieux des constats pouvant être faits, suivi d'une analyse des défis pour l'efficacité du système de la Convention et la formulation de solutions pouvant être envisagées.

I. Le défi de l'interaction entre la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres branches du droit international, y compris le droit international coutumier

1. Méthodologie d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme et son approche du droit international

3. Dans ce rapport, la manière dont la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour EDH / la Cour) interprète la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est d'abord analysée et comparée aux règles du droit international en matière d'interprétation des traités, notamment celles figurant aux articles 31 à 33 de la **Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT)**.

4. En effet, **la Cour** a confirmé que, pour l'interprétation de la CEDH, il faut tenir compte des articles 31 à 33 de la CVDT, sous réserve, le cas échéant, de toute règle

pertinente du Conseil de l'Europe. Ainsi la Cour s'appuie sur les règles d'interprétation de la CVDT faisant notamment référence à « l'objet » et au « but » (article 31 § 1 CVDT) de la CEDH en tant que traité relatif aux droits de l'homme. Elle invoque en outre la « pratique ultérieurement suivie » (article 31 § 3 (b) de la CVDT) des États parties à la CEDH, notamment pour confirmer l'existence d'un accord tacite entre les États parties à la CEDH concernant l'interprétation de certaines dispositions de la CEDH ou pour conforter une évolution jurisprudentielle. Cependant, il n'est pas clair si la Cour peut considérer que la pratique ultérieure de seulement certains des États parties et non de l'ensemble des États parties, suffit à conclure à l'existence d'un accord sur l'interprétation d'une disposition de la Convention.¹ Lorsque la Cour cherche à établir un « consensus européen », il est important que ce consensus repose sur une analyse de la pratique et de la situation particulière des États parties, conformément au caractère consensuel de leurs obligations en droit international.

5. En outre, la Cour EDH a déclaré à plusieurs reprises que la CEDH devait être interprétée à la lumière des règles énoncées également à l'article 31 § 3 c) VCLT, qui stipule qu'il faut tenir compte de « [t]oute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Il est essentiel pour les États parties que la jurisprudence de la Cour soit claire et cohérente à cet égard afin d'éviter tout risque de fragmentation du droit international.

6. À plusieurs reprises, la Cour a invoqué en outre, avec quelques variations dans son approche, les *travaux préparatoires* (article 32 de la CVDT) de la CEDH comme moyen d'interprétation subsidiaire, notamment pour conforter l'interprétation qu'elle fait du sens ordinaire d'une disposition de la CEDH. Elle invoque également l'article 33 de la CVDT pour l'interprétation des dispositions de la CEDH en cas de divergences linguistiques entre les deux versions authentiques du texte en anglais et en français.

7. A l'instar d'autres tribunaux internationaux, la Cour EDH également a développé ses propres doctrines d'interprétation, en particulier la doctrine du concept autonome et la doctrine de « l'instrument vivant ». Ce faisant, la Cour n'a pas cherché expressément à les rattacher à la CVDT. Cependant, le langage utilisé dans ce contexte montre que la Cour EDH a tacitement fait usage des règles générales d'interprétation énoncées dans la CVDT. Dans ce contexte, la Cour EDH a reconnu qu'elle ne pouvait pas, au moyen d'une interprétation évolutive, tirer de la CEDH un droit qui n'y était pas inclus dès le départ. Mais il est apparu que trouver le juste équilibre à cet égard est une tâche délicate. Les règles traditionnelles d'interprétation des traités et le caractère consensuel du droit international public fixent des limites pour une approche interprétative dynamique. Et il est important que la Cour explique ses méthodes d'interprétation et que les résultats obtenus soient prévisibles et compréhensibles pour les États contractants.

2. Responsabilité des États et extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme

8. En prenant comme point de départ la notion de juridiction en droit international public, la Cour a développé sa propre notion de juridiction au sens de l'article 1 de la CEDH, en invoquant le caractère spécial de la Convention en tant que traité relatif aux droits de l'homme.

¹ Commentaire du Secrétariat: vérifier par rapport à la version finale de l'ancien § 29 du thème 1, sous-thème i), qui n'a pas encore été adoptée à titre provisoire.

9. Une analyse de la jurisprudence de la Cour EDH – comprenant des affaires concernant la situation dans le nord de Chypre, l'affaire *Banković*, et d'autres affaires ayant conduit à l'arrêt *Al-Skeini* et aux arrêts qui lui ont fait suite – montre que les organes de la Convention – tout comme d'autres cours et organes de traités internationaux – ont déjà établi à un stade précoce que la notion de juridiction est principalement territoriale, mais qu'il existe des exceptions à ce principe. Malgré l'attention portée par la Cour à la définition et à la catégorisation détaillée de ces exceptions, certaines questions d'interprétation de cette notion et de son champ d'application demeurent.

10. En particulier, dans l'affaire *Banković*, l'une de ses décisions importantes en la matière, la Cour a clairement énoncé les principes directeurs relatifs à l'interprétation de la notion de « juridiction ». Elle a souligné que la Convention opère dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des États contractants et a énuméré cinq catégories d'exceptions à l'étendue territoriale de la juridiction (affaires d'extradition / expulsion, affaires d'effet extraterritorial, affaires de contrôle effectif, affaires diplomatiques ou consulaires et affaires de juridiction du pavillon). Les faits de l'affaire – concernant des frappes aériennes hors du territoire de la Convention – ont été considérés comme ne relevant d'aucune de ces exceptions au principe de la territorialité.

11. Dans des affaires ultérieures, et notamment dans l'affaire *Al-Skeini*, autre arrêt important sur la portée de la notion de juridiction, la Cour a restructuré les différentes catégories d'exceptions à la règle de juridiction sur le propre territoire de l'État et s'est écarté dans une certaine mesure de la décision *Banković*. Elle a divisé les exceptions en deux groupes : premièrement, les cas d'autorité et de contrôle par un agent de l'État, dans lesquels l'État doit garantir à l'individu les droits pertinents pour sa situation et, deuxièmement, les cas de contrôle effectif dans une zone dans lequel l'État doit garantir, dans la zone sous son contrôle, la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention.

12. Dans l'affaire *Al-Skeini*, ainsi que dans plusieurs autres requêtes telles que *Hirsi Jamaa*, *Hassan* et *Jaloud*, la Cour a conclu que les faits de l'affaire relevaient de l'exception de l'autorité et du contrôle par un agent de l'État. En conséquence, il a été estimé que l'État défendeur avait juridiction en dehors de l'espace juridique de la Convention dans d'autres situations survenues en dehors du territoire des États défendeurs, y compris des opérations des forces terrestres armées sur le territoire d'un État non partie à la Convention ou encore le refoulement de migrants interceptés en haute mer vers leur pays de départ. En raison de la formulation large des principes dans ces affaires, il pourrait être difficile pour l'État défendeur de prévoir la portée exacte de ses obligations en vertu de la Convention, d'autant plus que les droits de la Convention comportent désormais aussi des obligations positives et / ou procédurales.

13. Plusieurs arrêts importants, notamment dans les affaires *Catan* et *Chiragov*, ont précisé le champ de la juridiction des États lorsqu'il était constaté que ces derniers exerçaient un contrôle effectif sur une zone et en particulier dans les cas où il avait été constaté que ce contrôle était exercé non directement, mais à travers une administration subordonnée. Dans cette catégorie d'affaires, lorsqu'un État défendeur n'exerce pas un contrôle territorial direct, mais seulement une influence déterminante sur l'administration d'un territoire séparatiste, les conséquences d'une constatation de la juridiction sont considérables. L'État défendeur est tenu de garantir sur un tel territoire la totalité des droits énoncés dans la Convention au sens d'une obligation d'obtenir le résultat escompté par la Convention, et pas seulement en tant qu'obligation de moyens, c'est-à-dire de faire ce qui est possible pour atteindre ce résultat.

14. Un autre constat qui peut être effectué dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour est que celle-ci ne distingue pas toujours clairement la notion de juridiction au sens de l'article 1 CEDH d'une part, et la notion d'attribution d'un comportement en vertu du droit de la responsabilité des États d'autre part. En choisissant l'expression « contrôle effectif d'une zone », la Cour semble avoir retenu un concept familier du droit international, mais servant de base pour attribuer le comportement d'une entité à une autre en droit de la responsabilité des États.

15. L'interprétation du champ d'application de l'article 1 est une question particulièrement délicate pour les États parties à la Convention car elle conditionne l'opposabilité à l'État de toute une série d'obligations de fond découlant de la Convention. Compte tenu de l'importance pour les États de connaître les circonstances exactes dans lesquelles ils sont obligés de garantir les droits de la Convention, la sécurité juridique est essentielle dans ce domaine particulier².

16. Par ailleurs, la question de l'application ou du respect du droit international général en matière de **responsabilité des États** par la Cour EDH dans sa jurisprudence a été examinée. Une distinction a été faite entre plusieurs catégories d'affaires : les affaires relatives aux questions d'attribution d'actions par des personnes privées ou d'acteurs non-étatiques à un État ; les affaires concernant des questions d'attribution dans des situations impliquant plus qu'un État dans les faits ; et les affaires concernant l'attribution dans des situations impliquant un ou plusieurs États et une organisation internationale dans les faits.

17. ³Il ressort de l'analyse de cette jurisprudence et notamment des affaires *Ilaşcu et autres*, *Rantsev*, *Stojkovic*, *El-Masri* et *Al Nashiri*, que la Cour, lorsqu'elle détermine si une conduite peut être attribuée à l'État défendeur, ne précise pas si et dans quelle mesure elle applique les règles d'attribution exposées dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (AREFII). Bien que la Cour se soit référée à plusieurs reprises à des articles spécifiques de l'AREFII en énumérant les dispositions pertinentes du droit international, elle n'applique pas explicitement ces règles lorsqu'elle décide au fond de la question de savoir si un acte incriminé peut être attribué à l'État défendeur. Il semble plutôt que la Cour applique ses propres principes, en ayant pris en compte les règles pertinentes du droit international et les applique, comme elle le fait habituellement, tout en gardant à l'esprit le caractère spécial de la Convention en tant que traité relatif aux droits de l'homme.

18. Bien que l'approche méthodologique de la Cour ne soit pas tout à fait claire à cet égard, une comparaison de la jurisprudence de la Cour avec les règles de l'AREFII montre que, dans un grand nombre d'affaires, l'approche de la Cour ne diffère pas de ces règles. Cependant, le degré de contrôle nécessaire d'un État sur une entité pour que le comportement de cette entité lui soit attribué était moins élevée selon la jurisprudence de la Cour (voir, entre autres, *Ilaşcu*) qu'en vertu de l'article 8 de l'AREFII. Dans quelques autres cas (voir, par exemple, *El-Masri* et *Al Nashiri*), il est difficile de déterminer quelles règles exactement ont été appliquées par la Cour en matière de responsabilité des États et, en particulier, si le raisonnement de la Cour revenait ou non à attribuer aux États défendeurs le comportement d'un État tiers.

² Une délégation n'était pas d'accord avec la décision prise par le CDDH que des difficultés pour les États au stade de l'exécution des arrêts dans les affaires concernant l'application extraterritoriale de la Convention ne sera pas abordé car il sortait du cadre du Rapport sur l'interaction entre la Convention et le droit international général et l'analyse du risque de fragmentation résultant d'interprétations divergentes à prendre en considération dans le Rapport.

³ Note du Secrétariat (à supprimer après l'adoption du rapport): Les paragraphes actuels et suivants, surlignés en jaune, doivent être revisités à la lumière du texte finalisé des anciens §§ 93-101 du thème 1, sous-thème ii.).

19. Dans les affaires couvrant des situations d'extraterritorialité, qui touchent généralement des domaines politiquement sensibles, notamment des questions de sécurité nationale, une méthodologie claire et une interprétation précise des règles applicables sont toutefois de la plus haute importance afin de garantir la sécurité juridique.

3. Interaction entre les résolutions du Conseil de sécurité et la Convention européenne des droits de l'homme

20. **L'article 103 de la Charte des NU** prévoit que, en cas de conflit entre des obligations découlant de la Charte et des obligations découlant d'autres accords internationaux, les obligations de la Charte doivent prévaloir. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice établit en outre que les décisions contraignantes du Conseil de sécurité sont des obligations découlant de la Charte au regard de l'article 103.

21. Plutôt que d'appliquer l'article 103 de la Charte des NU pour donner la primauté aux obligations découlant d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, la Cour EDH semble éviter de conclure à l'existence de conflits entre un droit issu de la CEDH et une obligation découlant de la Charte des NU, dans un esprit d'harmonisation systémique. Se référant à l'article 24 § 2 de la Charte, la Cour EDH a jusque-là adopté une présomption selon laquelle les résolutions du Conseil de Sécurité devaient être interprétées de manière à éviter toute incompatibilité avec les droits de l'homme tels que reconnus par la CEDH.

22. Cette présomption peut toutefois affecter la capacité des États à se conformer à une exigence claire d'une résolution du Conseil de sécurité. En effet, l'efficacité des mesures du Conseil de sécurité dépend entièrement de la coopération active des États. Ainsi, une approche selon laquelle les autorités nationales devraient subordonner le respect des mesures contraignantes du Conseil de sécurité au respect des exigences de la CEDH, pourrait compromettre le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité de prendre des mesures efficaces pour maintenir la paix et la sécurité. La Cour a cependant cherché à prendre en compte la nature et le but des mesures adoptées par le Conseil de sécurité en limitant à l'arbitraire le contrôle requis par la CEDH (voir *Al-Dulimi*).

23. En ce qui concerne **les mesures du Conseil de sécurité n'impliquant pas le recours à la force**, en particulier les mesures sanctions des Nations Unies, la Cour a dû se prononcer sur la compatibilité avec la CEDH de l'imposition par les États membres d'interdictions de voyager (voir *Nada*) ou du gel des avoirs (voir *Al-Dulimi*) en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité. Dans ces affaires, la Cour EDH s'est concentrée sur les mesures prises par les États membres pour mettre en œuvre les décisions du Conseil de sécurité plutôt que sur les décisions du Conseil de sécurité elles-mêmes. La Cour EDH a souligné que, compte tenu d'un degré de latitude dont disposent les États dans la mise en œuvre des sanctions, les États ne peuvent invoquer le caractère contraignant des résolutions du Conseil de sécurité pour se dispenser de respecter les exigences conventionnelles. Cette approche peut créer des difficultés, voire un conflit d'obligations pour les États. Bien qu'il puisse y avoir une place pour un contrôle juridictionnel national en ce qui concerne certaines exigences procédurales ou formelles, en revanche la marge d'appréciation laissée aux États quant au bien-fondé des décisions du Conseil de sécurité est très limitée. Il est par ailleurs important de noter que le Conseil de sécurité, qui est le mieux placé pour veiller à la mise en place de mécanismes et de processus d'examen appropriés en ce qui concerne ses

décisions, a vu, au cours des dernières années, une évolution importante de sa pratique à cet égard.

24. S'agissant de l'applicabilité de l'article 103 de la Charte des NU aux **décisions du Conseil de sécurité autorisant le recours à la force** par les États membres, il est à noter que de telles décisions sont devenues l'unique moyen pour le Conseil de sécurité de prendre des mesures contraignantes pour s'acquitter de sa responsabilité de maintenir la paix et la sécurité internationales. En fonction de la nature de l'intervention des NU, la Cour EDH peut considérer les violations alléguées imputables à l'État membre en question (voir *Al-Jedda*) et non aux NU (voir à l'inverse pour des actions imputables aux NU *Behrami et Saramati*). Adopter une conception trop restrictive du terme « obligations » figurant à l'article 103 de la Charte des NU, de manière à refuser la primauté à une décision du Conseil de sécurité des NU, prise sur le fondement du Chapitre VII autorisant les États à prendre des mesures coercitives, au seul motif qu'il s'agit d'une simple autorisation et non d'une obligation contraignante, risque de compromettre la capacité du Conseil de sécurité à s'acquitter de sa responsabilité au titre de la Charte.

4. Interaction entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme

25. Le droit international humanitaire (DIH) est l'ensemble des règles internationales coutumières et conventionnelles qui s'appliquent spécifiquement dans les conflits armés afin d'assurer le respect des normes de base de l'humanité. Le droit international des droits de l'homme s'appliquera pour sa part en principe tant en période de paix que de conflit.

26. En ce qui concerne les relations entre ces deux corpus de droit, la Cour internationale de Justice semble avoir conclu qu'ils pouvaient s'appliquer à la même situation (voir notamment l'affaire *RDC c. Ouganda*).

27. La Cour EDH, pour sa part, a initialement eu des réticences à examiner les dispositions du DIH (voir *Isayeva*).⁴ Elle a ensuite reconnu les dispositions du DIH comme faisant partie du contexte juridique dans lequel la CEDH s'applique (voir *Varnava*). Dans d'autres affaires, elle a examiné si le DIH apportait une réponse concluante à la question de la légalité des mesures prises par les autorités nationales, mais a conclu que ce n'était pas le cas (voir *Sargsyan*). Enfin, dans l'affaire *Hassan*, la Cour EDH a constaté que même dans les situations de conflit armé international, la CEDH continuait de s'appliquer, bien qu'interprétée dans le contexte des dispositions du DIH, cherchant ainsi un « compromis » entre deux dispositions légales apparemment contradictoires, fondé sur l'article 31 § 3 c) de la CVDT. Dans les situations où les dispositions du DIH sont claires et bien établies, cela constitue une approche possible de la réconciliation des deux corpus de droit.

28. Une solution similaire peut être envisagée pour les **conflits armés non-internationaux**, mais des difficultés supplémentaires peuvent apparaître, notamment pour déterminer le contenu de certaines des règles applicables à ces conflits, qui sont encore largement dérivées du droit international coutumier.

29. Une solution alternative à la question de la détermination des conflits entre (au moins certaines) dispositions du DIH et du droit international des droits de l'homme serait qu'un État déroge à la CEDH conformément à l'article 15. Toutefois, d'autres

⁴ Note du Secrétariat (à supprimer après l'adoption du rapport): La section du présent paragraphe, surlignée en jaune, doit être revue à la lumière du texte finalisé de l'ancien § 13 du thème 1, sous-thème iv).

questions peuvent se poser quant à l'applicabilité de **l'article 15 de la CEDH** et à l'étendue des dérogations possibles, en particulier dans le cas d'une situation de conflit extraterritorial. Il conviendrait d'évaluer soigneusement sa contribution globale à la création d'une plus grande sécurité juridique, laquelle revêt une importance particulière dans les situations de conflit armé.

II. Le défi de l'interaction entre la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les États membres du Conseil de l'Europe sont parties

30. Cette section du rapport traite de l'interaction entre la CEDH et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les États membres du Conseil de l'Europe sont parties uniquement dans la mesure où ces derniers instruments ont été adoptés sous les auspices des Nations Unies. En effet, les 47 États membres du Conseil de l'Europe sont aujourd'hui tous simultanément liés par la CEDH et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) ainsi que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) de 1966. En outre, depuis lors, plusieurs autres instruments des NU relatifs aux droits de l'homme ont été adoptés : la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD, 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, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CIMW, 1990), la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH, 2006) et la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (CED, 2006).

31. La coexistence et l'interaction entre la **CEDH** et les **conventions des NU relatives aux droits de l'homme** dans la jurisprudence de la Cour EDH et la pratique des organes conventionnels des NU peuvent conduire à la fois à une interprétation divergente des droits matériels mais aussi des questions de procédure. Lors de l'examen de ces questions, il convient de garder à l'esprit que, outre les arrêts définitifs de la Cour EDH que l'État défendeur est tenu d'exécuter (article 46 de la CEDH), les **« constatations » des organes de traités des NU** sur les communications individuelles **ne sont pas juridiquement contraignantes** et le suivi des « constatations » consiste à engager un dialogue entre l'organe de traités compétent et l'État concerné.

32. La coexistence de différents ensembles normatifs dans la CEDH et dans différentes conventions des droits de l'homme des NU peut conduire à une **interprétation divergente des droits substantiels**, même lorsque les textes normatifs sont très similaires. On peut, à cet égard, citer d'abord un certain nombre d'affaires concernant la portée de la liberté de manifester sa religion dans le contexte du port de symboles et de vêtements religieux. Bien que les libellés de l'article 9 de la CEDH et de l'article 18 du PIDCP ne divergent pas sensiblement, la Cour EDH, se référant à la marge d'appréciation des États, n'a pas conclu que des interdictions de porter des vêtements religieux contrevenaient à l'article 9 de la CEDH (voir, par exemple, *Leyla Sahin* et *SAS c. France*). En revanche, le Comité des droits de l'homme des NU a conclu à plusieurs reprises, dans un certain nombre d'affaires comparables, que de telles interdictions contrevenaient à l'article 18 du PIDCP (voir notamment *Bikramjit Singh* et *Sonia Yaker*).

33. Deuxièmement, des interprétations divergentes du droit à la liberté garanti par la CEDH et différentes conventions des NU sont devenues apparentes. L'article 5 § 1 e) de la CEDH ainsi que l'article 3 de la CEDH (tel qu'interprété par la Cour EDH), ainsi que l'article 9 du PIDCP (tel qu'interprété par le Comité des droits de l'homme des NU) semblent plus permissifs quant à la possibilité d'ordonner un placement et traitement involontaires des personnes atteintes de troubles mentaux au sens de l'article 14 de la CDPH (tel qu'interprété par le Comité de la CDPH).

34. Un troisième point de divergence concerne la portée de l'interdiction de la torture en vertu de l'article 3 de la CEDH, en vertu du PIDCP et de l'article 3 de la CAT dans le cadre des procédures d'expulsion ou d'extradition. Il est notamment évident que le Comité de la CAT (voir, par exemple, *Abichou* et *H.Y. c. Suisse*) est plus réticent que la Cour EDH (voir, par exemple, *Othman (Abu Qatada)*) à se fier aux assurances diplomatiques données pour le non-recours à la torture par l'État vers lequel la personne concernée doit être expulsée.

35. De plus, la coexistence de différents mécanismes internationaux de garantie des droits de l'homme peut conduire à des **approches divergentes en matière des questions procédurales**. Des approches différentes des différents organes des droits de l'Homme sur des questions identiques ou similaires quant à la recevabilité d'une requête ou d'une communication risquent de menacer la cohérence du droit des droits de l'homme.

36. En particulier, contrairement à l'article 35 § 2 CEDH, l'article 5 § 2 a) du Protocole facultatif se rapportant au PIDCP n'empêche pas le Comité des droits de l'homme d'examiner des communications qui ont déjà été examinées par la Cour EDH, sauf si l'État membre concerné a formulé une réserve valide pour exclure la compétence de ce Comité pour réexaminer le même cas ; il en va de même pour les comités CED et CERD. Il convient en outre de noter que, dans le cas où une telle réserve aurait été formulée, le Comité des droits de l'homme a estimé qu'une question ne pouvait pas être considérée comme ayant été « examinée » au sens de l'article 5 § 2 a) dudit Protocole facultatif par la Cour EDH – de manière à exclure la compétence du Comité pour la réexaminer – lorsque le raisonnement de la Cour EDH s'est limité à déclarer une affaire irrecevable (en affirmant qu'« elle ne révèle aucune violation des droits et libertés énoncés dans la Convention ») et n'a pas permis au Comité de supposer que l'examen comportait une analyse suffisante du fond (voir, notamment, *Maria Cruz Achabal Puertas*).

37. En outre, par rapport à la Cour EDH, les organes de traités des NU, dont le Comité des droits de l'homme, le Comité de la CAT, le Comité des droits de l'enfant et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, semblent adopter une approche plus souple en ce qui concerne les mesures provisoires prévues dans leurs règlements respectifs, à la fois en ce qui concerne les domaines dans lesquels de telles mesures peuvent être accordées et la fréquence à laquelle ces mesures sont adoptées.

38. Pour des raisons inhérentes aux dispositions des traités pertinents, au champ d'application géographique différent de ces traités, mais aussi parce que différents organes sont impliqués, une convergence complète de la protection des droits de l'homme au titre de ces traités ne serait ni possible ni appropriée. A cet égard on peut relever que la Cour EDH cherche à interpréter et à appliquer les droits protégés par la CEDH d'une manière qui est en harmonie non seulement avec le droit international général, mais en particulier avec les instruments universels pertinents relatifs aux droits de l'homme. Comme elle reconnaît une marge d'appréciation des États parties, cela ne signifie toutefois pas que son interprétation d'un même droit sera toujours la même que

celle d'un organe des traités des NU (voir, par exemple, *Correia de Matos*). A l'inverse on peut constater que les organes de traités des NU, 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.

39. L'existence de mécanismes parallèles de protection des droits de l'homme, qui est habituellement une source d'enrichissement et de renforcement de la protection universelle des droits de l'homme, pourrait donc aussi devenir une source d'incertitude pour les États parties quant aux obligations leur incombant en matière de droits de l'homme, mais aussi pour les particuliers concernant l'étendue exacte de leurs droits. Par ailleurs, les champs d'application qui se chevauchent et les conclusions contradictoires ont conduit, dans une certaine mesure, à un forum-shopping en matière des droits de l'homme.

40. Face à ce risque pesant sur la cohérence du droit des droits de l'homme et la crédibilité des institutions de protection des droits de l'homme, il est essentiel de limiter les divergences entre les différents systèmes de protection des droits de l'homme. La Cour devrait continuer à rechercher une interprétation harmonieuse des différents traités par lesquels les États membres sont simultanément liés. Les organes des traités des NU devraient également adopter cette démarche. En outre, **le dialogue** entre la Cour EDH et les organes de traités des NU et entre ces derniers et les États parties devrait être renforcé. En outre, dans la mesure du possible, **des mesures limitant le chevauchement des compétences de ces organes**, par exemple en fixant des délais plus stricts pour le dépôt de communications auprès des organes de traités des NU ou en étendant les motifs invoqués par la Cour EDH pour déclarer une requête irrecevable, pourraient contribuer à réduire le risque d'interprétation contradictoire des normes relatives aux droits de l'homme.

III. Le défi de l'interaction entre la Convention et l'ordre juridique de l'Union Européenne et d'autres organisations régionales

41. En ce qui concerne l'interaction entre la CEDH et **l'ordre juridique de l'UE**, il convient de noter que les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE sont maintenant codifiés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, a la même valeur juridique que les traités de droit primaire de l'UE (le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) ; voir l'article 6 § 1 du TUE).

42. Un **lien fort** a été établi entre l'UE et sa **Charte des droits fondamentaux** et la **CEDH**. En vertu de l'article 6 § 3 du TUE, les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, constituent des principes généraux du droit de l'UE. En outre, l'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE dispose que « [d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la [CEDH], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. »

43. La **Cour EDH** a élaboré les **principes suivants concernant l'interaction** entre la CEDH et l'ordre juridique de l'UE. Bien que la CEDH n'exclue pas le transfert de compétences à des organisations internationales, la responsabilité des États membres d'assurer les droits de la Convention subsiste même après un tel transfert (voir, notamment, *Matthews*). Le fait que les mesures nationales donnent effet au droit de

l'UE ne les exclut pas du champ d'application de la CEDH (voir, par exemple, *Cantoni*). Toutefois, si l'organisation internationale à laquelle l'État membre en question avait transféré une partie de sa souveraineté offrait une protection des droits fondamentaux d'une manière qui pouvait être considérée à tout le moins équivalente à celle assurée par la CEDH, il est présumé qu'un État respecte les exigences de la CEDH lorsqu'il n'a fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation. Pareille présomption peut toutefois être renversée si, dans les circonstances d'une affaire donnée, il était considéré que la protection des droits garantis par la CEDH est entachée d'une insuffisance manifeste (voir notamment *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*). La Cour EDH a précisé que la présomption qui l'avait amenée à réduire l'intensité de son rôle de surveillance au nom de l'intérêt de la coopération internationale ne s'exprimait que sous deux conditions : l'absence de marge de manœuvre de la part des autorités nationales et le déploiement de tout le potentiel du mécanisme de surveillance établi par le droit de l'UE (voir *Michaud et Avotiņš*).

44. En ce qui concerne l'**adhésion de l'UE à la CEDH**, qui fait l'objet de discussions depuis la fin des années 1970, l'article 6 § 2 du TUE, tel que modifié par le traité de Lisbonne, prévoit que l'UE adhère à la CEDH. En décembre 2014, la CJUE, dans son avis 2/13, avait toutefois constaté que le projet d'Accord d'adhésion, élaboré par le CDDH en coopération avec la Commission de l'UE et fixant les modalités de la participation de l'UE au système de la CEDH, n'était pas compatible avec le droit de l'UE. La CJUE a estimé que le projet d'Accord d'adhésion, entre autres, était susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques et à l'autonomie du droit de l'UE ainsi qu'au principe de confiance mutuelle entre les États membres. En outre, il n'a pas tenu compte des caractéristiques spécifiques du droit de l'UE en ce qui concerne le contrôle juridictionnel des actes de l'UE en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Les institutions de l'UE examinent actuellement les solutions possibles aux diverses objections soulevées par la CJUE dans son avis.

45. La coexistence, dans une même zone géographique, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et de la CEDH, qui sont fortement liées, mais non identiques, peut être une source d'enrichissement mutuel. En même temps, cela peut créer des défis si les différents instruments sont interprétés, sur le fond et en fonction de la méthodologie, de manière à créer des **obligations contradictoires** pour les États et, partant, à entraîner une fragmentation du droit international des droits de l'homme.

46. Du point de vue d'un État membre de l'UE, la nécessité de respecter simultanément les principes de reconnaissance mutuelle et de confiance mutuelle énoncés dans le droit de l'UE et l'obligation de procéder à un examen individualisé de la situation du requérant, comme l'exige la CEDH, notamment en vertu de l'article 3 CEDH dans les affaires d'expulsion (voir, par exemple, *Tarakhel*) semble particulièrement difficile. La reconnaissance mutuelle et la confiance mutuelle délimitent en substance la mesure dans laquelle un État membre de l'UE peut procéder à un examen individualisé sans courir le risque d'être trouvé en violation de ses obligations découlant du droit de l'UE. Le dialogue judiciaire est l'un des outils les plus puissants à cet égard pour garantir une coopération harmonieuse entre la Cour EDH et la CJUE et renforcer la cohérence de la jurisprudence. La participation des institutions de l'UE, à savoir de la Commission de l'UE en qualité de tierce partie, pourrait également servir d'outil pour aider la Cour EDH dans les affaires qui concernent l'interprétation et l'application des dispositions du droit de l'UE.

47. En outre, il peut être considéré comme problématique que la « présomption *Bosphorus* » décrite ci-dessus oblige la Cour EDH à interpréter le droit de l'UE afin d'établir si les États membres disposaient d'une marge de manœuvre dans l'application de ce droit. La réduction de l'intensité du contrôle de la Cour EDH en cas d'application

de ladite présomption pourrait également conduire à une **protection non-uniforme** des droits des personnes dans différents États membres du Conseil de l'Europe, même s'il ne faut pas perdre de vue que, lorsque la présomption s'applique, les droits des requérants sont également protégés par le droit de l'UE.

48. Quant au retard dans le processus d'adhésion de l'UE à la CEDH, il comporte le risque que deux jurisprudences distinctes se développent dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et de la CEDH, créant ainsi un nouveau clivage en Europe. Tant que l'UE n'est pas une partie contractante à la CEDH et qu'elle n'est donc pas soumise à un contrôle externe, on pourrait en outre faire valoir qu'il existe un **déficit en matière de protection**. Il est donc souhaitable que les négociations d'adhésion reprennent bientôt et que des modifications éventuelles du projet d'accord d'adhésion puissent être prises en compte de manière acceptable.

49. En ce qui concerne l'interaction entre la CEDH et l'**Union économique eurasiennne** (UEE), il est à noter que celle-ci a été créée par le Traité sur l'Union économique eurasiennne, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015, en remplacement de la Communauté économique eurasiennne (2000 – fin 2014). Il s'agit d'une organisation internationale pour l'intégration économique régionale composée de cinq États membres, dont deux – la Fédération de Russie et la République d'Arménie – sont également membres du Conseil de l'Europe.

50. La Cour de l'UEE est compétente pour régler les différends relatifs à la mise en œuvre du traité sur l'UEE, des traités internationaux conclus au sein de l'UEE et / ou des décisions des institutions de l'UEE. Elle a notamment établi le principe de la **primauté du droit de l'UEE** sur le droit national (voir *Russie c. Biélorussie (Kaliningrad Transit)*). Compte tenu de l'absence de dispositions expresses sur la protection des droits fondamentaux dans le traité sur l'UEE, la Cour de l'UEE s'est rarement occupée des questions relatives aux droits de l'homme. Toutefois, la Cour de l'UEE s'est référée au préambule de ce traité, affirmant que les États membres sont « guidés par ... la nécessité inconditionnelle de respecter la primauté des droits et libertés constitutionnels d'un homme et ressortissant », pour conclure que le niveau de protection des droits et libertés offerts par l'UEE ne peut être inférieur au niveau de protection garanti par les États membres (voir l'*avis CE-2-2/7-18-BK*). Elle a en outre évoqué de manière sporadique la pratique de la Cour EDH (voir l'*avis C-2-3/1-16-BK*).

51. À l'heure actuelle, l'interaction entre le système de la CEDH et l'UEE est limitée et ne semble pas poser de problèmes immédiats en termes de fragmentation du droit des droits de l'homme. Toutefois, si la Cour de l'UEE continue de se référer à la jurisprudence de la Cour EDH, il est nécessaire de veiller à ce que les références soient faites à la jurisprudence actuelle. L'interaction entre la CEDH et l'UEE pourrait notamment bénéficier d'un **dialogue judiciaire** constructif qui aiderait les juges à échanger des informations sur les développements pertinents dans les deux systèmes, ainsi que de garantir que les deux systèmes maintiennent des références croisées appropriées.

Conclusion

52. Comme la Cour EDH l'a elle-même constaté à maintes reprises, la CEDH ne peut être interprétée dans le vide et doit être interprétée autant que possible en harmonie avec les autres règles de droit international dont elle fait partie, y compris celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme. La sécurité juridique, en particulier en ce qui concerne les règles applicables en matière d'interprétation de la CEDH ainsi que les règles applicables en relation avec d'autres

règles de droit international relatives à la responsabilité des États ou au droit international humanitaire, revêt une grande importance pour les États parties.

53. Afin d'éviter tout risque de fragmentation de l'ordre juridique international, la Cour, à l'instar de tous les autres systèmes constituant l'architecture européenne de la protection des droits de l'homme, devrait procéder, dans la mesure du possible, à une harmonisation de leurs pratiques, notamment par le biais d'un dialogue judiciaire renforcé. Afin d'éviter le risque particulier que deux jurisprudences distinctes se développent dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et de la CEDH, il est souhaitable que les négociations sur l'adhésion de l'UE à la CEDH soient bientôt reprises et achevées.

INTRODUCTION

1. Contexte du travail

54. Les réflexions sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention) dans l'ordre juridique européen et international ont été menées dans le contexte du processus de réforme dit d'Interlaken vers une efficacité à long terme du système de la Convention.⁵ La Déclaration d'Interlaken, adoptée lors d'une première conférence intergouvernementale sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme à Interlaken en 2010, cherchait à établir une feuille de route pour le processus de réforme et invitait notamment le Comité des Ministres à décider, avant la fin de 2019, si les mesures adoptées au cours du processus de réforme se sont révélées suffisantes pour assurer un fonctionnement durable du mécanisme de contrôle de la Convention ou si des changements plus fondamentaux s'avèrent nécessaires.⁶

55. Depuis la conférence d'Interlaken, les mesures jugées nécessaires pour garantir l'efficacité à long terme du système de la Convention ont été précisées dans les déclarations adoptées lors de quatre autres conférences de haut niveau (à Izmir (2011),⁷ Brighton (2012),⁸ Bruxelles (2015)⁹ et Copenhague (2018)¹⁰). Le Comité des Ministres a chargé le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) de fournir, tout au long du processus de réforme, des analyses et des propositions sur différents sujets liés à l'efficacité du système de la Convention. Il avait notamment demandé au CDDH de présenter ses avis et propositions en réponse à un certain nombre de questions soulevées dans la Déclaration de Brighton sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme (20 avril 2012).¹¹ Le CDDH avait alors élaboré¹² et adopté le 11 décembre 2015 son rapport sur « L'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme ».¹³

56. Dans ce rapport, le CDDH a identifié la place du mécanisme de la Convention dans l'ordre juridique européen et international comme l'un des quatre domaines prioritaires qui sont déterminants pour l'efficacité et la viabilité à long terme du système de la Convention (parallèlement à la mise en œuvre nationale de la Convention,

⁵ Voir la [Déclaration d'Interlaken](#) du 19 février 2010 de la Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, PP10.

⁶ Voir la [Déclaration d'Interlaken](#), mise en œuvre du Plan d'action, point 6.

⁷ Voir la [Déclaration d'Izmir](#) des 26/27 avril 2011 de la Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁸ Voir la [Déclaration de Brighton](#) des 19/20 avril 2012 de la Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁹ Voir la [Déclaration de Bruxelles](#) du 27 mars 2015 de la Conférence de haut niveau sur « La mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée ».

¹⁰ Voir la [Déclaration de Copenhague](#) des 12/13 avril 2018 de la Conférence de haut niveau sur la « Poursuite de la réforme du système de la Convention européenne des droits de l'homme - Un meilleur équilibre et une protection améliorée ».

¹¹ Voir la décision du Comité des Ministres de sa 122^e session, chargeant le CDDH de soumettre un rapport en réponse aux paragraphes 35c à 35f de la [Déclaration de Brighton](#).

¹² Le Comité d'experts sur la réforme de la Cour (DH-GDR) et son groupe de rédaction «F» (GT-GDR-F) ont dirigé les travaux sur ce rapport au cours du biennium 2014-2015.

¹³ Voir le [site Web du CDDH](#) pour plus d'informations sur le rapport sur « [L'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme](#) ».

l'autorité de la Cour et l'exécution des arrêts de la Cour et sa surveillance).¹⁴ Dans la conclusion § 203 iii) de son rapport, il est convenu « qu'une analyse plus approfondie doit être menée sur toutes les questions portant sur la place du mécanisme de la Convention dans l'ordre juridique européen et international » dans le cadre du suivi du rapport.

2. Mandat

57. Dans son mandat pour le biennium 2016–2017, le Comité d'experts sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme (DH-SYSC) était chargé des tâches suivantes: « ii) [c]oncernant l'avenir à plus long terme du système de la Convention et de la Cour : atteindre des résultats attendus sur la base des décisions pouvant être prises par le Comité des Ministres à la suite de la présentation du rapport du CDDH contenant des avis et de possibles propositions sur cette question ». ¹⁵

58. Les Délégués des Ministres, lors de leur 1252^e réunion (30 mars 2016), ont salué le Rapport sur « L'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme » et ont « charg[é] le CDDH de mener une analyse approfondie de toutes les questions portant sur la place de la Convention dans l'ordre juridique européen et international ainsi que sur les perspectives à moyen et plus long terme, à la lumière des paragraphes du rapport y afférents (conclusion § 203 iii). » ¹⁶

59. Dans son mandat confié par le Comité des Ministres au CDDH concernant les travaux du DH-SYSC pour le biennium 2018–2019, le DH-SYSC était ensuite chargé de la tâche spécifique suivante :

« (i) Concernant la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international, ainsi que les défis y afférents, préparer un projet de rapport à l'attention du Comité des Ministres contenant des conclusions et de possibles propositions d'action (échéance : 31 décembre 2019). » ¹⁷

60. Le CDDH a confié les travaux préparatoires concernant ce rapport au Groupe de rédaction sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international (DH-SYSC-II).¹⁸ Il a élu Mme Florence MERLOZ (France) présidente du groupe. Des représentants de 31 États membres du Conseil de l'Europe au total ont participé à une ou plusieurs des sept réunions du Groupe de rédaction.¹⁹

¹⁴ Voir le Rapport sur « [L'avenir à long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme](#) », § 13.

¹⁵ Voir DH-SYSC(2016)003.

¹⁶ Voir les décisions des Délégués des Ministres du 30 mars 2016, Annexe 5, § 14; et aussi [DH-SYSC\(2016\)009](#).

¹⁷ Mandat du CDDH 2018-2019 adopté par le Comité des Ministres lors de sa 1300^e réunion, 21-23 novembre 2017.

¹⁸ Le DH-SYSC-II s'appelait initialement Groupe de rédaction II sur les suites à donner au rapport du CDDH sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention. Le DH-SYSC-II comptait huit membres (Bulgarie, Croatie, République tchèque, France, Italie, Lettonie, Pays-Bas et Norvège) ; de plus, de nombreux autres États membres ayant également participé aux réunions du DH-SYSC-II depuis le début, conformément à une proposition du CDDH, la participation de dix autres États membres était couverte par le budget du Conseil de l'Europe selon un système de rotation pour les 3^e à 6^e réunions et les frais de participation d'un représentant de chacun des États membres ayant participé à une ou plusieurs des réunions du groupe étaient à la charge du budget du Conseil de l'Europe pour la 7^e réunion (voir [CDDH\(2017\)R88](#), § 9; [DH-SYSC-II\(2018\)R3](#), § 19 et [DH-SYSC-II\(2019\)R6](#), §§ 11-12).

¹⁹ La 1^e réunion s'est tenue du 30 au 31 mars 2017, la 2^e du 20 au 22 septembre 2017, la 3^e du 3 au 5 avril 2018, la 4^e du 25 au 28 septembre 2018, la 5^e du 5 au 8 février 2019, la 6^e réunion du 22 au 24 mai 2019 et la 7^e réunion du 18 au 20 septembre 2019.

3. Méthodologie et objectif du rapport

61. Le point de départ des travaux intergouvernementaux qui ont abouti au présent rapport a été un Séminaire de réflexion sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international, qui s'est tenu à Strasbourg les 29 et 30 mars 2017. Il était organisé conjointement par la Direction générale Droits de l'homme et État de droit et le réseau universitaire *PluriCourts* (Centre pour l'étude des rôles légitimes du pouvoir judiciaire dans l'ordre mondial, Université d'Oslo) et réunissait des juges de la Cour internationale de justice et la Cour européenne des droits de l'homme, des agents du gouvernement devant cette dernière, ainsi que de grands juristes et praticiens internationaux. Les résultats des discussions durant ce séminaire ont ensuite été pris en compte dans les travaux du DH-SYSC-II.²⁰

62. Le DH-SYSC-II a identifié trois thèmes prioritaires qui ressortent du rapport du CDDH sur « L'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme » et qui doivent être examinés dans le cadre de ses travaux. Ceux-ci comprennent :

- le défi de l'interaction entre la Convention et d'autres branches du droit international, y compris le droit international coutumier (thème 1) ;
- l'interaction entre la Convention et d'autres instruments internationaux de droits de l'homme auxquels les Etats membres du Conseil de l'Europe sont parties (thème 2) ; et
- l'interaction entre la Convention et l'ordre juridique de l'Union Européenne et d'autres organisations régionales (thème 3).²¹

63. Conformément à la décision du Groupe,²² des projets portant sur ces thèmes ont été élaborés par les rapporteurs, avec l'aide des contributeurs. Professeur Alexei ISPOLINOV (Fédération de Russie) et M. Chanaka WICKREMASINGHE (Royaume-Uni), co-rapporteurs, ont élaboré un projet du thème 1. Les rapporteurs et le groupe ont été assistés dans leurs travaux par une communication écrite de M. Marten ZWANENBURG (Pays-Bas), contributeur, sur le thème 1, sous-thème ii) sur la responsabilité des États et extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, M. Anatoly KOVLER (Fédération de Russie) a été nommé contributeur pour le thème 1, sous-thème iv) sur l'interaction entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme et a soumis un texte à ce sujet. Un projet du thème 2 a été soumis par Mme Sofia KASTRANTA (Grèce), rapporteur. Le projet du thème 3 a été élaboré par Mme Kristine LĪCIS (Lettonie), rapporteure.²³ Le Groupe a en outre décidé de travailler de manière consécutive sur ces trois thèmes.²⁴

64. En outre, afin de l'assister dans ses réflexions sur les différents thèmes, le Groupe avait invité des experts *ad hoc* à ses réunions pour faire de brèves présentations sur les différents thèmes et pour un échange de vues avec le Groupe.²⁵ Au cours de ses travaux, le Groupe a eu un échange de vues avec le Professeur Rick LAWSON (Université de Leyde) sur le thème spécifique de la responsabilité des États

²⁰ Voir [DH-SYSC-II\(2017\)R1](#), § 3.

²¹ Voir [DH-SYSC-II\(2017\)R1](#), § 5 ; [DH-SYSC-II\(2017\)R2](#), § 4 ; et [DH-SYSC-II\(2017\)002](#), § 2.

²² Le DH-SYSC (voir [DH-SYSC\(2017\)R3](#), §§ 16-17) et le CDDH (voir [CDDH\(2017\)R87](#), §§ 14-15) ont approuvé les méthodes de travail du DH-SYSC-II.

²³ Voir [DH-SYSC-II\(2017\)R2](#), § 5.

²⁴ Voir [DH-SYSC-II\(2017\)R1](#), § 12 ; et [DH-SYSC-II\(2017\)R2](#), § 4.

²⁵ Voir [DH-SYSC-II\(2017\)R1](#), § 10 ; [DH-SYSC-II\(2017\)R2](#), § 10 ; et [DH-SYSC-II\(2018\)R4](#), § 23.

et l'extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme (thème 1, sous-thème ii)) et avec le Professeur Sébastien TOUZÉ (Université Paris II Panthéon-Assas) sur le thème de l'interaction entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme (thème 1, sous-thème iv)).²⁶ Elle a également entendu la Professeur Photini PAZARTZIS (Université d'Athènes) sur le sujet du thème 2²⁷ et le Professeur Olivier DE SCHUTTER (Université de Louvain, Belgique) sur le thème 3.²⁸

65. Par ailleurs, le DH-SYSC-II a estimé qu'il était important d'informer et, dans la mesure du possible, de consulter d'autres entités du Conseil de l'Europe concernées par ses travaux.²⁹ Le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) a nommé un représentant, M. Petr VALEK (République tchèque, alors vice-président du CAHDI), qui a participé à plusieurs réunions du DH-SYSC-II. De même, le Président du DH-SYSC-II a présenté les travaux commencés par le Groupe au CAHDI lors d'une réunion de ce dernier le 22 mars 2018.³⁰ Des représentants notamment du Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, du secrétariat du CAHDI et de la Direction du conseil juridique et du droit international public (DLAPIL) ont également participé aux réunions du Groupe.

66. Le DH-SYSC-II a estimé que l'objectif de ses travaux dans son ensemble était de préserver l'efficacité du système de la Convention contre les risques de fragmentation de l'espace juridique européen et international dans le domaine de la protection des droits de l'homme, découlant d'interprétations divergentes.³¹ Par conséquent, dans le rapport, des observations ou un bilan sont faits pour chacun des trois thèmes prioritaires abordés, suivis d'une analyse des défis qui se posent pour l'efficacité du système de la Convention et des réponses possibles.³² Le projet de rapport a été examiné, modifié et adopté par le DH-SYSC-II lors de sa 7^e et dernière réunion (18–20 septembre 2019).

4. Aperçu du rapport

67. Le présent rapport, précédé d'un résumé et d'une introduction, abordera successivement les trois thèmes prioritaires identifiés ci-dessus. En ce qui concerne le thème 1 sur « Le défi de l'interaction entre la Convention et les autres branches du droit international, y compris le droit international coutumier », le rapport aborde quatre sous-thèmes distincts : 1) Méthodologie d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme et son approche du droit international (sous-thème i)) ; 2) Responsabilité des États et extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme (sous-thème ii)) ; 3) Interaction entre les résolutions du Conseil de sécurité et la Convention européenne des droits de l'homme (sous-thème iii)) ; et 4) Interaction entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme (sous-thème iv)). Le rapport aborde ensuite « 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 » (thème 2) et « Le défi de l'interaction

²⁶ Voir [DH-SYSC-II\(2018\)R3](#), §§ 8 et 17.

²⁷ Voir [DH-SYSC-II\(2018\)R4](#), § 18.

²⁸ Voir [DH-SYSC-II\(2018\)R5](#), § 15.

²⁹ Voir [DH-SYSC-II\(2017\)R1](#), § 10 ; et [DH-SYSC-II\(2017\)R2](#), § 10.

³⁰ Voir [DH-SYSC-II\(2018\)R3](#), §§ 4-5.

³¹ Voir [DH-SYSC-II\(2017\)R1](#), §§ 9 et 13 ; [DH-SYSC-II\(2017\)R2](#), § 15(iii) ; et [DH-SYSC-II\(2017\)002](#), § 4. Voir en ce sens déjà le Rapport du CDDH sur « L'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme », §§ 181 et 189.

³² Voir [DH-SYSC-II\(2017\)002](#), §§ 4 et 13.

entre la Convention et l'ordre juridique de l'Union européenne et d'autres organisations régionales » (thème 3), suivies d'une Conclusion.

I. LE DÉFI DE L'INTERACTION ENTRE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES AUTRES BRANCHES DU DROIT INTERNATIONAL, Y COMPRIS LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

1. Méthodologie d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme et son approche du droit international

a. INTRODUCTION

68. L'objet du présent chapitre est d'analyser la manière dont la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour EDH / la Cour) a interprété la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et de la comparer aux règles de droit international relatives à l'interprétation des traités, figurant notamment dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

69. Par souci de clarté, il peut être utile de garder à l'esprit les définitions suivantes:

70. **L'interprétation juridique** est un acte d'attribution puis de communication du sens d'un mot, d'un groupe de mots ou de phrases dans un texte juridique.

71. **L'interprétation des traités** est une activité consistant à donner un sens à un traité ou à des dispositions d'un traité.

72. **L'interprétation authentique** est une interprétation effectuée par le législateur ou les auteurs du traité (parties au traité).

73. **L'interprétation faisant autorité d'un traité** est un processus d'attribution du sens des dispositions d'un traité par une entité habilitée à cet effet par les parties au traité. Selon les termes notoires de la Cour permanente de justice internationale³³, «suivant une doctrine constante, le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui-là seul qui a le pouvoir de la modifier ou de la supprimer» (*Affaire de Jaworzina*, Avis Consultatif du 6 décembre 1923, CPJI, Série B, no. 8, p. 37).

74. **L'interprétation judiciaire** est une activité à travers laquelle les juridictions internationales octroient un sens, dans le contexte d'une affaire spécifique, à un traité.

³³ La Cour permanente de justice internationale a été remplacée ultérieurement par la Cour internationale de Justice.

b. LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS

i. La Convention de Vienne sur le droit des traités

75. Les règles d'interprétation ont été codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) de 1969. La CVDT contient trois articles relatifs à l'interprétation des traités internationaux.

« Article 31 Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:
 - (a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
 - (b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:
 - (a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
 - (b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
 - (c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32 Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

- (a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- (b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Article 33 Interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues

1. Lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera.
2. Une version du traité dans une langue autre que l'une de celles dans lesquelles le texte a été authentifié ne sera considérée comme texte authentique que si le traité le prévoit ou si les parties en sont convenues.
3. Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques.
4. Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes. »

76. En d'autres termes, la CVDT semble reposer sur ce qui suit. Premièrement, l'interprète doit s'efforcer d'interpréter les dispositions des traités de « bonne foi », conformément au « sens ordinaire » à attribuer aux « termes » ou texte du traité, dans leur « contexte » et à la lumière de « son objet et de son but ». Deuxièmement, les « travaux préparatoires et ... [les] circonstances dans lesquelles le traité a été conclu » ne sont que des sources d'interprétation secondaires pour confirmer le sens déduit par l'interprète ou dans le cas où le sens du traité reste flou ou conduit à un résultat absurde. L'article 33 dispose qu'en principe, toutes les versions linguistiques authentiques d'un traité font également foi.

ii. Le statut juridique des articles 31 à 33 de la CVDT

77. Tout d'abord, il devrait être souligné que stricto sensu la CVDT s'applique uniquement aux traités conclus entre États (bilatéraux; ou multilatéraux, voir article 1 de la CVDT).

78. Deuxièmement, comme le stipule l'article 4 de la CVDT : «[s]ans préjudice de l'application de toutes règles énoncées dans la présente Convention auxquelles les traités seraient soumis en vertu du droit international indépendamment de ladite Convention, celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des États après son entrée en vigueur à l'égard de ces États. »

79. Selon l'approche de la Cour internationale de justice (CIJ), les règles d'interprétation de la Convention de Vienne peuvent être applicables à un litige même si l'une ou aucune des parties au conflit n'est partie à la CVDT (CIJ *Affaire de L'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, Décision du 13 décembre 1999, para.18) « en tant qu'expression du droit international coutumier ». Dans une optique similaire, la Cour EDH applique les règles d'interprétation de la CVDT à la CEDH en dépit du fait que cette dernière a été signée et est entrée en vigueur avant la CVDT.

80. D'autres cours et tribunaux internationaux ont également reconnu le caractère coutumier de ces règles - le Tribunal international du droit de la mer, l'Organe d'appel de l'organisation mondiale du commerce (OMC), la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne, et des tribunaux établis par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Les règles de la Convention de Vienne s'appliquent, en principe, à toutes les cours et tribunaux internationaux, indépendamment de leur structure institutionnelle, de leur compétence ou de leur situation géographique. Il convient de noter que la CVDT ne fait pas de distinction entre les traités relatifs aux droits de l'homme et les autres traités internationaux, étant de ce fait applicable de la même manière à tous les traités internationaux.

81. En même temps, la CVDT ne fournit aucune orientation quant à la manière dont ces règles d'interprétation (recours au texte, contexte, objet et but du traité) doivent être appliquées afin d'obtenir un résultat approprié – séparément ou cumulativement, dans quel ordre – tel qu'indiqué dans la CVDT ou à la discrétion de l'interprète. La CVDT demeure silencieuse sur toute structure hiérarchique entre les éléments de la Règle générale et leur caractère exhaustif. Cela peut laisser une certaine marge de discussion sur le poids à accorder aux différents éléments des règles de la CVDT et un certain degré de latitude pour les cours et tribunaux d'établir des priorités entre eux.

c. LE POINT DE VUE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

i. La prise en compte de la CVDT (arrêt *Golder*)

82. Conformément aux dispositions de l'article 32 de la Convention EDH, la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles. En dépit du fait que la CEDH octroie à la Cour le pouvoir d'interpréter les dispositions de la CEDH, elle ne donne en soi aucune orientation quant à la manière dont la Cour devrait procéder. Du point de vue du droit international public et en prenant en considération le fait que la CEDH est un traité international multilatéral, il peut être supposé que son interprétation soit faite conformément aux règles d'interprétation de la CVDT en tant qu'expression du droit international coutumier.

83. Il convient de garder à l'esprit qu'une caractéristique importante des droits de la CEDH repose sur le fait que la plupart des dispositions de la CEDH ont été délibérément rédigées de manière très abstraite et que leur application dans une affaire concrète devant la Cour exigera nécessairement un processus d'interprétation.

84. La Cour EDH s'appuie explicitement sur les règles d'interprétation de la CVDT afin d'interpréter les droits substantiels de la CEDH et ses dispositions relatives aux pouvoirs et à la compétence de la Cour. En ce qui concerne la fréquence de références aux règles de la CVDT par la Cour, il devrait être mentionné que :

- 1) Selon les calculs établis par un commentateur, en 2010 la CVDT avait été citée pas plus de 60 fois sur plus de 10 000 arrêts rendus par la Cour³⁴.
- 2) Comme il a été souligné dans la littérature universitaire, au cours des premières années la Cour semble avoir été plus encline à se référer à la CVDT que plus récemment³⁵.

85. Dans son arrêt *Golder* de 1975, la Cour a indiqué que:

« 29. Cette convention [la CVDT] n'est pas encore en vigueur et elle précise, en son article 4, qu'elle ne rétroagira pas, mais ses articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru. A ce titre, ils entrent en ligne de compte pour l'interprétation de la Convention européenne sous réserve, le cas échéant, de « toute règle pertinente de l'organisation » au sein de laquelle elle a été adoptée, le Conseil de l'Europe (article 5 de la Convention de Vienne) ».

ii. Règles d'interprétation de la CVDT dans la jurisprudence de la Cour

- L'objet et le but de la Convention (article 31 § 1 de la CVDT)

86. En définissant les objectifs de son approche interprétative, la Cour s'est constamment appuyée sur le but et le caractère spécifiques de la Convention en tant que traité relatif aux droits de l'homme et sur son préambule, qui définit de tels objectifs.

³⁴ G. Letsas, Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer / European Journal of international law, 2010 vol. 21 No. 3, 509–541.

³⁵ Voir, par exemple, Magdalena Forowicz, The Reception of International Law in the European Court of Human Rights, 2010, p. 25.

87. Dans l'arrêt *Golder*, la Cour a soutenu qu'« [a]insi que le précise l'article 31 par. 2 de la Convention de Vienne, le préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte. En outre, il offre d'ordinaire une grande utilité pour la détermination de l'« objet » et du « but » de l'instrument à interpréter ».

88. Considérant que la CEDH était un traité distinct des autres traités internationaux, la Cour a observé dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* (1978) :

« A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une 'garantie collective'. »

89. Dans l'affaire *Soering*, la Cour s'est tournée vers le caractère spécifique de la Convention :

« 87. La Convention doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives. »

90. Dans un autre arrêt la Cour s'est appuyée sur « l'esprit général » de la Convention en affirmant que toute interprétation des droits et libertés garantis dans la Convention doivent être en accord avec « l'esprit général de celle-ci, destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique » (arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* du 7 décembre 1976).

- « Accord ultérieur » et « pratique ultérieurement suivie » (article 31 § 3 (a) et (b) de la CVDT)

91. La pratique ultérieure des États parties à la CEDH joue un rôle très important dans l'approche interprétative qu'entreprend la Cour à l'égard de la CEDH. La Cour s'appuie et se réfère à la pratique ultérieurement suivie de deux façons :

- 1) en tant que confirmation de l'existence d'un accord tacite entre les États parties à la CEDH au sujet de l'interprétation de certaines dispositions de la CEDH, et ;
- 2) comme un élément confirmant l'existence d'un « consensus européen » qui a, selon la Cour, émergé au cours de la mise en œuvre des droits de la CEDH.

92. La Cour a affirmé dans *Loizidou c. Turquie* que son interprétation était « confirmée par la pratique ultérieure des États membres », à savoir « la preuve d'une pratique dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes que les articles 25 et 46 (...) de la Convention ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu ».

93. La série d'affaires à partir de *Soering* est également un exemple remarquable de la jurisprudence de la Cour démontrant comment la Cour invoque la pratique ultérieure. Dans ces affaires, la Cour s'est référée à la pratique ultérieure en matière de politique pénale nationale, sous la forme d'une abolition généralisée de la peine capitale, déclarant que cette dernière pouvait être considérée comme établissant l'accord des États contractants d'abroger l'exception prévue à l'article 2 § 1 (*Soering*, para. 103).

94. Dans son arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (2010) la Cour a conclu que le nombre d'États interdisant la peine capitale, combiné « à la pratique constante des États qui observent le moratoire sur la peine capitale, tendent fortement à démontrer que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances » (para. 120).

95. Dans son arrêt *Cruz Varas et autres c. Suède* (1991), la Cour a adopté une approche plus prudente en notant que :

« On pourrait considérer pareille pratique comme attestant de l'accord des États Contractants sur la manière d'interpréter une disposition de la Convention (voir [...] l'article 31 § 3 b) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités), mais non comme créant des droits et obligations non insérés dans la Convention au départ ».

96. [ancien 29.] Il est important de noter que la Cour fait souvent référence à la pratique ultérieure de non pas l'ensemble mais seulement de quelques États parties à la CEDH, et prend même parfois en compte la pratique contraire d'un nombre relativement restreint d'États. [ajouter des références si ce paragraphe doit être conservé]³⁶

[Ce paragraphe n'a pas encore été adopté provisoirement]

97. Dans son arrêt récent *Hassan c. Royaume-Uni*, la Cour a de nouveau confirmé cette approche³⁷ en affirmant que :

« 101. Il n'y a eu entre les Hautes Parties contractantes aucun accord ultérieur sur l'interprétation à donner à l'article 5 en cas de conflit armé international. Cela étant, s'agissant du critère prévu à l'article 31 § 3 b) de la Convention de Vienne (paragraphe 34 ci-dessus), la Cour a précédemment indiqué qu'une pratique constante des Hautes Parties contractantes, postérieure à la ratification de la Convention, pouvait être interprétée comme établissant leur accord non seulement en ce qui concerne l'interprétation, mais même pour modifier le texte de la Convention. »

98. L'approche de la Cour peut être comparée aux opinions de la Commission du droit international (CDI) et d'autres cours et tribunaux internationaux.

99. Comme la CDI l'explique dans ses commentaires sur la version originelle de la CVDT, la pratique ultérieure requiert que l'ensemble des parties au traité, et non seulement certaines d'entre elles, accepte cette interprétation de manière à prouver leur accord.³⁸

100. Dans ses Avis Consultatifs relatifs à la *Namibie* et au *Mur*, la CIJ a pris en considération la pratique ultérieure en tant que consentement tacite des membres des Nations Unies (UN) par acquiescement, présupposant l'absence d'objections directes et répétées.

101. L'Organe d'appel de l'OMC a reconnu dans le rapport *CE-Morceaux de poulet* que « il n'est pas nécessaire que chacune des parties ait suivi une pratique particulière pour que celle-ci puisse être considérée comme une pratique "commune" et

³⁶ Le DH-SYSC-II a décidé que ce paragraphe devait être repris ultérieurement à la lumière du commentaire suivant de la Grèce: Ce paragraphe ne semble pas suffisamment étayé dans le texte.

³⁷ DH-SYSC-II: Cette formulation doit être vérifiée en fonction de la formulation du paragraphe 29.

³⁸ Voir les projets d'articles sur le droit des traités avec les commentaires adoptés par la Commission du droit international à sa 18^e session, en 1966, et soumis à l'Assemblée générale, publiés dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II, pages 221-222.

"concordante"», exigeant une participation active dans la pratique ultérieure de la majorité des membres de l'OMC accompagnée du consentement tacite de la partie restante des membres de l'OMC.

102. [précédent 35] En parallèle, l'Organe d'appel de l'OMC ne semble pas prêt à accepter, aux fins d'interprétation, comme une pratique suffisante la conduite même d'une majorité importante des parties à l'OMC lorsqu'il existe une pratique contraire chez un petit nombre d'États membres de l'OMC (CE-Matériel informatique, WT/DS62/AB/R, pp. 92-93).³⁹]

[Ce paragraphe n'a pas encore été adopté provisoirement]

103. Les règles de la CVDT sont désormais principalement invoquées par la Cour (CEDH) dans des affaires dans lesquelles cette dernière se réfère à d'autres traités ou instruments de droit international, ou aux principes généraux du droit international, en citant l'article 31(3) de la CVDT et en cherchant à trouver un appui pour son intention de s'écarter de sa jurisprudence antérieure. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Scoppola c. Italie* (n° 2) (2009), la Cour était prête à s'éloigner de sa pratique de 40 ans relative au *lex mitior* (application rétroactive d'une loi prévoyant une peine plus clémentaire, adoptée après la perpétration de l'infraction pénale concernée) et elle a noté que « pendant ce temps, il y a eu des développements importants au niveau international », se référant par la suite aux dispositions correspondantes de la Convention américaine des droits de l'homme, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), du statut de Rome de la Cour pénale internationale et de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY).

- Règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties (article 31 § 3 (c) CVDT)

104. En ce qui concerne l'utilisation pratique que fait la Cour de toute règle pertinente du droit international aux fins d'interprétation, il convient de noter qu'à plusieurs reprises, la Cour a expressément mentionné que la CEDH « doit être interprétée à la lumière des règles exposées dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, dont l'article 31 § 3 (c) indique que doit être prise en compte « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

105. Selon la Cour, la CEDH doit autant que possible être interprétée de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante (arrêt *Al Adsani* (2001), para. 55). Dans cette affaire la Cour s'est référée à « d'autres domaines du droit international public », comme élément attestant de l'importance primordiale que revêt l'interdiction de la torture. Ainsi, la Cour a renvoyé à l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi qu'à la jurisprudence d'autres cours et tribunaux.

106. À une autre occasion, la Cour a jugé que l'article 2 de la CEDH devrait « être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international,

³⁹ Le DH-SYSC-II a décidé que ce paragraphe devait être repris ultérieurement à la lumière du commentaire suivant de la Grèce: les paras. 92-93 du rapport de l'Organe d'appel de l'OMC relatif à la classification douanière de certains équipements informatiques par la CE (W / DS62 / AB / R) semblent concerner une pratique antérieure, ou plutôt les parties à un différend particulier (CE-USA) lors des négociations tarifaires du Cycle d'Uruguay (« Le but de l'interprétation d'un traité est d'établir l'intention commune des parties au traité. Pour établir cette intention, la pratique antérieure d'une seule des parties peut être pertinente, mais elle a manifestement une valeur plus limitée que la pratique de toutes parties »).

notamment des règles du droit international humanitaire qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés » (*Varnava et autres c. Turquie*, 2009).

107. De même, dans son arrêt *Hassan c. Royaume-Uni* (2014) la Cour a constaté que:

« 102. Quant au critère énoncé à l'article 31 § 3 (c) de la Convention de Vienne (paragraphe 34 ci-dessus), la Cour a clairement indiqué à de nombreuses reprises que la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie (paragraphe 77 ci-dessus). Cela vaut tout autant pour le droit international humanitaire. Les quatre Conventions de Genève de 1949, créées pour atténuer les horreurs de la guerre, furent rédigées parallèlement à la Convention européenne des droits de l'homme et jouissent d'une ratification universelle ».

108. Dans son arrêt dans l'affaire *Sabeh El Leil c. France* (2011) la Cour a affirmé que :

« Aussi la Cour ne doit-elle pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention, mais elle doit également tenir compte des principes pertinents du droit international ».

109. Dans cette affaire, la Cour a pris en considération les règles du droit international public généralement reconnues en matière d'immunité des États ainsi que la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (2004).

- Références à la jurisprudence de la CIJ

110. Dans son arrêt *Hassan*, la Cour EDH a déclaré qu'elle devait s'efforcer d'interpréter et d'appliquer la CEDH d'une manière compatible avec le cadre du droit international établi par la Cour internationale de Justice. Dans cette affaire, la Cour s'est référée à l'arrêt de la CIJ dans *l'Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)* ainsi qu'à l'Avis Consultatif de la CIJ sur *les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.

111. Toutefois, dans l'arrêt *Loizidou* (exceptions préliminaires), la Cour a noté que:

« 84. [...] le contexte dans lequel fonctionne la Cour internationale de Justice se distingue nettement de celui des organes de la Convention. La Cour internationale est appelée notamment à examiner au regard des principes de droit international tout différend juridique entre États pouvant survenir dans n'importe quelle partie du globe. L'objet du litige peut concerner tout domaine du droit international. En second lieu, à la différence des organes de la Convention, la Cour internationale ne se borne pas exclusivement à exercer des fonctions de contrôle par rapport à un traité normatif comme la Convention.

85. Une différence aussi fondamentale de rôle et de finalité entre les institutions dont il s'agit ainsi que l'existence d'une pratique de l'acceptation inconditionnelle en vertu des articles 25 et 46 (art. 25, art. 46), constituent des éléments commandant de distinguer la pratique de la Convention de celle de la Cour internationale ».

112. Dans l'affaire *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (2005) la Cour, affirmant que « doit être prise en considération » toute règle pertinente de droit international

applicable dans les relations entre les parties » », s'est référée à la pratique des autres instances sur l'application des mesures provisoires, dont la CIJ (citant abondamment son arrêt *LaGrand*), le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, le Comité des Nations Unies contre la Torture et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

- Travaux préparatoires (article 32 de la CVDT)

113. La Cour a, à de nombreuses occasions, invoqué les travaux préparatoires de la CEDH mais elle n'a cependant jamais admis qu'elle le faisait au motif que le sens du traité demeurerait ambigu ou conduisait à un résultat absurde comme l'évoque l'article 32 de la CVDT.

114. Dans son arrêt *Johnston et autres c. Irlande* (1986), la Cour a invoqué les intentions des rédacteurs de la CEDH (en se référant au Recueil des Travaux préparatoires) lorsqu'elle a recouru à une lecture restreinte de l'article 12 de la CEDH :

« 52. [...] Les travaux préparatoires ne révèlent aucune intention d'englober dans l'article 12 (art. 12) une garantie quelconque du droit à la dissolution du mariage par le divorce ».

115. La décision de la Cour dans l'affaire *Banković et autres c. Belgique et autres* représente l'un des exemples les plus récents et frappants d'une approche « internationaliste » dans la jurisprudence de la Cour EDH. En interprétant l'article 1 de la CEDH la Cour a constaté que :

« En tout état de cause, les passages des travaux préparatoires cités ci-dessus fournissent une indication claire et ne pouvant être ignorée du sens que les auteurs de la Convention ont entendu donner audit article 1. La Cour souligne qu'elle n'interprète pas la disposition en cause « uniquement » en conformité avec les travaux préparatoires et qu'elle ne juge pas ceux-ci « déterminants » ; elle voit plutôt dans les travaux préparatoires une confirmation non équivoque du sens ordinaire de l'article 1 de la Convention tel qu'elle l'a déjà identifié (article 32 de la Convention de Vienne de 1969) ».

116. Dans son arrêt rendu dans l'affaire *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* (2015), la Cour s'est référée aux travaux préparatoires des rédacteurs de la CEDH et de ses Protocoles :

« Il ressort par ailleurs des travaux préparatoires (volume VIII, pp. 46, 50 et 52) que les Parties contractantes ont pris en compte la position particulière de certains Parlements qui comportaient des chambres non électives ».

117. Dans la même lignée, dans l'arrêt *Hirsi Jamaa* (2012), la Cour a eu recours aux travaux préparatoires de la Convention en affirmant que :

« 174. Les travaux préparatoires, quant à eux, ne sont pas explicites au sujet du champ d'application et de la portée de l'article 4 du Protocole n° 4. En tout état de cause, il ressort du rapport explicatif relatif au Protocole n° 4, rédigé en 1963, que pour le comité d'experts, l'article 4 devait formellement prohiber « les expulsions collectives d'étrangers du genre de celles qui se sont produites dans un passé récent ».

118. Dans son arrêt *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce* (2012), la Cour a une fois encore invoqué les travaux préparatoires ainsi que le contexte général de la CEDH afin d'interpréter l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention :

« 63. [...] Toutefois, eu égard aux travaux préparatoires de l'article 3 du Protocole n° 1 et à l'interprétation qui est donnée à cette disposition dans le cadre de la Convention, la Cour a jugé que cet article implique également des droits subjectifs, dont le droit de vote et celui de se porter candidat à des élections ».

119. Cependant, à de nombreuses occasions, la Cour a affirmé qu'elle ne pouvait s'appuyer exclusivement sur les intentions des parties à la CEDH afin de déduire le sens de certains termes. Comme évoqué par la Cour dans son arrêt *Loizidou* (1995) « ces dispositions ne sauraient s'interpréter uniquement en conformité avec les intentions de leurs auteurs telles qu'elles furent exprimées voici plus de quarante ans » (*Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires)).

120. Dans la récente affaire *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, les travaux préparatoires ont fait l'objet de discussions approfondies pour déterminer si l'article 10 pouvait être interprété comme englobant un droit d'accès aux informations détenues par les autorités publiques. La Grande Chambre a estimé que, conformément à l'article 32 de la VCLT, les travaux préparatoires pouvaient constituer un moyen d'interprétation subsidiaire dans certaines affaires, mais a conclu que, dans la présente affaire, ils n'avaient pas une « pertinence décisive » pour la question en cause.⁴⁰

- Divergences entre les versions linguistiques authentiques (article 33 de la CVDT)

121. La CEDH ayant été signée en anglais et en français, les deux textes font également foi. Dès lors, la Cour fait inévitablement face à des affaires dans lesquelles le sens des termes des deux versions linguistiques diverge.

122. Dans son arrêt *Sunday Times*, la Cour a analysé la différence entre l'anglais « prescribed by law » et le français « prévues par la loi ». Invoquant l'article 33 para. 4 de la CVDT, la Cour a constaté que :

« Placée ainsi devant des textes d'un même traité normatif faisant également foi mais ne concordant pas entièrement, la Cour doit les interpréter d'une manière qui les concilie dans la mesure du possible et soit la plus propre à atteindre le but et réaliser l'objet de ce traité ».

123. Dans son arrêt *James et autres c. Royaume-Uni*, face à la nécessité de concilier le sens de l'expression anglaise « in the public interest » et française « pour cause d'utilité publique », la Cour s'est également référée à l'article 33 de la CVDT, tenant ainsi compte de l'objet et du but de l'article 1 du Protocole n° 1.

124. La Cour a explicitement invoqué l'article 33 de la CVDT et la jurisprudence pertinente de la CIJ ainsi que l'histoire de la rédaction de la CEDH dans son arrêt *Stoll* (2007) lorsqu'elle a examiné les différences dans la formulation de l'article 10(2) de la CEDH en français et en anglais.

« 59. La Cour n'adhère pourtant pas à cette interprétation, qu'elle considère comme trop restrictive. Confrontée à deux textes authentiques et qui font

⁴⁰ Voir sur la pertinence des «travaux préparatoires» également les opinions séparées du juge Sicilianos, à laquelle s'est rallié le juge Raimondi et du juge Spano, à laquelle s'est rallié le juge Kjølbros.

également foi mais qui ne sont pas en totale harmonie, elle estime opportun de se référer à l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dont le paragraphe 4 reflète le droit international coutumier en matière d'interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues (voir l'affaire *LaGrand*, Cour internationale de Justice, 27 juin 2001, Recueil 2001, § 101)⁴¹.

60. Selon le paragraphe 3 de l'article 33, « les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques ». En vertu de son paragraphe 4, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes.

61. La Cour admet qu'il convient d'interpréter restrictivement les clauses permettant une ingérence dans les droits découlant de la Convention. Néanmoins, à la lumière du paragraphe 3 de l'article 33 de la Convention de Vienne, et compte tenu de l'absence d'indication contraire dans les travaux préparatoires, elle considère qu'il y a lieu d'adopter une interprétation de la phrase « empêcher la divulgation d'informations confidentielles » englobant les informations confidentielles divulguées aussi bien par une personne soumise à un devoir de confidentialité que par une tierce personne, et notamment, comme en l'espèce, par un journaliste ».

iii. Autres méthodes d'interprétation développées par la Cour EDH

125. Depuis les années 1970, la Cour a progressivement développé ses propres doctrines d'interprétation, qui ne sont pas explicitement mentionnées, énumérées ou dérivées des règles d'interprétation de la CVDT. La doctrine du concept autonome avait été formulée par la Cour dans son arrêt *Engel* de 1976, et le concept d'« instrument vivant » est apparu dans l'arrêt *Tyrer* de 1978.

126. Cependant, la Cour n'est pas la seule à avoir recours à ces techniques d'interprétation novatrices. Les deux méthodes d'interprétation se retrouvent également dans la jurisprudence d'autres cours et tribunaux internationaux.⁴² À titre d'exemple, l'interprétation dite évolutive ou dynamique a été appliquée d'une manière similaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme.⁴³ De même, la doctrine des concepts autonomes est couramment appliquée par la CJUE⁴⁴ ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme.⁴⁵

⁴¹ Dans son arrêt *LaGrand*, la CIJ a reconnu que l'article 33 (4) de la CVDT reflétait le droit international coutumier quant à l'interprétation des traités authentifiés en deux ou plusieurs langues.

⁴² Même si la CIJ n'applique pas des traités relatifs aux droits de l'homme, on peut noter qu'elle a parfois recours à l'interprétation évolutive, voir, par exemple, *Costa Rica c. Nicaragua et Nicaragua c. Costa Rica*, arrêt du 16 décembre 2015.

⁴³ Voir, par exemple, *Cour suprême de justice (Quintana Coello et autres) c. Équateur* du 23 août 2013, § 153; *Massacre de Mapiripán c. Colombie*, 2005c, § 106 ou dans son avis consultatif sur l'interprétation de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, OC-10/89 du 14 juillet 1989, série A n° 10, par 37. Voir aussi LIXINSKI, Lucas. *Interprétation des traités par la Cour interaméricaine des droits de l'homme: l'expansionnisme au service de l'unité du droit international*. Revue européenne de droit international, vol. 21, n° 3, 2010.

⁴⁴ Voir, parmi de nombreuses autorités, C-66/85 *Lawrie-Blum*, ECLI: EU: C: 1986: 284 en ce qui concerne le sens autonome de la notion de «travailleur» dans le droit de l'UE.

⁴⁵ Voir *Massacre de Mapiripán c. Colombie*, 2005c, § 187 ou *Communauté Awas Tingni de Mayagna (Sumo) c. Nicaragua*, 2001, § 146.

127. L'idée principale qui sous-tend ces innovations est bien illustrée dans l'arrêt *Scoppola* (n° 2):

« Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoires. Si la Cour n'adoptait pas une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration ». ⁴⁶

128. Lorsqu'elle applique la méthode évolutive, la Cour rappelle souvent que :

« [...] la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, auxquelles il y a lieu d'intégrer l'évolution du droit international, de façon à refléter le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme, lequel implique une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. » ⁴⁷

129. Bien que l'interprétation dynamique ne soit pas expressément mentionnée dans la CVDT, on pourrait faire valoir que l'objet et le but particuliers de la CEDH, de même que tout accord ultérieur, pratique ultérieure ou règle de droit international applicable dans les relations entre les parties, pourraient justifier l'approche évolutive de la Cour à l'égard de la CEDH. On peut noter que certains juges de la Cour ont tenté d'expliquer qu'elle se fonde implicitement sur des règles générales d'interprétation de la CVDT et qu'elle est compatible avec la logique de ces règles. ⁴⁸ L'approche évolutive permet à la Cour de prendre en compte l'évolution des conditions dans l'État défendeur et dans les États parties à la CEDH en général et de répondre à tout consensus qui pourrait émerger quant aux standards à atteindre. L'accent mis par la Cour sur le fait de rendre les droits pratiques et effectifs va dans le même sens. Il est à noter que dans l'élaboration de ces concepts, la Cour n'a pas expressément cherché à les déduire ni à invoquer d'une autre manière les règles d'interprétation de la CVDT. Cependant, le langage utilisé dans ce contexte montre que la Cour a opéré tacitement avec les règles générales d'interprétation telles qu'elles sont consacrées dans la CVDT.

130. Il y a des limites à l'étendue d'une telle interprétation dynamique, lesquelles sont inhérentes aux règles d'interprétation de la CVDT et à la nature du droit international lui-même. Dans son arrêt *Johnston* ⁴⁹, la Cour a établi les limites de son interprétation évolutive comme suit:

« Il est vrai que la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui [...], mais la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ ».

Déterminer où l'équilibre doit être trouvé est donc une tâche délicate, en particulier lorsque l'interprétation évolutive semble aboutir à la création de nouveaux droits (voir par exemple *Demir et Baykara* et *Magyar*).

⁴⁶ *Scoppola c. Italie* (n° 2) [GC], n° 10249/03, § 104, 17 septembre 2009.

⁴⁷ Voir, entre autres autorités, *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, § 146, 12 novembre 2008; *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, § 163, 12 mai 2005 et *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 101, 28 juillet 1999.

⁴⁸ Voir opinion concordante du juge Sicilianos, à laquelle s'est rallié le juge Raimondi, dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* [GC], n° 18030/11, 8 novembre 2016.

⁴⁹ *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, § 53, 18 décembre 1986.

131. Il peut donc potentiellement y avoir des frictions entre la CVDT et l'interprétation évolutive de la Cour si cette dernière va au-delà de ce qui est stipulé à l'article 31 (3) c) de la CVDT. Bien que cette disposition admette que seules les règles de droit international applicables dans les relations entre toutes les parties à un traité peuvent être prises en compte, la Cour semble avoir parfois adopté une position différente. Dans l'affaire *Demir et Baykara*⁵⁰, elle a observé que « dans la recherche de dénominateurs communs parmi les normes de droit international, elle n'a jamais distingué entre les sources de droit selon qu'elles avaient ou non été signées et ratifiées par le gouvernement défendeur. » En d'autres termes, la Cour a jugé suffisant que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution constante des normes et des principes appliqués en droit international ou en droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et montrent, dans un domaine précis, qu'il existe un terrain d'entente dans les sociétés modernes.

d. DÉFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES

132. Comme convenu par les Hautes Parties contractantes et confirmé de manière constante par la Cour, la CEDH fait partie du droit international public et doit donc être interprétée conformément aux règles d'interprétation de la CVDT. En même temps, la Cour a souligné le caractère spécifique de la CEDH en tant qu'instrument de protection des individus.

133. Les droits et libertés garantis par la CEDH sont formulés d'une manière générale. Il y a donc, dans certaines situations, besoin d'apporter des précisions conformément aux articles 31 à 33 de la CVDT.

134. La Cour n'a pas établi de hiérarchie entre les différentes approches interprétatives mais dans sa jurisprudence le recours à l'approche dynamique est notable. Il semble également que l'utilisation par la Cour des travaux préparatoires de la CEDH varie quelque peu.

135. L'exigence de l'article 31 (3) (c) de la CVDT de prise en compte d'autres règles du droit international lors de l'interprétation d'un traité est un facteur important pour éviter les risques de fragmentation du droit international. Comme nous le verrons dans les chapitres suivants, il est essentiel pour les États parties que la jurisprudence de la Cour soit claire et cohérente dans le traitement de ces questions.

136. La Cour s'est référée à la fois à la pratique ultérieure des États parties à la CEDH (article 31 (3) (b) du VCLT) et à d'autres règles de droit international (article 31 (3) (c) du VCLT) comme moyens de modernisation tacite des dispositions de la CEDH par les États. Lorsque la Cour cherche à établir un «consensus européen» à cet égard, il est important que ce consensus repose sur une analyse de la pratique et de la situation particulière des États parties, conformément au caractère consensuel de leurs obligations en droit international.

137. En répondant à la nécessité d'appliquer la CEDH dans les conditions présentes et en veillant à ce que les droits soient pratiques et effectifs, la Cour a recours à des méthodes d'interprétation dynamiques. Cependant, les règles traditionnelles d'interprétation des traités et le caractère consensuel du droit international, ainsi que la nécessité d'éviter la fragmentation de ce dernier, imposent des limites à ces approches.

⁵⁰ *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, §§ 78, 85 et 86, 12 novembre 2008; voir pour plusieurs exemples d'affaires précédentes dans lesquelles la Cour avait adopté cette position les §§ 78-83 de l'arrêt.

Il est donc important que la Cour explique ses méthodes d'interprétation dans ces limites et que les résultats obtenus soient prévisibles et compréhensibles pour les États contractants, conformément aux obligations auxquelles ils ont souscrit au titre de la CEDH.

2. Responsabilité des États et extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme

a. INTRODUCTION

138. En examinant la place de la Convention européenne des droits de l'homme («la Convention», CEDH) dans l'ordre juridique européen et international, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (la « Cour »/ Cour EDH) et les commentaires académiques se sont concentrés sur l'obligation fondamentale énoncée à l'article 1 de la Convention selon lequel les États parties reconnaissent à toute personne relevant de leur «juridiction» les droits et libertés énoncés dans la Convention. La grande majorité des affaires portées devant la Cour concernent des contestations contre des actions d'un État sur son territoire; la juridiction étant normalement présumée être exercée sur l'ensemble du territoire de l'État, il ne fait généralement aucun doute que l'État est compétent et la notion de juridiction ne nécessite pas d'interprétation plus approfondie. Toutefois, un État défendeur peut notamment contester les questions de « juridiction » et de responsabilité lorsqu'il agit en dehors de son propre territoire.

139. La question de savoir si un État exerce sa « juridiction » doit être distinguée de la question de savoir si l'État peut être tenu responsable d'un acte contesté (y compris en ce qui concerne les questions de causalité), ou si cet acte est imputable à cet État. Cela peut également être contesté par les États, notamment lorsque des acteurs non étatiques, d'autres États ou des organisations internationales, sont impliqués dans la conduite reprochée.

140. Il existe de nombreux textes de droit international sur les notions de juridiction de l'État et de responsabilité internationale. La Cour a la possibilité de s'appuyer sur ces textes juridiques pour interpréter l'obligation énoncée à l'article 1, notamment en s'appuyant sur les règles de droit international relatives à l'interprétation des traités, et en particulier sur l'article 31.3) c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

141. La notion de « juridiction » en droit international général désigne l'exercice par un État du pouvoir légitime d'affecter des personnes, des biens et des circonstances. Ce pouvoir peut être exercé par le biais d'actions législatives, exécutives ou judiciaires. La compétence législative s'exerce principalement à l'égard de personnes, de biens et de circonstances sur le territoire de l'État, mais peut parfois être exercée de manière extraterritoriale.⁵¹ La compétence en matière de mise en œuvre de la loi n'est en principe exercée que sur la base de la territorialité (bien que la coopération internationale par le biais de mesures telles que l'extradition, l'entraide judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des jugements puisse contribuer à l'exercice de la compétence d'exécution).

142. Selon la jurisprudence bien établie de la Cour, « la notion de 'juridiction' au sens de l'article 1 de la Convention doit passer pour refléter la conception de cette

⁵¹ Comme on le sait, le « *Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime* » de 1935 identifie cinq principes d'exercice de la compétence législative, à savoir le principe de territoire, le principe de nationalité (ou le principe de personnalité active), le principe de protection, le principe d'universalité et le principe de personnalité passive; voir *Harvard Research in International Law: Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*, Supplément au Journal américain de droit international (1935), p. 437–635.

notion en droit international public ». ⁵² La CEDH étant un traité des droits de l'homme, la notion de juridiction a une fonction spécifique. Elle limite le champ d'application de la Convention en définissant les personnes qui jouissent des droits et libertés énoncés dans ce traité. Dans la jurisprudence de la Cour, cette notion de juridiction ne concerne pas la question de savoir si l'exercice de la compétence était licite ou illicite. La Cour considère que « [l]a 'juridiction', au sens de l'article 1, est une condition *sine qua non*. Elle doit avoir été exercée pour qu'un Etat contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions qui lui sont imputables et qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention ». ⁵³ En d'autres termes, la question de la responsabilité de l'Etat ⁵⁴ ne se pose que lorsque la Cour est convaincue que les questions incriminées relèvent de la compétence de l'Etat. Les requêtes dans lesquelles l'Etat défendeur est déclaré incompétent pour les faits dénoncés sont déclarées irrecevables en vertu de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention, pour incompatibilité avec les dispositions de la Convention. ⁵⁵ Il est donc important de déterminer le lien juridictionnel entre un Etat et les actions contestées devant la Cour EDH.

143. La notion de responsabilité de l'Etat en droit international général vise l'identification d'un fait internationalement illicite et les conséquences qui en découlent ⁵⁶. Dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (AREFII) ⁵⁷, l'article premier dispose que « [t]out fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale ». Un fait internationalement illicite au sens de cette disposition vise à la fois les actions et les omissions, et le caractère illicite d'un comportement s'appréciera à la lumière des exigences de l'obligation présumée violée ⁵⁸. En outre, en droit international, la notion d'« attribution » est utilisée pour déterminer le moment où il existe un lien suffisamment étroit entre un certain comportement et un Etat afin de considérer ce comportement comme un « fait d'un Etat » au sens de l'article 1 des AREFII. ⁵⁹

144. La Cour EDH n'aborde pas toujours la question de savoir si l'Etat défendeur est responsable du comportement reproché ou si ce comportement est imputable à cet Etat en tant que question distincte de la juridiction. Dans les cas - relativement rares - dans lesquels cette question est examinée plus en détail par la Cour, elle traite de la

⁵² Voir, entre autres, *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, §§ 59-61, 12 décembre 2001; *Assanidze c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 137, 8 avril 2004; et *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 312, 18 juillet 2004.

⁵³ Voir *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 311, 18 juillet 2004; *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 130, 7 juillet 2011; *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n°s 43370/04, 8252/05 et 18454/06, § 103, 19 octobre 2012 (extraits); et *Chiragov et autres c. Armenia* [GC], n° 13216/05, § 168, 16 juin 2015.

⁵⁴ Voir Michael O'Boyle, *The European Convention on Human Rights and extraterritorial jurisdiction: a comment on 'Life after Banković'*, dans: Fons Coomans et Menno T. Kamminga (éd.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2004, p. 130-131.

⁵⁵ Voir, entre autres, *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, §§ 84-85, 12 décembre 2001.

⁵⁶ Voir le [Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs](#), Commentaire général, point (1).

⁵⁷ Les AREFII ont été préparés par la Commission du droit international des Nations Unies qui a précisé que « [l]es présents articles ont pour objet d'énoncer par codification et développement progressif les règles fondamentales du droit international relatives à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », voir le [Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs](#), Commentaire général, point (1).

⁵⁸ Voir le [Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs](#), Commentaire sur l'article 1, point (1) et sur l'article (2), point 4 avec nombre d'exemples.

⁵⁹ Voir le [Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs](#), Commentaire sur l'article 2, point (5), et Commentaire sur la première partie, Chapitre II, points (1)-(9).

question de savoir si le comportement reproché est attribué ou imputable à l'État défendeur lorsqu'elle statue sur le fond d'une requête.⁶⁰

145. S'agissant de la place de la Convention dans l'ordre juridique européen et international, il est important d'analyser si la notion de « juridiction » et son application extraterritoriale dans le cadre de la Convention diffèrent de celles du droit international général et, dans l'affirmative, dans quelle mesure (A.). De même, l'application ou le respect du droit international général en matière de responsabilité des États par la Cour EDH dans sa jurisprudence mérite une analyse plus approfondie (B.). Sur cette base, les risques éventuels de fragmentation entre les différents systèmes juridiques doivent être identifiés et discutés **dans ces deux parties**.

b. JURIDICTION ET APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

i. Introduction

146. Deux articles de la Convention ont trait à la portée de son application territoriale. L'article 1 de la Convention stipule que « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». Par ailleurs, l'article 56 § 1 dispose que « [t]out État peut ... déclarer ... que la présente Convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales ». En vertu de l'article 56 § 4, un État qui fait une telle déclaration peut également (sans y être obligé) accepter la compétence de la Cour pour recevoir et examiner des requêtes individuelles relatives à de tels territoires.

147. L'historique de la rédaction des articles 1 et 56 révèle que c'est l'article 56 (également appelé "clause coloniale") qui a suscité un débat plus approfondi. Les puissances coloniales - notamment le Royaume-Uni, la Belgique et les Pays-Bas - ont insisté pour l'inclure dans le texte de la Convention afin de préciser que son champ d'application ne devait pas s'étendre automatiquement aux territoires dépendants.⁶¹

148. En revanche, l'article 1 n'a pas suscité beaucoup de débats. Le premier projet prévoyait simplement que chaque État devait garantir les droits à toutes les personnes « sur son territoire ». Ensuite, la disposition a été légèrement modifiée pour indiquer garantir à toutes les personnes "résidant sur leur territoire les droits ...". La version finale contenant le libellé les « Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits ... » n'a pas donné lieu à des débats.⁶²

149. Le terme « juridiction » n'est pas développé davantage dans la Convention. Dans l'affaire *Banković*, l'une de ses décisions importantes sur le sujet, la Cour avait affirmé que la compétence de l'État visée à l'article 1 était « essentiellement territoriale ».⁶³ Toutefois, l'expression « relevant de leur juridiction » plutôt que « sur leur

⁶⁰ Voir, par exemple, *Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, §§ 52-57; et *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, §§ 199 ss., 13 décembre 2012.

⁶¹ Pour un aperçu des travaux préparatoires sur ce qui était alors l'article 63 de la Convention européenne des droits de l'homme, voir le document d'information établi par le greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, document [Cour\(78\)8](#).

⁶² Pour un aperçu des travaux préparatoires sur l'article 1 de la Convention, voir le document d'information établi par le greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, document [Cour\(77\)9](#).

⁶³ *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 59, 12 décembre 2001.

territoire » pourrait impliquer que les obligations des Parties contractantes à la CEDH peuvent s'étendre au-delà de leur territoire.

150. Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, la Cour a rappelé par rapport à l'interprétation des notions contenues dans la Convention que :

«...les dispositions de la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide. En dépit de son caractère particulier d'instrument de protection des droits de l'homme, la Convention est un traité international à interpréter conformément aux normes et principes du droit international public, et notamment à la lumière de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. »⁶⁴

ii. La jurisprudence

- Affaires concernant la situation dans le nord de Chypre

151. Les questions relatives à l'application extraterritoriale de la Convention ont été soulevées relativement rarement dans la jurisprudence antérieure des organes de la Convention.⁶⁵ Ils ont dû examiner plus en profondeur la possibilité d'un exercice de la juridiction hors du territoire d'un État, notamment dans plusieurs requêtes concernant la situation dans le nord de Chypre à la suite des opérations militaires turques de 1974.

152. Dès 1975, la Commission, dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, qui concernait des allégations d'un certain nombre des violations de la Convention commises par la Turquie dans le nord de Chypre à la suite des opérations militaires turques de 1974, a constaté en ce qui concerne la juridiction de l'État défendeur que:

«8. À l'article 1 de la Convention, les Hautes Parties contractantes reconnaissent les droits et libertés définis au Titre I à toute personne « relevant de leur juridiction »... La Commission estime que ce terme ne correspond ou ne se limite pas, comme le déclare le Gouvernement défendeur, au seul territoire national de la Haute Partie contractante en cause. Il ressort du libellé, notamment de la version française, et de l'objet dudit article ainsi que du but de la Convention toute entière, que les Hautes Parties contractantes sont tenues d'assurer ces droits et libertés à toute personne relevant effectivement de leur autorité et de leur responsabilité, que cette autorité s'exerce sur leur territoire ou à l'étranger. La Commission rappelle à ce sujet sa décision sur la recevabilité de la requête n° 1611/62 – *X. c. République Fédérale d'Allemagne* – Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme, volume 8, pp. 158-169 (pp.168-169). »⁶⁶

⁶⁴ Voir *Chypre c. Turquie* (satisfaction équitable) [GC], n° 25781/94, § 23, 12 mai 2014.

⁶⁵ Dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, la Cour a conclu que la décision d'un État contractant d'extrader une personne pouvait engager la responsabilité de cet État en vertu de la Convention lorsqu'il existait un risque de torture ou de mauvais traitement de cette personne si elle était extradée. Dans l'affaire *Stocké c. Allemagne*, 19 mars 1991, §§ 51 et 54-55, dans laquelle le requérant fut incité par un subterfuge à retourner en Allemagne pour y être arrêté, la Cour ne put établir qu'il y avait eu des activités illicites à l'étranger pour lesquelles les autorités allemandes étaient responsables et pouvaient ainsi laisser ouverte la question de savoir si de telles activités pouvaient entraîner une violation des articles 5 ou 6 de la Convention par l'Allemagne. Voir également les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme dans *Illich Sánchez Ramirez c. France*, requête n° 28780/95, décision de la Commission du 24 juin 1996, Décisions et rapports DR 86, p. 155-162; *Luc Reinette c. France*, n° 14009/88, décision de la Commission du 2 octobre 1989, DR 63, p. 189; *Freda v. Italie*, n° 8916/80, décision de la Commission du 7 octobre 1980, DR 21, p. 250; et *M. c. Danemark*, n° 17392/90, décision de la Commission du 14 octobre 1992.

⁶⁶ Voir *Chypre c. Turquie*, n°s 6780/74 et 6950/75, décision de la Commission du 26 mai 1975, Décisions et rapports DR 2, p. 136. Voir sur cette jurisprudence aussi Michele de Salvia, Extra-territorial jurisdiction: the birth

153. Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, où la requérante, une Chypriote grecque, se plaignait d'avoir été privée de l'accès à sa propriété dans le nord de Chypre, la Cour se prononça de la façon suivante sur la question de savoir si les actes reprochés étaient susceptibles de tomber sous la « juridiction » de l'État défendeur :

« La Cour rappelle à cet égard que, si l'article 1 (art. 1) fixe des limites au domaine de la Convention, la notion de 'juridiction' au sens de cette disposition ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes. Par exemple, selon sa jurisprudence constante, l'extradition ou l'expulsion, d'une personne par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3 (art. 3), donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention (arrêts *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A no 161, pp. 35-36, par. 91, [...]). De plus, la responsabilité des Parties contractantes peut entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes et se produisant sur ou en dehors de leur territoire (arrêt *Droz et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, série A no 240, p. 29, par. 91).

Compte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire - légale ou non -, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée. »⁶⁷

154. La Cour a ensuite réitéré ces principes dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, qui portait notamment sur des allégations de violations des droits des personnes disparues chypriotes grecques et de leurs proches et des droits au domicile et de propriété des personnes déplacées.⁶⁸ Constatant que la « juridiction » de la Turquie « vaut pour la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention », ⁶⁹ la Cour a tenu compte de « la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains ». ⁷⁰ Elle a en outre noté que, vu l'incapacité de Chypre à s'acquitter de ses obligations au titre de la Convention dans le nord de Chypre, toute autre conclusion concernant la « juridiction » « conduirait à une lacune regrettable dans le système de protection des droits de l'homme dans cette région ». ⁷¹

- L'affaire *Banković*

155. La Cour a ensuite exposé plus en détail les principes permettant de déterminer si, et dans quelles circonstances, des actes extraterritoriaux des États contractants peuvent constituer un exercice de leur juridiction au sens de l'article 1 dans l'une de ses principales décisions en la matière dans l'affaire *Banković et autres c. Belgique et autres*.⁷² Dans cette affaire, la Cour a traité les griefs des victimes des frappes aériennes menées par les forces de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord

of the notion, dans: Centre de recherche sur le droit international et comparé (éd.), *Case-law of the European Court of Human Rights – Extraterritorial jurisdiction: Looking for solutions*, 2018, p. 17-19.

⁶⁷ *Loizidou c. Turquie* [GC] (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 62; voir également *Loizidou c. Turquie* [GC] (fond), 18 décembre 1996, § 52.

⁶⁸ *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 76, 10 mai 2001.

⁶⁹ *Ibid.*, § 77.

⁷⁰ *Ibid.*, § 78.

⁷¹ *Ibid.*, § 78.

⁷² *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, 12 décembre 2001.

(«OTAN») contre des installations de radio et de télévision à Belgrade le 23 avril 1999 dans le cadre d'une série de frappes aériennes de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie (qui à l'époque des faits n'était pas partie à la Convention) pendant le conflit du Kosovo.

156. Dans son importante décision dans l'affaire *Banković*, la Cour EDH a affirmé que la juridiction des États au sens de l'article 1 était « essentiellement territoriale ».⁷³ Elle a en outre conclu que « la pratique suivie par les États contractants dans l'application de la Convention depuis sa ratification montre qu'ils ne redoutaient pas l'engagement de leur responsabilité extraterritoriale dans des contextes analogues à celui de la présente espèce ».⁷⁴ La Cour n'a pas appliqué son approche interprétative de la Convention en tant qu'« instrument vivant » dans le contexte de l'article 1 et s'est référée aux travaux préparatoires de la Convention dans ce contexte. Elle a constaté de la façon suivante :

« 64. Il est vrai que le principe selon lequel la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles est solidement ancré dans la jurisprudence de la Cour. Celle-ci l'a appliqué non seulement aux dispositions normatives de la Convention (par exemple, dans les arrêts *Soering* précité, § 102, [...]), mais également, et c'est davantage pertinent pour la présente espèce, lorsqu'il s'est agi pour elle d'interpréter les anciens articles 25 et 46 de la Convention relativement à la reconnaissance par un Etat contractant de la compétence des organes de la Convention (arrêt *Loizidou (exceptions préliminaires)* précité, § 71). [...]

65. Or, contrairement à la question de la compétence des organes de la Convention pour connaître d'une espèce, qui était débattue dans l'affaire *Loizidou (exceptions préliminaires)*, la portée de l'article 1, qui se trouve au cœur du présent litige, est déterminante pour celle des obligations positives pesant sur les Parties contractantes et, partant, pour la portée et l'étendue de tout le système protection des droits de l'homme mis en place par la Convention. En tout état de cause, les passages des travaux préparatoires cités ci-dessus fournissent une indication claire et ne pouvant être ignorée du sens que les auteurs de la Convention ont entendu donner audit article 1. La Cour souligne qu'elle n'interprète pas la disposition en cause « uniquement » en conformité avec les travaux préparatoires et qu'elle ne juge pas ceux-ci « déterminants » ; elle voit plutôt dans les travaux préparatoires une confirmation non équivoque du sens ordinaire de l'article 1 de la Convention tel qu'elle l'a déjà identifié (article 32 de la Convention de Vienne de 1969). »

157. La Cour a reconnu que, dans des circonstances exceptionnelles, les actes des États contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leurs territoires pouvaient toujours relever de leur « juridiction » aux fins de l'article 1 de la CEDH, tout en reconnaissant clairement la juridiction extraterritoriale comme exceptionnelle.⁷⁵

158. La Cour a noté quatre types d'exemples de juridiction extraterritoriale dans sa jurisprudence, dont chacun devrait être « exceptionnel et nécessiter une justification spéciale »:⁷⁶

⁷³ Ibid., §§ 61, 63 et 67.

⁷⁴ Ibid., § 62.

⁷⁵ Ibid., § 67.

⁷⁶ Ibid., § 61.

(i) les affaires d'extradition ou expulsion impliquant l'extradition ou l'expulsion d'une personne du territoire d'un État membre qui suscitent des inquiétudes quant aux risques de décès ou de mauvais traitements dans le pays d'accueil au titre des articles 2 ou 3 ou, dans des cas extrêmes, quant à la légalité de la détention ou au refus d'un procès équitable au titre des articles 5 ou 6 dans l'État d'accueil;

(ii) les affaires portant sur des situations d'extraterritorialité où les actes des autorités de l'État ont eu des effets ou ont été accomplis en dehors de leur propre territoire (sur la base de l'arrêt *Drozd et Janousek* dans lequel la «juridiction» de la France ou de l'Espagne n'a pas été effectivement établie);

(iii) les affaires de contrôle effectif dans lesquelles une partie contractante exerce, à la suite d'une action militaire (licite ou illicite) le contrôle effectif d'une zone en dehors de son territoire national (sur la base des affaires de la Cour EDH commençant par *Loizidou c. Turquie* et *Chypre c. Turquie* (voir ci-dessus) ; et

(iv) les affaires diplomatiques ou consulaires et des affaires relatives à la juridiction du pavillon impliquant des actes d'agents diplomatiques ou consulaires accomplis à l'étranger, à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet État ou battant pavillon de cet État.⁷⁷

159. Dans ce contexte, il est rappelé que, dans l'affaire *Banković*, la Cour a précisé que « la Convention est un traité multilatéral opérant [...] dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des Etats contractants » « dont il est clair que » la République fédérale de Yougoslavie « ne relève pas », n'étant pas un Haute Partie contractante de la Convention. En outre, la Cour a souligné que la Convention « n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des Etats contractants. Aussi la Cour n'a-t-elle jusqu'ici invoqué l'intérêt d'éviter de laisser des lacunes ou des solutions de continuité dans la protection des droits de l'homme pour établir la juridiction d'un Etat contractant que dans des cas où, n'eussent été les circonstances spéciales s'y rencontrant, le territoire concerné aurait normalement été couvert par la Convention »⁷⁸ (« espace juridique » de la Convention).

160. Enfin, la Cour a déclaré que « le texte de l'article 1 n'offre aucun appui à l'argument des requérants selon lequel l'obligation positive que fait cette disposition aux Etats contractants de reconnaître 'les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention' peut être fractionnée et adaptée en fonction des circonstances particulières de l'acte extraterritorial en cause ».⁷⁹

161. En l'espèce, la Cour n'était pas persuadée de l'existence de circonstances exceptionnelles, qui constituaient un exercice de juridiction extraterritoriale dans l'affaire des requérants, compte tenu également de la pratique d'autres organismes internationaux de défense des droits de l'homme.⁸⁰

- La jurisprudence menant à *Al-Skeini*

162. À la suite de sa décision dans l'affaire *Banković*, la Cour a développé sa jurisprudence sur la juridiction extraterritoriale; à la fois la décision dans l'affaire

⁷⁷ Ibid., §§ 68-73.

⁷⁸ Ibid., § 80.

⁷⁹ Ibid., § 75.

⁸⁰ Ibid., §§ 78 et 82.

Banković et la jurisprudence ultérieure de la Cour ont fait l'objet de nombreuses observations et seront analysées plus avant ci-après.⁸¹

163. Dans la série d'affaires ayant mené à l'arrêt *Al-Skeini*, la Cour a élaboré deux modèles de juridiction extraterritoriale : (i) lorsqu'un État exerce un contrôle global effectif sur un territoire donné d'un autre État (même une petite partie du territoire, telle qu'une prison ou une base militaire) - le modèle dit « spatial »; et (ii) lorsqu'une personne relève de l'autorité et /ou du contrôle exclusif d'un agent de l'État - « modèle de juridiction personnelle ».⁸² Il semble que, dans toutes ces affaires, le « contrôle » exercé par un État implique, et signifie pour la Cour, que la responsabilité de cet État est engagée pour tous les actes et omissions violant la Convention.

164. Dans son arrêt *Issa*, qui portait sur l'assassinat allégué de bergers irakiens par des soldats turcs sur le territoire de l'Iraq, la Cour a notamment abordé de nouveau la question de l'application extraterritoriale éventuelle de la Convention en dehors de l'espace juridique des États contractants. Elle a conclu que « l'article 1 de la Convention ne peut être interprété de manière à permettre à un État partie de commettre sur le territoire d'un autre État des violations de la Convention, qu'il ne pourrait pas commettre sur son propre territoire ».⁸³ La Cour est parvenue à cette conclusion en se référant notamment aux points de vue adoptés par le Comité des droits de l'homme dans les affaires *Lopez Burgos c. Uruguay* et *Celiberti de Casariego c. Uruguay*,⁸⁴ alors qu'elle avait conclu dans *Banković* que la « reconnaissance exceptionnelle par le Comité des droits de l'homme des Nations unies de certains cas de juridiction extraterritoriale » n'était pas de nature à battre en brèche la portée explicitement territoriale conférée à la notion de juridiction par l'article 2 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ICCPR).⁸⁵

165. Dans sa décision dans l'affaire *Pad et autres c. Turquie*, la Cour a ensuite traité les requêtes de plusieurs ressortissants iraniens concernant le meurtre allégué de leurs proches soit, comme le prétend le gouvernement, par des tirs d'un hélicoptère de l'armée turque sur le territoire turc près de la frontière turque, soit, comme le prétendent les requérants, après une arrestation physique sur le territoire iranien par l'équipage de l'hélicoptère après avoir atterri et après avoir été amené sur le territoire turc. Suivant son raisonnement dans l'arrêt *Issa*, la Cour a estimé que la responsabilité de la Turquie pouvait être engagée en vertu du modèle de juridiction personnel.⁸⁶

166. Dans son arrêt *Al-Skeini*,⁸⁷ un autre arrêt important,⁸⁸ la Grande Chambre a précisé la notion de juridiction extraterritoriale au sens de la Convention. L'affaire concernait les requêtes présentées par six ressortissants irakiens à la suite d'actions menées par les forces britanniques en Irak en 2003, alors que ces dernières cherchaient à établir la sécurité et à soutenir l'administration civile à Bassorah et dans ses environs; les proches des requérants ont été tués au cours des opérations de sécurité en question.

⁸¹ Voir la section « Définitions et solutions possibles », §§ 46 et suiv.

⁸² Voir le résumé des principes dans *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, §§ 130-142, 7 juillet 2011.

⁸³ *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96, § 71, 16 novembre 2004.

⁸⁴ *Ibid.*, § 71.

⁸⁵ *Banković et autres*, précité, § 78.

⁸⁶ *Pad et autres c. Turquie* (déc.), n° 60167/00, § 53, 28 juin 2007.

⁸⁷ *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, 7 juillet 2011.

⁸⁸ Voir aussi pour cette évaluation *Marko Milanovic, Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, *Revue européenne de droit international*, vol. 23, n° 1, p. 121.

167. Dans son arrêt, la Cour a reformulé sa catégorisation des exceptions au champ d'application territoriale de la juridiction telles qu'elles existaient à l'époque, à savoir :

(a) Les affaires d'autorité et de contrôle de l'agent d'État (c'est-à-dire le modèle personnel de juridiction), qui comprenaient :

(i) les actes des agents diplomatiques et consulaires d'États parties à la Convention sur un territoire étranger, où ces agents exercent une autorité et un contrôle sur d'autres ;

(ii) l'exercice de pouvoirs publics par un État partie à la Convention sur le territoire d'un autre État, avec le consentement, l'invitation ou l'acquiescement de ce dernier ; et

(iii) dans certains cas, en raison de l'emploi de la force par des agents d'un État partie à la Convention sur le territoire d'un autre État.⁸⁹

168. La Cour a décrit son modèle personnel de juridiction comme « l'exercice d'un pouvoir et d'un contrôle physique » et donc de la juridiction de l'État par l'intermédiaire de ses agents en dehors de son territoire « sur les personnes en question ».⁹⁰ La Cour a conclu que, dans ces circonstances, il pèse sur l'État « en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître » à l'individu en question « les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. En ce sens, dès lors, les droits découlant de la Convention peuvent être 'fractionnés et adaptés' ».⁹¹

169. La deuxième catégorie de cas dans lesquels un État peut exceptionnellement être reconnu d'exercer sa juridiction de matière extraterritoriale couvre :

(b) Les affaires de contrôle effectif d'une zone (modèle spatial de juridiction)

170. Décrivant le modèle spatial de juridiction, la Cour a déclaré que cela se produit « lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, l'État exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire. L'obligation d'assurer dans une telle zone le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État ou par le biais d'une administration locale subordonnée ». La Cour a ajouté que « [d]ès lors qu'une telle mainmise sur un territoire est établie, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'État contractant qui la détient exerce un contrôle précis sur les politiques et actions de l'administration locale qui lui est subordonnée ».⁹² Elle a en outre constaté que :

« 139. La question de savoir si un État contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question de fait. Pour se prononcer, la Cour se réfère principalement au nombre de soldats déployés par l'État sur le territoire en cause (*Loizidou* (fond), précité, §§ 16 et 56, et *Ilaşcu et autres*, précité, § 387). D'autres éléments peuvent aussi entrer en ligne de compte, par exemple la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'État à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci

⁸⁹ Ibid., §§ 133-136.

⁹⁰ Ibid., § 136.

⁹¹ Ibid., § 137.

⁹² Ibid., § 138.

une influence et un contrôle dans la région (*Ilaşcu et autres*, précité, §§ 388-394). »

171. Dans son arrêt *Al-Skeini*, la Cour a distingué l'article 56 de la Convention relatif aux déclarations unilatérales des États sur l'applicabilité de la Convention à leurs territoires dépendants, de la situation de « contrôle effectif » exercé par l'État sur une partie du territoire d'un autre État, en concluant que le principe de juridiction de « contrôle effectif » ne remplace pas le système de déclarations prévu à l'article 56.⁹³ La Cour a en outre expliqué qu'elle

« a souligné qu'un Etat contractant qui, par le biais de ses forces armées, occupe le territoire d'un autre doit en principe être tenu pour responsable au regard de la Convention des violations des droits de l'homme qui y sont perpétrées car, sinon, les habitants de ce territoire seraient privés des droits et libertés dont ils jouissaient jusque-là et il y aurait 'un vide' dans la protection de ces droits et libertés au sein de 'l'espace juridique de la Convention' (*Chypre c. Turquie*, précité, § 78, et *Banković et autres*, décision précitée, § 80). Toutefois, s'il est important d'établir la juridiction de l'Etat occupant dans ce type de cas, cela ne veut pas dire, *a contrario*, que la juridiction au sens de l'article 1 ne puisse jamais exister hors du territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe. La Cour n'a jamais appliqué semblable restriction dans sa jurisprudence (voir, parmi d'autres exemples, les arrêts *Öcalan*, *Issa et autres*, et *Medvedyev et autres*, précités, et la décision *Al-Saadoon et Mufdhi*, précitée) »⁹⁴.

172. En ce qui concerne les requérants dans *Al-Skeini*, la Cour conclut que, dans le cadre des opérations de sécurité concernées, les forces britanniques exerçaient « sur les personnes tuées lors de ces opérations une autorité et un contrôle » propres à établir, aux fins de l'article 1 de la Convention, un lien juridictionnel entre les défunts et le Royaume-Uni.⁹⁵

- La jurisprudence depuis *Al-Skeini*

173. Dans son arrêt dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*⁹⁶ la Cour a examiné les griefs de migrants somaliens et érythréens voyageant à bord de trois navires en provenance de Libye qui avaient été interceptés en mer par les autorités italiennes et qui étaient renvoyés en Libye à bord de navires militaires italiens, les exposant à un risque de mauvais traitements. La Cour a conclu que les requérants « se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant *de jure* que *de facto*, des autorités italiennes ».⁹⁷ La Cour a fondé son raisonnement selon lequel l'Italie exerçait un contrôle *de jure*, sur le fait que les requérants avaient été amenés à bord de navires de guerre battant pavillon italien. Elle a souligné qu'en vertu des dispositions pertinentes du droit de la mer, un navire se trouvant en haute mer est soumis à la juridiction exclusive de l'État dont le navire arbore le pavillon.⁹⁸ La Cour fonde en outre sa conclusion selon laquelle l'Italie exerçait également un contrôle *de facto* sur les requérants sur le fait que, entre le moment où ils ont abordé les navires et leur remise aux autorités libyennes, ils

⁹³ Ibid., § 140.

⁹⁴ Ibid., § 142.

⁹⁵ Ibid., §§ 143-149.

⁹⁶ *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, 23 février 2012.

⁹⁷ Ibid., § 81.

⁹⁸ Ibid., § 77; la Cour s'est référée aux arrêts *Banković et autres*, précité, § 73, et *Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, § 65, 29 mars 2010, à ce sujet, voir *ibid.*, § 75.

étaient placés sous le contrôle d'un équipage composé exclusivement de militaires italiens.⁹⁹

174. L'affaire ultérieure *Hassan c. Royaume-Uni*, concernait la capture du frère du requérant, de nationalité irakienne, par les forces armées britanniques, sa détention à Camp Bucca en Irak pendant les hostilités de 2003 et sa mort plusieurs mois après sa libération. La Cour a rappelé les principes applicables en matière de juridiction, au sens de l'article 1, exercée en dehors du territoire des États contractants, tels qu'ils sont résumés dans *Al-Skeini*, c'est-à-dire le principe de territorialité, les exceptions de l'autorité et du contrôle de l'agent d'État et du contrôle effectif d'une zone, ainsi que les explications relatives à l'espace juridique de la Convention.¹⁰⁰ S'appuyant sur cette jurisprudence, la Cour a conclu que, depuis sa capture jusqu'à sa libération de Camp Bucca, le frère du requérant était sous le pouvoir physique et sous le contrôle des soldats britanniques et relevait donc de la juridiction du Royaume-Uni en vertu de l'exception de l'autorité et du contrôle de l'agent de l'État, couvrant les cas de recours à la force par des agents d'un État de la Convention sur le territoire d'un autre État.¹⁰¹

175. Dans son arrêt *Jaloud c. Pays-Bas* (l'affaire concerne la fusillade d'un jeune citoyen irakien à un poste de contrôle en Irak), la Cour a conclu que l'État défendeur exerçait sa juridiction sur le requérant, se basant sur le fait que celui-ci :

«... a trouvé la mort lorsque le véhicule dans lequel il voyageait a été pris pour cible alors qu'il franchissait un poste de contrôle tenu par du personnel placé sous le commandement et la supervision directe d'un officier de l'armée royale néerlandaise. Le poste de contrôle avait été mis en place dans le cadre de l'exécution de la mission de la SFIR prévue par la résolution 1483 du Conseil de sécurité des Nations Unies (paragraphe 93 ci-dessus), en vue du rétablissement de conditions de stabilité et de sécurité propices à la création d'une administration efficace dans le pays. La Cour considère que l'État défendeur exerçait sa « juridiction » dans les limites de sa mission au sein de la SFIR et aux fins d'asseoir une autorité et un contrôle sur les personnes qui passaient par ce poste. »¹⁰²

176. S'agissant de la catégorie, établie par la Cour, d'application extraterritoriale basée sur le « contrôle effectif d'une zone », des développements ont eu lieu concernant les facteurs que la Cour prendra en considération, notamment dans l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Catan et autres c. République de Moldova et Russie*.¹⁰³ L'affaire concernait la requête déposée par des enfants et des parents appartenant à la communauté moldave de Transnistrie concernant les effets d'une politique linguistique adoptée par le régime séparatiste de la « République moldave de Transnistrie » (« RMT ») interdisant l'utilisation de l'alphabet latin dans les écoles et les mesures prises par la suite pour mettre en œuvre cette politique. La Cour, établissant que les requérants relevaient de la juridiction de la Russie aux fins de l'article 1, a regardé au-delà de la question de la création de la « RMT » résultant de l'assistance militaire russe (en 1991-1992) et de

⁹⁹ Ibid., § 81.

¹⁰⁰ *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 74, 16 septembre 2014.

¹⁰¹ Ibid., §§ 76-80.

¹⁰² *Jaloud c. Pays-Bas* [GC], n° 47708/08, § 152, 20 novembre 2014. Comparez aussi *Pisari c. Moldova et Russie*, n° 42139/12, § 33, 21 avril 2015 (concernant le décès du fils des requérants à un poste de contrôle de maintien de la paix dans la région transnistrienne suite à la décision d'un soldat russe de tirer sur son véhicule qui passait).

¹⁰³ *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n°s 43370/04 et 2 autres, 19 octobre 2012 (extraits).

l'ampleur du déploiement militaire russe (en 2002-2004)¹⁰⁴ et a également tenu compte du fait que la « RMT » a survécu pendant la période en question (2002-2004) uniquement grâce au soutien économique de la Russie, *inter alia*¹⁰⁵. La Cour a conclu que la Russie continuait à fournir un soutien militaire, économique et politique aux séparatistes transnistriens, de sorte qu'il avait été constaté qu'elle avait exercé au cours de la période en question un contrôle effectif et une influence déterminante sur l'administration de la « RMT ».¹⁰⁶ Selon la Cour, les faits incriminés relevaient donc de la juridiction de la Russie, bien que la Cour ait reconnu qu'il n'y avait aucune preuve d'une implication directe d'agents russes dans l'action engagée contre les écoles des requérants.¹⁰⁷ La Cour a précisé :

« 106. Le principe voulant que la juridiction de l'Etat contractant au sens de l'article 1 soit limitée à son propre territoire connaît une exception lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, l'Etat exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire. L'obligation d'assurer dans une telle zone le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat ou par le biais d'une administration locale subordonnée (*Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 62, série A n° 310 ; *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 76, CEDH 2001-IV ; *Banković et autres*, décision précitée, § 70 ; *Ilaşcu et autres*, précité, §§ 314-316 ; *Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, § 52, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, et *Al-Skeini et autres*, précité, § 138). Dès lors qu'une telle mainmise sur un territoire est établie, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'Etat contractant qui la détient exerce un contrôle précis sur les politiques et actions de l'administration locale qui lui est subordonnée. Du fait qu'il assure la survie de cette administration grâce à son soutien militaire et autre, cet Etat engage sa responsabilité à raison des politiques et actions entreprises par elle. L'article 1 lui fait obligation de reconnaître sur le territoire en question la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés, et les violations de ces droits lui sont imputables (*Chypre c. Turquie*, précité, §§ 76-77 ; *Al-Skeini et autres*, précité, § 138).

107. La question de savoir si un Etat contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question de fait. Pour se prononcer, la Cour se réfère principalement au nombre de soldats déployés par l'Etat sur le territoire en cause (*Loizidou* (fond), précité, §§ 16 et 56, et *Ilaşcu et autres*, précité, § 387). D'autres éléments peuvent aussi entrer en ligne de compte, par exemple la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'Etat à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci une influence et un contrôle dans la région (*Ilaşcu et autres*, précité, §§ 388-394 ; *Al-Skeini et autres*, précité, § 139). [...]

114. La Cour [...] a [...] également dit qu'il peut y avoir exercice extraterritorial de sa juridiction par un Etat lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, cet Etat exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire (paragraphe 106 ci-dessus). La Cour admet que rien n'indique que des agents russes aient été directement impliqués dans les mesures prises contre les écoles des requérants. Dès lors toutefois que les requérants soutiennent que la Russie

¹⁰⁴ Ibid., §§ 118-119. La Cour admet qu'en 2002-2004, le nombre de militaires russes stationnés en Transnistrie avait considérablement diminué (voir *Ilaşcu*, précité, § 387) et était faible par rapport à la taille du territoire.

¹⁰⁵ Ibid., § 120.

¹⁰⁶ Ibid., § 122.

¹⁰⁷ Ibid., § 114.

exerçait un contrôle effectif sur la « RMT » pendant la période pertinente, elle doit rechercher si tel était ou non le cas. [...]

121. Il s'ensuit, en résumé, que le gouvernement russe n'a pas convaincu la Cour que les conclusions auxquelles elle était parvenue en 2004 dans l'arrêt *Ilaşcu et autres* (précité) étaient erronées. La « RMT » avait été établie grâce au soutien militaire russe. Le maintien de la présence de militaires et d'armes russes dans la région indiquait clairement aux dirigeants de la « RMT », au gouvernement moldave et aux observateurs internationaux que la Russie continuait à fournir un soutien militaire aux séparatistes. De surcroît, la population était tributaire d'un approvisionnement gratuit ou fortement subventionné en gaz, du versement de pensions et d'autres types d'aide financière de la part de la Russie.

122. La Cour confirme donc les conclusions formulées par elle dans son arrêt *Ilaşcu et autres* (précité) et selon lesquelles de 2002 à 2004 la « RMT » n'avait pu continuer à exister – en résistant aux efforts déployés par la Moldova et les acteurs internationaux pour régler le conflit et rétablir la démocratie et la primauté du droit dans la région – que grâce à l'appui militaire, économique et politique de la Russie. Dès lors, le degré élevé de dépendance de la « RMT » à l'égard du soutien russe constitue un élément solide permettant de considérer que la Russie exerçait un contrôle effectif et une influence décisive sur l'administration de la « RMT » à l'époque de la crise des écoles. »

177. Ensuite, dans son analyse de la responsabilité de la Fédération de Russie pour la violation alléguée de l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention, la Cour a déclaré :

« 149. La Cour observe qu'il n'y a aucune preuve d'une participation directe d'agents russes aux mesures prises contre les requérants. De même, rien n'indique que la Fédération de Russie soit intervenue dans la politique linguistique de la « RMT » en général ou qu'elle l'ait approuvée. De fait, c'est grâce aux efforts de médiateurs russes, agissant de concert avec des médiateurs ukrainiens et de l'OSCE, que les autorités de la « RMT » ont autorisé les écoles à rouvrir en tant qu'« établissements scolaires privés étrangers » (paragraphe 49, 56 et 66 ci-dessus).

150. Cela étant, la Cour a établi que la Russie exerçait un contrôle effectif sur la « RMT » pendant la période en question. Eu égard à cette conclusion, et conformément à la jurisprudence de la Cour, il n'y a pas lieu de déterminer si la Russie exerçait un contrôle précis sur les politiques et les actes de l'administration locale subordonnée (paragraphe 106 ci-dessus). Du fait de son soutien militaire, économique et politique continu à la « RMT », laquelle n'aurait pu survivre autrement, la responsabilité de la Russie se trouve engagée au regard de la Convention à raison de l'atteinte au droit des requérants à l'instruction. Dès lors, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention par la Fédération de Russie. »

178. Dans l'affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* en 2004, la Cour a conclu que la « RMT » était « sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive » de la Fédération de Russie et a conclu que la Fédération de Russie exerçait sa juridiction sur les requérants.¹⁰⁸ Toutefois, dans une série d'autres affaires découlant de la situation en Transnistrie, la Cour, se fondant sur les conclusions qu'elle

¹⁰⁸ *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, §§ 392 et 394, 8 juillet 2004.

avait rendues dans l'affaire *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie*¹⁰⁹ en 2004, avait conclu que la Fédération de Russie exerçait sa juridiction sur les requérants en ce qui concerne tous les actes de la « RMT », y compris les détentions illégales¹¹⁰, des soins médicaux déficients en prison¹¹¹ et aussi la confiscation de produits agricoles par les agents des douanes de la « RMT »¹¹², au motif que la Russie exerçait un contrôle effectif sur la « RMT ».

179. La Cour s'est en outre prononcée sur la question du contrôle effectif d'une zone située en dehors du territoire d'un Etat dans l'affaire *Chiragov et autres c. Arménie*.¹¹³ L'affaire concernait les griefs par six réfugiés azerbaïdjanais selon lesquels ils seraient empêchés de retourner à leurs domiciles et leurs biens situés dans le district de Latchin, en Azerbaïdjan, d'où ils avaient été forcés de fuir en 1992. Se référant à *Catan et autres*, la Cour a rappelé que l'évaluation, à partir des faits de la cause, de l'existence ou non d'un contrôle effectif de la République d'Arménie sur les territoires concernés « dépend avant tout de l'ampleur de la présence militaire de l'Etat sur place, mais d'autres indicateurs, tels que le soutien économique et politique éventuellement apporté, peuvent aussi avoir leur importance ».¹¹⁴ Examinant l'implication militaire de l'Arménie, la Cour a jugé « établi que la République d'Arménie, par sa présence militaire et par la fourniture de matériel et de conseils militaires, a participé très tôt et de manière significative au conflit du Haut-Karabakh. Cet appui militaire a été et demeure déterminant pour la conquête et la conservation du contrôle sur les territoires en cause, et les éléments disponibles, en particulier l'accord de coopération militaire de 1994, démontrent de manière convaincante que les forces armées de l'Arménie et celles de la « RHK » sont largement intégrées ».¹¹⁵ En outre, examinant d'autres formes de soutien fourni par l'Arménie à la « République du Haut-Karabakh » (« RHK »), la Cour a conclu que l'Arménie fournissait un « appui politique apporté de manière générale »¹¹⁶, notait que « des agents des forces de l'ordre arméniennes y sont actifs et que les juridictions arméniennes exercent leur compétence sur ce territoire »¹¹⁷, et a considéré que la « RHK » « ne pourrait pas subsister économiquement sans l'appui substantiel que lui apporte l'Arménie ».¹¹⁸ La Cour a conclu que « la République d'Arménie a exercé sur la « RHK » une influence importante et déterminante dès le début du conflit dans le Haut-Karabakh, que les deux entités sont hautement intégrées dans pratiquement tous les domaines importants et que cette situation perdure à ce jour. [...] la « RHK » et son administration survivent grâce à l'appui militaire, politique, financier et autre que leur apporte l'Arménie, laquelle, dès lors, exerce un contrôle effectif sur le Haut-Karabakh et les territoires avoisinants, y compris le district de Latchin. Les faits dénoncés par les requérants relèvent donc de la juridiction de l'Arménie aux fins de l'article 1 de la Convention ».¹¹⁹

¹⁰⁹ *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, 8 juillet 2004.

¹¹⁰ Voir *Ivanțoc et autres c. Moldova et Russie*, n° 23687/05, §§ 116-120 et §§ 132-134, 15 novembre 2011; *Mozer c. République de Moldova et Russie* [GC], n° 11138/10, §§ 101-111 et §§ 156-158, 23 février 2016; et *Apcov c. République de Moldova et Russie*, n° 13463/07, §§ 23-25 et 47-49, 30 mai 2017.

¹¹¹ Voir *Mozer*, précité, §§ 101-111, §§ 156-158 et § 184; et *Apcov*, précité.

¹¹² Voir *Sandu et autres c. la République de Moldova et la Russie*, n° 21034/05, 41569/04, 41573/04, 41574/04, 7105/06, 9713/06, 18327/06 et 38649/06, §§ 36-38, 17 juillet 2018.

¹¹³ *Chiragov et autres c. Arménie* [GC], n° 13216/05, 16 juin 2015.

¹¹⁴ *Ibid.*, § 169.

¹¹⁵ *Ibid.*, § 180.

¹¹⁶ *Ibid.*, § 181.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 182.

¹¹⁸ *Ibid.*, § 185.

¹¹⁹ *Ibid.*, § 186.

- Approches adoptées par d'autres organes internationaux

180. Il convient de noter que d'autres tribunaux internationaux et organes de traités ont développé une jurisprudence sur l'application extraterritoriale des clauses de juridiction d'autres traités relatifs aux droits de l'homme. En particulier :

- Dans son Avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la CIJ a déclaré que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) s'appliquait aux actes accomplis par un État dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire¹²⁰, se référant notamment aux conclusions du Comité des droits de l'homme¹²¹, selon lesquelles « les dispositions du pacte s'appliquent au profit de la population des territoires occupés, en ce qui concerne tous les actes accomplis par les autorités ou les agents de l'Etat partie dans ces territoires, qui compromettent la jouissance des droits consacrés dans le pacte et relèvent de la responsabilité de l'Etat d'Israël conformément aux principes du droit international public ».
- Le Comité des droits de l'homme, dans son Observation générale n° 31 sur « La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte », aux termes de laquelle le CDH prévoyait que les États étaient tenus de garantir et de respecter le PIDCP dans leur pays et à l'étranger pour les personnes sous le pouvoir ou le contrôle effectif d'un État Partie agissant en dehors de son territoire, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été obtenu.¹²²
- La Commission interaméricaine des droits de l'homme interprétant la Convention américaine relative aux droits de l'homme (un traité inspiré de la Convention européenne) a invoqué la même approche en élargissant sa juridiction sur les affaires impliquant l'intervention militaire des États-Unis à Grenade en 1983¹²³ et à Panama en 1989¹²⁴, et les cas de détention illimitée d'étrangers par les États-Unis dans des camps situés à l'extérieur des États-Unis, à Guantanamo Bay, à Cuba.¹²⁵

181. Cela étant dit, l'application extraterritoriale des traités relatifs aux droits de l'homme et notamment du PIDCP, même s'agissant d'actions directes d'agents de

¹²⁰ Cour internationale de justice, Avis consultatif, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, §§ 110-111.

¹²¹ Comité des droits de l'homme, Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte - Observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël, 63^e session, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998, § 10. Le Comité des droits de l'homme a maintenu cette opinion dans son Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte - Observations finales du Comité des droits de l'homme: Israël, 78^e sess., UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, § 11; 99^e sess., UN Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, 3 septembre 2010, § 5; et UN Doc. CCPR/C/ISR/CO/4, 21 novembre 2014, § 5.

¹²² Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31: La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 80^{ème} session, Doc. ONU. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, § 10. Voir également Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 36 (2018) sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, sur le droit à la vie, 124^e sess., UN Doc. CCPR/C/GC/36, 30 octobre 2018, § 36.

¹²³ Rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) n° 109/99, affaire 10.951, Coard et al., États-Unis, 29 septembre 1999.

¹²⁴ Rapport de la CIDH n° 31/93, affaire 10.573, États-Unis, 14 octobre 1993.

¹²⁵ Rapport de la CIDH n° 17/12, pétition P-900-08, recevabilité, Djamel Ameziane, États-Unis, 20 mars 2012; Rapport de la CIDH n° 112/10, pétition inter-États n° 02, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Équateur - Colombie, 21 octobre 2010.

l'État, a été constamment contestée par certains États tels que les États-Unis¹²⁶, Israël¹²⁷, le Royaume-Uni¹²⁸ et le Canada¹²⁹.

iii. Défis et solutions possibles

182. La jurisprudence de la Cour sur l'application de la Convention exposée ci-dessus montre que les organes de la Convention ont déjà établi à un stade précoce que la « juridiction » au sens de l'article 1 de la Convention est avant tout territoriale. Cependant, il est également clair qu'elle n'est pas toujours limitée au territoire national des Hautes Parties contractantes. Malgré l'attention portée par la Cour à la définition et à la catégorisation détaillées des exceptions au principe de juridiction principalement territoriale, certaines questions d'interprétation de cette notion et de son champ d'application demeurent non résolues.

183. À la suite des décisions des organes de la Convention sur l'application extraterritoriale de la Convention, notamment dans les affaires concernant la situation dans le Chypre de nord, la Cour a énoncé clairement les principes directeurs relatifs à l'interprétation de la notion de « juridiction » dans l'une de ses décisions importantes en la matière dans l'affaire *Banković*. Elle définissait la juridiction des États comme essentiellement territoriale et énumérait quatre catégories de juridiction extraterritoriale (affaires d'extradition / expulsion, affaires à effet extraterritorial, affaires de contrôle effectif et affaires diplomatiques ou consulaires et affaires de juridiction du pavillon). Elle a indiqué qu'étant donné que le champ d'application de l'article 1 déterminait la portée de l'ensemble du système de la Convention, il n'avait pas appliqué l'approche d'« instrument vivant » à son interprétation de l'article 1 dans cette affaire. En outre, la conclusion de la Cour selon laquelle la Convention opère « dans un contexte

¹²⁶ Lors de la présentation de son rapport initial, les États-Unis ont informé le CDH que « le Pacte n'est pas considéré en effet comme applicable hors du territoire » en raison des « deux conditions » de l'article 2 (1), doc. CCPR/C/SR.1405, 24 avril 1995, § 20, disponible à l'adresse suivante: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FSR.1405&Lang=en ; voir aussi le Troisième rapport périodique des États-Unis d'Amérique, document des Nations Unies, doc. CCPR / C / USA / 3, 28 novembre 2005, p. 109-112, disponible à l'adresse suivante: http://www.bayefsky.com/reports/us_ccpr_c_usa_3_2005.pdf ; et la déclaration liminaire devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies prononcée par Matthew Waxman, chef de la délégation des États-Unis et directrice adjointe principale de la planification des politiques au département d'État, sur le rapport concernant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), tenue le 17 juillet 2006 à Genève, en Suisse, disponible à l'adresse: <https://2001-2009.state.gov/g/drl/rls/70392.htm> ; ainsi que les déclarations d'Eleanor Roosevelt aux Travaux préparatoires du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commission des droits de l'homme, 6ème session, UN Doc. E / CN.4 / SR.193, 26 mai 1950, § 78; UN Doc. E / CN.4 / SR.194, 25 mai 1950, §§ 16, 18 et 21.

¹²⁷ Voir pour la position d'Israël à cet égard, par exemple, Comité des droits de l'homme, Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 40 du Pacte, selon la procédure facultative d'établissement des rapports, Quatrième rapports périodiques des États parties attendus en 2013, Israël, document CCPR/C/ISR/4, 12 décembre 2013, §§ 45-48.

¹²⁸ Voir pour le point de vue du Royaume-Uni, par exemple, Comité des droits de l'homme, Examen des rapports soumis par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte, Renseignements reçus du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord sur la suite donnée aux observations finales du Comité des droits de l'homme, document, CCPR/C/GBR/CO/6/Add.1, 3 novembre 2009, §§ 24-27 ; et Examen des rapports soumis par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte, Septième rapports périodiques des États parties attendus en juillet 2012, Royaume-Uni, territoires britanniques d'outre-mer, dépendances de la Couronne, document CCPR/C/GBR/7, 29 avril 2013, § 562, dans lequel le Royaume-Uni a réitéré que « les obligations du Royaume-Uni en matière de droits de l'homme sont d'abord territoriales et que le Gouvernement se doit de s'y plier pour le peuple du Royaume-Uni. Le Royaume-Uni considère que le Pacte ne pourrait avoir d'effet en dehors du territoire du Royaume-Uni que dans les circonstances les plus exceptionnelles. »

¹²⁹ Voir le compte rendu de la discussion du CDH avec le Canada sur le sixième rapport périodique du Canada, 114ème session, 8 juillet 2015, disponible à l'adresse suivante: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16215&LangID=E>, par rapport à l'application extraterritoriale du PIDCP concernant la responsabilité sociale des entreprises canadiennes pour des violations des droits de l'homme à l'étranger.

essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des Etats contractants »¹³⁰ pourrait être interprétée comme indiquant que la Convention, si elle était exceptionnellement applicable de manière extraterritoriale, ne s'appliquerait qu'à l'égard du territoire d'un autre Etat contractant. Enfin, la conclusion de la Cour selon laquelle l'obligation énoncée à l'article 1 ne pourrait pas être « divisée et adaptée » en fonction des circonstances particulières de l'acte extraterritorial en question pourrait être considérée comme excluant l'obligation de ne garantir que les droits pertinents pour la situation du requérant. La Cour a conclu que les faits de l'affaire en question – concernant des frappes aériennes en dehors du territoire de la Convention – relevaient du principe selon lequel il n'existait pas de juridiction extraterritoriale; aucune des conditions pour ces exceptions n'étaient remplies.

184. Certaines affaires ultérieures de la Cour ont développé son application extraterritoriale de la Convention telle que décrite dans *Banković*. Dans l'affaire *Issa*, la Cour a estimé que « l'article 1 de la Convention ne peut être interprété de manière à permettre à un Etat partie de commettre sur le territoire d'un autre Etat des violations de la Convention, qu'il ne pourrait pas commettre sur son propre territoire »¹³¹ et a ainsi indiqué que la Convention pourrait être appliquée en dehors de l'espace juridique de la Convention. Dans l'affaire *Pad*, la Cour a conclu que la responsabilité de l'Etat défendeur pouvait être engagée dans une affaire impliquant le décès des personnes éventuellement provoqué par des tirs depuis un hélicoptère militaire en territoire étranger et donc dans une situation de frappes aériennes dont il n'avait pas été établi que les victimes relèvent de la juridiction de l'Etat défendeur dans *Banković*.

185. Dans l'affaire *Al-Skeini*, un autre arrêt important sur la portée de la notion de juridiction, la Cour a restructuré les différentes catégories d'exceptions à la règle de juridiction sur le territoire de l'Etat et, dans une certaine mesure, s'est écartée de *Banković*. La Cour a divisé les exceptions en deux groupes : premièrement, les cas de contrôle par un agent de l'Etat, dans lesquels l'Etat doit garantir à l'individu les droits qui s'appliquent à sa situation, et, deuxièmement, les cas de contrôle effectif dans une zone où l'Etat doit garantir, dans la zone sous son contrôle, la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention. Il ressort clairement de la définition de la Cour de la portée des obligations de l'Etat dans la première catégorie de cas d'autorité et de contrôle de l'agent de l'Etat, que les droits de la Convention peuvent, comme le reconnaît la Cour elle-même, être « divisés et adaptés » en fin de compte, dans la mesure où seuls les droits conventionnels pertinents pour la situation doivent être assurés.¹³² En outre, les faits de l'affaire, qui concernait le décès des parents des requérants au cours d'opérations de sécurité sur le territoire irakien, relevaient de l'exception de l'autorité et du contrôle de l'agent Etat. L'Etat défendeur s'est donc avéré avoir juridiction en dehors de l'espace juridique de la Convention.

186. Dans d'autres requêtes, notamment dans les affaires *Hirsi Jamaa*, *Hassan et Jaloud*, la Cour, tout en invoquant les principes résumés dans *Al-Skeini*, a conclu que les faits de l'affaire relevaient de l'exception de l'autorité et du contrôle de l'agent de l'Etat, élargissant encore ainsi le champ d'application de la Convention à d'autres situations survenant en dehors du territoire des Etats défendeurs. La formulation générale des principes énoncés dans *Al-Skeini*, en ce qui concerne l'autorité et le contrôle de l'agent d'Etat, signifie qu'il pourrait être difficile pour l'Etat défendeur de prévoir la portée exacte de ses obligations en vertu de la Convention quant aux droits individuels dans une situation donnée. C'est particulièrement le cas compte tenu de

¹³⁰ *Banković et autres*, précité, § 80.

¹³¹ *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96, § 71, 16 novembre 2004 (traduction du Secrétariat).

¹³² *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 137, 7 July 2011.

l'évolution des droits fondamentaux garantis par la Convention, qui doit désormais aussi comporter des obligations positives et / ou procédurales.

187. [ancien 51] Plusieurs arrêts importantes ont défini plus précisément le champ de la juridiction des États lorsque ceux-ci contrôlaient effectivement une région, en particulier dans les situations où ce contrôle était exercé non pas directement, mais par l'intermédiaire d'une administration subordonnée. Dans plusieurs affaires concernant la création, sur le territoire d'un État contractant, d'une entité qui n'est pas reconnue par la communauté internationale en tant qu'État souverain, avec l'appui de l'État défendeur, la Cour n'a pas seulement tenu compte de la force de la présence militaire de l'État dans la région. Dans *Catan*, en particulier, il a souligné que l'État défendeur exerçait un « un contrôle effectif et une influence décisive » sur l'administration séparatiste, dont l'existence a été maintenue « que grâce à l'appui militaire, économique et politique de la Russie »¹³³. De même, dans l'affaire *Chiragov*, la Cour a constaté que non seulement le soutien militaire de l'État défendeur restait déterminant pour le maintien du contrôle sur les territoires en question, mais aussi que la « République du Haut-Karabakh » – dont l'armée et l'administration et celles d'Arménie se sont avérées être très intégrées – a survécu « grâce à l'appui militaire, politique, financier et autre » que leur apportait l'Arménie.¹³⁴ Aucune action directe de l'État défendeur en ce qui concerne l'acte contesté n'a donc été jugée nécessaire dans ce groupe d'affaires pour que les faits relèvent de la juridiction de l'État défendeur. **[Ce paragraphe n'a pas encore été adopté provisoirement]**

188. Dans cette catégorie d'affaires, lorsqu'un État défendeur n'exerce pas de contrôle territorial direct, mais seulement une influence déterminante sur l'administration d'un territoire séparatiste, les conséquences d'une constatation de juridiction sont considérables. L'État défendeur est tenu de garantir sur un tel territoire la totalité des droits énoncés dans la Convention au sens d'une obligation d'obtenir le résultat escompté par la Convention, et pas seulement en tant qu'obligation de moyens, c'est-à-dire de faire ce qui est possible pour atteindre ce résultat.¹³⁵ Cette catégorie d'affaires peut poser des difficultés aux États au stade de l'exécution des arrêts. Toutefois le caractère inconditionnel de l'obligation d'exécuter les arrêts de la Cour en vertu de l'article 46 de la Convention doit être rappelé. Il a été décidé que cet aspect relatif à l'exécution des arrêts ne sera pas abordé, car il sortait du cadre du rapport sur l'interaction entre la Convention et le droit international général et de l'analyse du risque de fragmentation résultant d'interprétations divergentes à prendre en considération dans le présent rapport.¹³⁶

189. La Cour ne distingue pas toujours clairement la juridiction au sens de l'article 1 CEDH, d'une part, et l'attribution d'un comportement en vertu du droit de la responsabilité de l'État, d'autre part. En choisissant l'expression « contrôle effectif d'une zone », la Cour semble avoir retenu un concept familier du droit international, mais servant de base pour attribuer le comportement d'une entité à une autre en droit de la responsabilité des États (voir en plus de détail le paragraphe 238 [ancien 101]).

¹³³ *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n°s 43370/04 et 2 autres, § 122, 19 octobre 2012 (extraits).

¹³⁴ *Chiragov et autres c. Arménie* [GC], n° 13216/05, §§ 180, 185 et 186, 16 juin 2015.

¹³⁵ Voir Philippe Boillat, *Execution of judgements: new paths*, dans: International and Comparative Law Research Center (ed.), *Case-law of the European Court of Human Rights – Extraterritorial jurisdiction: Looking for solutions*, 2018, p. 63-67.

¹³⁶ *Note du Secrétariat: Ce passage a été ajouté afin de refléter les indications données par le CDDH lors de sa réunion des 27-30 novembre 2018 sur la question de savoir si les questions relatives à l'exécution des arrêts devraient être traitées dans ce chapitre (voir le renvoi de cette question au CDDH DH-SYSC-II (2018) R4, § 12).*

190. Partant du concept de juridiction en droit international public, la Cour a développé sa propre notion de juridiction en vertu de l'article 1, évoquant le caractère spécial de la Convention en tant que traité relatifs aux droits de l'homme. D'autres cours internationales et organes de traités ont également donné un effet extraterritorial aux clauses de juridiction d'autres traités relatifs aux droits de l'homme, même si cela a été contesté par certains États. Toutefois, il y a quelques différences dans les approches de ces cours et organes de traités.

191. Ces dernières années, la Cour a plus souvent constaté que la Convention s'appliquait de manière extraterritoriale sur la bases des principes développés dans sa jurisprudence et des faits particuliers de l'affaire. Cette évolution, dans le contexte des incertitudes inhérentes à une approche factuelle et de certaines incertitudes dans l'interprétation des principes concernant la portée des obligations des États exposée ci-dessus, entraîne dans une certaine mesure un manque de prévisibilité pour les États des obligations précises en vertu de l'article 1. Une telle incertitude peut compromettre la volonté des États, en particulier de participer à certaines formes de coopération internationale, y compris des missions de maintien de la paix, régies par le droit international.

192. Il convient de garder à l'esprit que l'interprétation du champ d'application de l'article 1 est une question particulièrement délicate pour les États parties à la Convention, car elle est déterminante pour susciter toute une série d'obligations de fond découlant de la Convention. Pour cette raison, une interprétation évolutive dans ce domaine pourrait réduire la capacité des États de prévoir de manière fiable l'approche probable de la Cour et de s'acquitter ainsi de leurs obligations juridiques en vertu de la Convention. Compte tenu de l'importance pour les États de connaître les circonstances exactes dans lesquelles ils sont obligés de garantir les droits de la Convention, la sécurité juridique est, en tout état de cause, essentielle dans ce domaine particulier.

c. L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL DE LA RESPONSABILITE DES ETATS PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

i. Introduction

193. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission du droit international en 2001 (AREFII), codifie largement les règles coutumières du droit international en la matière, bien que sur certains aspects il s'agisse de développements progressifs du droit. Ces articles représentent un code des règles secondaires¹³⁷ qui déterminent si un État a commis un fait internationalement illicite tel, qu'il engage sa responsabilité envers un autre État / d'autres États. L'article 55 des AREFII prévoit que « [l]es présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat sont régis par des règles spéciales de droit international ».

194. La Convention ne comporte aucune disposition qui diffère explicitement du régime général de la responsabilité des États, ou un régime de *lex specialis*. Dans

¹³⁷ Si les règles primaires définissent le contenu des obligations internationales issues du droit international matériel coutumier et conventionnel (dont la violation engage la responsabilité), les règles secondaires énoncent les conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites, et aux conséquences juridiques qui en découlent, voir le [Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs](#), point (1).

l'affaire *Banković* la Cour s'est exprimée sur la relation entre les règles de la responsabilité des États et la Convention :

« 57. ... [la Cour] doit aussi prendre en compte toute règle pertinente du droit international lorsqu'elle se prononce sur des différends concernant sa compétence et, par conséquent, déterminer la responsabilité des États conformément aux principes du droit international régissant la matière, tout en tenant compte du caractère particulier de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme (arrêt *Loizidou* (fond) précité, §§ 43 et 52). Aussi la Convention doit-elle s'interpréter, dans toute la mesure du possible, en harmonie avec les autres principes du droit international, dont elle fait partie (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763, § 60, à paraître dans CEDH 2001). »

195. La Cour n'a jamais affirmé de manière explicite que le régime de la responsabilité des États aux termes de la Convention constitue une *lex specialis*, sauf en ce qui concerne l'article 41 concernant la satisfaction équitable (« gardant à l'esprit la spécificité de l'article 41 en tant que *lex specialis* par rapport aux règles et principes généraux du droit international »¹³⁸).

196. Pour les besoins de la présente étude sur la notion de « juridiction », au sens de l'article 1 de la Convention, la première question qui se pose en matière de responsabilité de l'État est celle de l'« attribution ». La Convention ne contient aucune disposition se référant aux critères d'attribution d'un comportement à une Haute Partie contractante. Il n'existe donc aucune *lex specialis* dans la Convention concernant l'attribution d'un comportement illicite (en effet, les questions concernant l'attribution sont souvent considérées comme faisant partie de la question de « juridiction » au sens de l'article 1). Par conséquent, la Cour a, à plusieurs reprises, fait référence aux AREFII au titre de la loi applicable¹³⁹.

ii. Jurisprudence de la Cour

197. Dans sa jurisprudence, la Cour EDH, de manière générale, ne traite pas explicitement de la question de l'attribution à l'État défendeur d'un comportement qui aurait violé la Convention. Toutefois, dans un nombre relativement réduit d'affaires (lesquelles se rapportent largement à la juridiction extraterritoriale), la question de l'attribution a été spécifiquement examinée par la Cour, généralement, lorsqu'un État défendeur avait soulevé cette question¹⁴⁰ ; même si à certaines occasions la Cour a pu procéder à l'examen de la question d'attribution à son initiative.¹⁴¹

198. Pour les besoins de la présente analyse, il est utile d'opérer une distinction entre les différentes situations dans lesquels la question de l'attribution se pose :

- Affaires concernant des questions d'attribution à un État des actions de personnes privées ou d'acteurs non-étatiques;

¹³⁸ Cour EDH, *Chypre c. Turquie* (satisfaction équitable) [GC], n° 25781/94, § 42, 12 mai 2014.

¹³⁹ Il convient de noter que, selon le Projet d'Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, point (5), « [l]es présents articles portent sur l'ensemble du domaine de la responsabilité des États. Ils ne sont donc pas limités aux violations d'obligations bilatérales, celles qui résultent par exemple d'un traité bilatéral conclu avec un autre État, mais s'appliquent à l'ensemble des obligations internationales des États, que l'obligation existe envers un ou plusieurs États, envers un individu ou un groupe, ou envers la communauté internationale dans son ensemble. »

¹⁴⁰ Voir, par exemple, *Loizidou c. Turquie* (fond), §§ 51-57, 18 décembre 1996.

¹⁴¹ Voir p. ex. *Stephens c. Malte* (n° 1), n° 11956/07, § 45, 21 avril 2004.

- Affaires concernant des questions d'attribution dans des situations impliquant plus d'un État dans les faits ;
- Affaires concernant des questions d'attribution dans des situations impliquant un ou plusieurs États et une organisation internationale dans les faits.

- Affaires concernant des questions d'attribution à un État des actions de personnes privées ou d'acteurs non-étatiques

199. La Cour a commencé à traiter des questions de juridiction et d'attribution bien avant que la plupart des États du Conseil de l'Europe n'aient ratifié la CEDH (notamment dans les affaires *Chypre c. Turquie* (1975)¹⁴², *Stocké* (1989)¹⁴³ et *Loizidou* (1996)¹⁴⁴). Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*¹⁴⁵, la Cour a traité la question de savoir si le requérant relevait de la « juridiction » de la Turquie au sens de l'article 1 de la Convention en statuant sur les exceptions préliminaires. La question de savoir si les faits faisant l'objet de la requête étaient imputables à la Turquie et pouvaient ainsi engager la responsabilité de cet Etat, a été tranchée par la Cour dans ses conclusions sur le fond.¹⁴⁶ La Cour a décrit le standard pertinent pour statuer sur la question de l'attribution de la façon suivante :

« ... La responsabilité [des Hautes Parties contractantes] peut donc entrer en jeu à raison d'actes ou d'omissions émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors de leur territoire. Conformément aux principes pertinents de droit international régissant la responsabilité de l'Etat, la Cour a dit - ce qui revêt un intérêt particulier en l'occurrence - qu'une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire - légale ou non - elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer, dans une telle région, le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée (arrêt *Loizidou* (exceptions préliminaires) précité, *ibidem*). »¹⁴⁷

200. En examinant les preuves afin de déterminer si le déni continu d'accès à la propriété de la requérante par les autorités de la « République turque de Chypre du Nord » (« RTCN »), qui a eu pour conséquence de lui faire perdre tout contrôle de sa propriété, était imputable à la Turquie, la Cour a estimé que :

« Il ne s'impose pas de déterminer si, comme la requérante et le gouvernement chypriote l'avancent, la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la "RTCN". Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre (paragraphe 16 ci-dessus) atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île. D'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la "RTCN" (paragraphe 52 ci-dessus). Les personnes touchées par cette politique ou

¹⁴² Voir *Chypre c. Turquie*, n° 6780/74 et 6950/75, Décision de la Commission du 26 mai 1975, Décisions et Rapports DR 2, p. 136; et rapport de la Commission adopté le 10 juillet 1976, p. 32.

¹⁴³ *Stocké c. Allemagne*, § 54, 19 mars 1991.

¹⁴⁴ *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995.

¹⁴⁵ *Ibid.*, §§60-64. L'affaire est née de la plainte d'une ressortissante chypriote d'origine grecque de Kyrenia, dans le Nord de Chypre, qui avait déménagé à Nicosie après son mariage en 1972. Elle prétendait être propriétaire de plusieurs parcelles à Kyrenia, affirmant que depuis l'invasion des forces turques en 1974, elle avait été empêchée de retourner à Kyrenia et de faire usage de ses biens.

¹⁴⁶ *Loizidou c. Turquie* (fond), §§ 52-57, 18 décembre 1996.

¹⁴⁷ *Loizidou c. Turquie* (fond), § 52, 18 décembre 1996.

ces actions relèvent donc de la "juridiction" de la Turquie aux fins de l'article 1 de la Convention (art. 1). L'obligation qui lui incombe de garantir à la requérante les droits et libertés définis dans la Convention s'étend en conséquence à la partie septentrionale de Chypre.

Cette conclusion dispense la Cour de se prononcer sur les arguments formulés devant elle par les comparants concernant la légalité ou l'illégalité prétendue au regard du droit international de l'intervention militaire de la Turquie dans l'île en 1974 puisque, comme elle l'a relevé ci-dessus, l'établissement de la responsabilité de l'Etat sur le terrain de la Convention ne commande pas pareil examen (paragraphe 52 ci-dessus).¹⁴⁸

201. Il convient de noter que, dans son analyse de la responsabilité des États dans l'affaire *Loizidou*, la Cour semble avoir conclu que tous les actes de la « RTCN » étaient imputables à la Turquie. Cela constituerait une application assez simple de la part de la Cour du principe d'attribution énoncé ultérieurement à l'article 8 de l'AREFII, qui concerne le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes dirigées ou contrôlées par un État. En effet, le commentaire de cet article par la Commission du droit international (CIT) mentionne entre autres dans la note de bas de page 160 l'arrêt *Loizidou*.¹⁴⁹ ~~nombre de note en bas de page à vérifier~~

202. Dans l'affaire *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie*, la Cour a examiné la responsabilité de la Russie pour des actes commis en « République moldave de Transnistrie » (« RMT »), une entité créée sur le territoire moldave. Les requérants, qui avaient été arrêtés au cours du conflit entre la Moldavie et les séparatistes transnistriens, livrés par les autorités militaires russes à la « RMT » en 1992, et détenus et condamnés à mort ou à de longues peines de prison, se plaignaient de plusieurs violations de la Convention qu'ils alléguaient être imputables à la Russie¹⁵⁰. La plus grande partie de l'arrêt a été consacrée à la discussion sur la relation entre la « RMT » et la Fédération de Russie, tant avant qu'après le moment de la ratification de la Convention par cette dernière **le 5 mai 1998**.

203. En ce qui concerne la période d'avant la ratification, la Cour a considéré que :

« [...] la responsabilité de la Fédération de Russie est engagée pour les actes illégaux commis par les séparatistes transnistriens, eu égard au soutien militaire et politique qu'elle leur a accordé pour établir le régime séparatiste et à la participation de ses militaires aux combats. Ce faisant, en effet, les autorités de la Fédération de Russie ont contribué, tant militairement que politiquement, à la création d'un régime séparatiste dans la région de Transnistrie, qui fait partie du territoire de la République de Moldova.

La Cour note ensuite que, même après l'accord de cessez-le-feu du 21 juillet 1992, la Fédération de Russie a continué à soutenir militairement, politiquement et économiquement le régime séparatiste (paragraphe 111-161 ci-dessus), lui permettant ainsi de survivre en se renforçant et en acquérant une autonomie certaine à l'égard de la Moldova. »¹⁵¹

¹⁴⁸ Ibidem, § 56.

¹⁴⁹ CIT, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, avec commentaires, 2001 YILC, Vol. II (deuxième partie). La note de bas de page [160] indique : « Le problème du degré de contrôle de l'État nécessaire aux fins de l'attribution d'un comportement à l'État a également été traité, par exemple par [...] la Cour européenne des droits de l'homme : [...] *Loizidou c. Turquie*, fond, Eur. Court H.R., Recueil 1996 – VI, p. 2216, aux pp. 2235 et 2236, par. 56, également p. 2234, par. 52; et *ibid.*, exceptions préliminaires, Eur. Court H.R., série A, n° 310, p. 23, par. 62 (1995) ».

¹⁵⁰ *Ilaşcu et autres, précité*.

¹⁵¹ *Ibid.*, § 382.

204. En ce qui concerne la période après la ratification de la CEDH par la Fédération de Russie, la Cour a estimé que :

« 392. L'ensemble de ces éléments est de nature à prouver que la « RMT », établie en 1991-1992 avec le soutien de la Fédération de Russie et dotée d'organes de pouvoir et d'une administration propres, continue à se trouver sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie et, en tout état de cause, qu'elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie.

393. Dans ces circonstances, la Cour estime qu'il existe un lien continu et ininterrompu de responsabilité de la part de la Fédération de Russie quant au sort des requérants, puisque la politique de la Fédération de Russie de soutien au régime et de collaboration avec celui-ci a perduré au-delà du 5 mai 1998 et qu'après cette date la Fédération de Russie n'a rien tenté pour mettre fin à la situation des requérants engendrée par ses agents, et n'a pas agi pour empêcher les violations prétendument commises après le 5 mai 1998.

Compte tenu de ce qui précède, il importe peu que, depuis le 5 mai 1998, les agents de la Fédération de Russie n'aient pas participé directement aux événements dénoncés dans la présente requête.

394. En conclusion, les requérants relèvent donc de la « juridiction » de la Fédération de Russie aux fins de l'article 1 de la Convention et la responsabilité de celle-ci est engagée quant aux actes dénoncés. »

205. Dans l'affaire *Ilaşcu*, la Cour ne semble pas faire de distinction claire entre, d'une part, la question de l'attribution d'un comportement et de l'autre, la question de savoir si la Russie a exercé sa juridiction sur le requérant au sens de l'article 1 de la Convention¹⁵². Concernant la question de l'attribution, il ne semble pas que la Cour ait considéré la « RMT » comme un organe de la Fédération de Russie. Si la Cour s'était alors référée à l'article 8 des AREFII, elle aurait eu à examiner si le comportement de la RMT pouvait être attribué à la Russie en tant que comportement d'un groupe de personnes agissant dans les faits sous la direction ou le contrôle de cet Etat. Il est à noter que le commentaire de la CDI sur cet article précise que ce comportement ne sera attribuable à l'Etat dans ce cas « que si ce dernier a dirigé ou contrôlé l'opération elle-même et que le comportement objet de la plainte faisait partie intégrante de cette opération »¹⁵³, une approche appuyée par la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*¹⁵⁴.

206. Cependant, le même Commentaire révèle que les cours internationales ne se sont pas entendues sur le degré de contrôle qui doit être exercé pour que le comportement d'un groupe de personnes soit attribuable à l'Etat. La Chambre d'Appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), dans l'arrêt *Le Procureur c. Duško Tadić*, s'est écarté de l'approche de la CIJ dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* et contre celui-ci et a conclu que : « Pour imputer à l'État des actes accomplis par des particuliers, le droit international exige qu'il exerce son contrôle sur eux. Le degré de contrôle requis peut cependant varier selon les

¹⁵² Voir aussi l'opinion dissidente du juge Kovler dans l'affaire *Ilaşcu et autres* cité plus haut, pp. 149 et suiv.

¹⁵³ Voir le [Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs](#), commentaire de l'article 8, point (3).

¹⁵⁴ Comparer [Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs](#), commentaire de l'article 8, point (4) ; et les conclusions de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis* [1986] ICJ Rep. 14, pp. 62 et 64-65, §§ 109 et 115 ; et aussi *affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)* [2007] CIJ Rep. 42, pp. 207-211, §§ 398-407.

circonstances factuelles propres à chaque affaire. La Chambre d'appel estime que le droit international ne saurait exiger dans tous les cas un contrôle très étroit »¹⁵⁵. Ce test de « contrôle global » mis au point par le TPIY a toutefois été expressément rejeté par la CIJ dans l'affaire de 2007 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*.¹⁵⁶ [NOTE DE BAS DE PAGE: La CIJ, observant que le TPIY n'était pas appelé à se prononcer sur des questions de responsabilité¹⁵⁷ des États, a estimé que « le critère du 'contrôle global' présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des États bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale », voir *ibid.*, § 406.]

207. Le Commentaire de la CDI souligne le fait que les questions juridiques et la situation factuelle dans l'affaire *Tadić* étaient différentes de celles auxquelles la CIJ était confrontée en *Nicaragua*, notant que « le mandat du Tribunal porte sur des questions de responsabilité pénale individuelle, pas sur la responsabilité des États. La question qui se posait dans l'affaire considérée avait trait non pas à la responsabilité mais aux règles applicables du droit international humanitaire » Le Commentaire mentionne également le fait qu'« [e]n tout état de cause, c'est au cas par cas qu'il faut déterminer si tel ou tel comportement précis était ou n'était pas mené sous le contrôle d'un État et si la mesure dans laquelle ce comportement était contrôlé justifie que le comportement soit attribué audit État »¹⁵⁸.

208. En ce qui concerne la Cour EDH, son mandat diffère à la fois de celui de la CIJ et de celui du TPIY, et la Cour souligne régulièrement « la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains »¹⁵⁹. Il est à noter que le degré de contrôle nécessaire d'un État sur une entité, défini dans l'arrêt *Ilaşcu et Autres* comme « se trouver sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive », de l'État défendeur, et « survi[vre] grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit » l'État défendeur, est moins stricte que le degré de contrôle qui doit être exercé pour que le comportement d'un groupe de personnes soit attribuable à un État selon la jurisprudence de la CIJ et du TPIY susmentionnée.

- Affaires concernant des questions d'attribution dans des situations impliquant plus d'un État dans les faits

209. Dans nombre de ses arrêts, la Cour EDH a traité de l'attribution d'un comportement dans des affaires où plusieurs États étaient impliqués dans un seul préjudice / une seule plainte. Il s'agit typiquement d'affaires dans lesquelles deux États

¹⁵⁵ *Le Procureur c. Duško Tadić*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Affaire IT-94-1-A (1999), ILM, vol. 38, N° 6 (novembre 1999), p. 1518, à la p. 1541, § 117. Ainsi, la Chambre d'appel a déclaré que « lorsque se pose la question de savoir si un *particulier isolé* ou un *groupe qui n'est pas militairement organisé* a commis un acte en qualité d'organe de fait d'un État, il est nécessaire de déterminer si ce dernier lui a donné des instructions spécifiques pour commettre ledit acte. À défaut, il convient d'établir si l'acte illicite a été *a posteriori* publiquement avalisé ou approuvé par l'État en question. En revanche, le contrôle exercé par un État sur des *forces armées, des milices ou des unités paramilitaires* subordonnées peut revêtir un caractère global (mais doit aller au delà de la simple aide financière, fourniture d'équipements militaires ou formation). »

¹⁵⁶ Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), *arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil 2007*, pp. 43 ss.

¹⁵⁷ Dans Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), *arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil 2007*, § 403, le CJI a estimé que « le TPIY n'était pas appelé dans l'affaire *Tadić*, et qu'il n'est pas appelé en règle générale, à se prononcer sur des questions de responsabilité internationale des États, sa juridiction étant de nature pénale et ne s'exerçant qu'à l'égard des individus ».

¹⁵⁸ Voir le [Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs](#), commentaire de l'article 8, point (5).

agissent indépendamment l'un de l'autre et où la Cour détermine la responsabilité de chaque État contractant individuellement, en examinant le comportement respectif de chaque État au regard des obligations conventionnelles. A cet égard, l'arrêt *Ilaşcu* dont les faits ont été relatés plus haut, est un exemple pertinent. Dans cette affaire, la Cour a considéré comme responsables la Moldavie et la Russie, chacune pour des actions ou omissions différentes de chacun des deux États. Ces actions et omissions avaient contribué à un préjudice / une plainte. Plus particulièrement, en ce qui concerne la plainte des requérants quant à l'illégalité et aux conditions de leur détention ainsi que les mauvais traitements reçus dans le cadre de celle-ci, la Moldavie a été reconnue responsable d'une violation des articles 3 et 5 à l'égard de trois des requérants, pour son manquement à son obligation positive de chercher à obtenir la libération de ces requérants. La responsabilité de la Russie a été engagée pour la détention des requérants par les autorités de la « RMT » étant donné qu'il a été établi que cette dernière se trouvait sous l'autorité effective, ou au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie ; ainsi le comportement contesté a été imputé à la Russie, qui a été reconnue coupable d'avoir violé les articles 3 et 5 à l'égard de l'ensemble des requérants.

210. Les affaires *Rantsev c. Chypre et Russie*¹⁶⁰ et *Stojkovic c. France et Belgique*¹⁶¹ constituent d'autres exemples. Dans l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*, la fille du requérant, O. Rantseva, une ressortissante russe, était décédée dans des circonstances inexpliquées après être tombée de la fenêtre d'une propriété privée à Chypre où elle était partie travailler en mars 2001. Dans les circonstances, on soupçonnait qu'elle ait pu être victime de trafic d'êtres humains. La Cour a jugé que Chypre avait méconnu l'article 2 de la Convention en raison de son manquement à mener une enquête efficace sur la mort d'O. Rantseva et l'article 4 pour ne pas avoir établi un cadre approprié de lutte contre le trafic d'êtres humains ou pris des mesures nécessaires pour protéger Mme Rantseva. En outre, elle a estimé que la Russie avait violé l'article 4 de la Convention en raison de son manquement à mener une enquête effective sur le recrutement de la jeune femme par des trafiquants sur son propre territoire.

211. Dans l'affaire *Stojkovic c. France et Belgique*, le requérant avait tout d'abord été interrogé à propos de son implication dans un vol (qui avait été commis en France) par des agents de police belges agissant en application d'une commission rogatoire internationale délivrée par un juge français, qui était également présent pendant l'interrogatoire. Malgré la demande faite par le requérant de bénéficier de l'assistance d'un défenseur, aucun avocat n'était présent pendant l'interrogatoire. En ce qui concerne la Belgique, dont les agents de police avaient mené l'interrogatoire en l'absence d'un avocat, la requête a été rejetée en raison de son caractère tardif. En revanche, la responsabilité de la France a été engagée et la Cour a jugé qu'elle avait violé l'article 6 §§ 1 et 3 (c) en raison de l'absence d'avocat au cours de l'interrogatoire du requérant. Le juge d'instruction français présent aurait dû rappeler aux autorités belges en charge de l'interrogatoire, qu'il avait exigé que l'avocat du requérant soit présent. Il s'agissait aussi pour les autorités françaises d'évaluer *ex post facto* la validité des actes entrepris à la suite de la commission rogatoire internationale aux fins de procédures pendantes en France.

212. L'approche de la Cour dans ces deux cas, où il apparaît clairement pour quel compte agissaient les personnes ou entités concernées, est cohérente avec le principe de la responsabilité indépendante – c'est à dire, le principe selon lequel chaque État est responsable de son propre comportement internationalement illicite et la responsabilité

¹⁶⁰ *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, 7 janvier 2010.

¹⁶¹ *Stojkovic c. France et Belgique*, n° 25303/08, 27 octobre 2011.

étatique est propre à l'Etat concerné¹⁶² – sous-tendu dans les AREFII.¹⁶³

213. Dans une autre catégorie d'affaires, la Cour a été confrontée au comportement d'un organe étatique ayant été mis à la disposition d'un autre Etat. Dans ces cas il n'était pas évident, dès le départ, de déterminer à quel Etat doit être attribué le comportement de l'organe. Cette difficulté est illustrée dans l'arrêt de la Cour *Drozdz et Janousek c. France et Espagne*¹⁶⁴. Les requérants de l'espèce se plaignaient de l'iniquité de leur procès en Andorre (dont la Cour avait estimé ne pas être compétente pour enquêter) et de leur détention en France. L'affaire a soulevé la question de l'attribution du comportement des juges français et espagnols exerçant des fonctions judiciaires à Andorre. Sur ce point, la Cour a accepté les arguments des Etat défendeurs. Elle a estimé que :

« [...] si des magistrats provenant de France ou d'Espagne siègent dans les juridictions andorranes, il ne le font pas en qualité de juges français ou espagnols; ces juridictions, et en particulier le Tribunal des Corts, remplissent leurs tâches de manière autonome; leurs jugements et arrêts échappent au contrôle des autorités de France et d'Espagne.

En outre, le dossier ne contient aucun élément donnant à penser que ces dernières aient tenté de s'immiscer dans le procès des requérants. »¹⁶⁵

214. Cependant, dans une autre catégorie d'affaires, la question s'est posée de savoir si la CEDH a attribué le comportement d'un Etat à un autre. Ainsi, dans l'affaire *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*¹⁶⁶, le requérant a allégué, en particulier, qu'il avait fait l'objet d'une opération de remise secrète, c'est-à-dire qu'il avait été arrêté, détenu en secret, interrogé et maltraité par des agents de l'Etat défendeur, qui l'avaient remis à l'aéroport de Skopje à des agents de l'Agence centrale du renseignement (CIA) des Etats-Unis, qui l'avaient ensuite emmené, sur un vol spécialement affrété par la CIA, dans un établissement de détention secret en Afghanistan, où il avait subi de mauvais traitements jusqu'à son retour en Allemagne via l'Albanie.

215. La Cour a constaté que le traitement subi par le requérant à l'Aéroport de Skopje aux mains de l'équipe de remise spéciale de la CIA était imputable à l'Etat défendeur. Dans ce contexte, elle a souligné que :

« ... les actes litigieux ont été accomplis en présence de fonctionnaires de l'Etat défendeur et sous la juridiction de celui-ci. En conséquence, il y a lieu de considérer que la responsabilité de l'Etat défendeur est engagée au regard de la Convention à raison des actes commis sur son territoire par des agents d'un Etat étranger, avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités (*Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 318, CEDH 2004-VII). »¹⁶⁷

216. Elle a aussi estimé que « l'ex-République yougoslave de Macédoine » :

« ... doit être considéré[e] comme directement responsable de la violation des droits du requérant de ce chef, ses agents ayant activement facilité le traitement

¹⁶² Voir le [Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs](#), commentaire de la Partie Une, Chapitre IV, point (1).

¹⁶³ Voir M. Den Heijer, 'Issues of Shared Responsibility before the European Court of Human Rights', (2012) 04 *ACIL Research Paper (SHARES Series)*, à la p. 18.

¹⁶⁴ *Drozdz et Janousek c. France et Espagne*, n° 12747/87, 26 juin 1992.

¹⁶⁵ *Ibid.*, § 96.

¹⁶⁶ *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, 13 décembre 2012.

¹⁶⁷ *Ibid.*, § 206.

litigieux puis s'étant abstenus de prendre pour l'empêcher les mesures qui auraient été nécessaires dans les circonstances de la cause (*Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, no 71156/01, §§ 124-125, 3 mai 2007, *Z et autres c. Royaume-Uni*, précité, et *M.C. c. Bulgarie*, no 39272/98, § 149, CEDH 2003-XII) »¹⁶⁸.

217. Plus loin, la Cour a examiné la question de savoir si, au titre de l'article 3, « la responsabilité de l'Etat défendeur peut être engagée à raison de la remise du requérant entre les mains des autorités américaines »¹⁶⁹. Dans les principes applicables pour examiner cette question, la Cour a rappelé que :

« ...il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays [de destination], que ce soit au titre du droit international général, au titre de la Convention ou autrement. Si une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant qui renvoie, du chef d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés (*Soering*, précité, § 91 ; ...). »¹⁷⁰

La Cour a conclu « qu'en remettant le requérant aux autorités américaines, les autorités macédoniennes l'ont sciemment exposé à un risque réel de mauvais traitements et à des conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention »¹⁷¹.

218. La Cour a également examiné la question de savoir si, au titre de l'article 5 « la détention ultérieure [du requérant] à Kaboul peut être imputée à l'Etat défendeur »¹⁷². Elle a estimé à ce propos :

« 239. La Cour rappelle qu'un Etat contractant méconnaîtrait l'article 5 de la Convention s'il renvoyait un requérant vers un Etat où l'intéressé serait exposé à un risque réel de violation flagrante de cette disposition (*Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, no 8139/09, § 233, CEDH 2012). [...] la Cour estime qu'il aurait dû être clair pour les autorités macédoniennes que, une fois remis aux autorités américaines, le requérant courrait un risque réel de subir une violation flagrante de ses droits au titre de l'article 5. A cet égard, la Cour rappelle que cette disposition exige de l'Etat non seulement qu'il s'abstienne de porter activement atteinte aux droits en question, mais aussi qu'il prenne des mesures appropriées pour protéger l'ensemble des personnes relevant de sa juridiction contre toute atteinte illégale à ces droits [...]. Or non seulement les autorités macédoniennes n'ont pas respecté leur obligation positive de protéger le requérant d'une détention contraire à l'article 5 de la Convention, mais elles ont en outre facilité activement sa détention ultérieure en Afghanistan en le remettant à la CIA, alors même qu'elles avaient ou auraient dû avoir connaissance du risque inhérent à ce transfert. Dès lors, la Cour considère que la responsabilité de l'Etat défendeur est également engagée à raison de la détention subie par le requérant du 23 janvier au 28 mai 2004 (voir, mutatis mutandis, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, § 207, CEDH 2010).

...

240. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que l'enlèvement et la détention du requérant s'analysent en une « disparition forcée » telle que définie par le droit international (paragraphes 95 et 100 ci-dessus). La « disparition forcée » du

¹⁶⁸ Ibid., § 211.

¹⁶⁹ Ibid., § 215.

¹⁷⁰ Ibid., § 212.

¹⁷¹ Ibid., § 220.

¹⁷² Ibid., § 235.

requérant, bien que temporaire, s'est caractérisée par une incertitude et un manque d'explications et d'informations quant au sort de l'intéressé qui ont persisté pendant toute la durée de sa captivité (*Varnava et autres*, précité, § 148). A cet égard, la Cour souligne que, lorsqu'il s'agit d'un ensemble d'actions ou d'omissions illicites, la violation débute avec la première des actions et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à l'obligation internationale concernée (*Ilaşcu et autres*, précité, § 321 ; voir également le paragraphe 97 ci-dessus). »

219. L'affaire *Al Nashiri c. Pologne*¹⁷³ résulte de faits comparables. M. Al-Nashiri a été capturé à Dubaï, et transféré en détention à la CIA. Il a été ultérieurement transféré dans un « site noir » de la CIA en Pologne où il a fait l'objet de différentes formes de mauvais traitement. Par la suite, il a été transféré plusieurs autres fois dans d'autres pays, et pour finir, à Guantanamo Bay. En ce qui concerne la responsabilité de l'Etat pour le traitement et la détention du requérant par des agents étrangers sur son territoire, la Cour a réaffirmé que :

« ... en accord avec sa jurisprudence établie, l'État défendeur doit être considéré comme responsable en vertu de la Convention pour les actions effectuées par des agents étrangers sur son territoire avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités (voir *Ilaşcu et autres*, précité, § 318 ; et *El-Masri*, précité, § 206). »¹⁷⁴

220. En ce qui concerne la responsabilité de l'État en raison de l'éloignement du requérant de son territoire, la Cour a réaffirmé que « l'éloignement d'un requérant du territoire d'un État défendeur pourrait engager la responsabilité de cet État au titre de la Convention si cette action a eu comme conséquence directe l'exposition d'une personne à une violation prévisible de ses droits prévus par la Convention dans le pays de sa destination. »¹⁷⁵. Elle a expliqué que :

« Si, pour établir la responsabilité de l'Etat qui renvoie, on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de la Convention, il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays, que ce soit au titre du droit international général, au titre de la Convention ou autrement.

Si une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant qui renvoie, du chef d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés ou d'autres violations de la Convention (voir *Soering*, précité, §§ 91 et 113 ; *Mamatkulov et Askarov*, précité, §§ 67 et 90 ; *Othman* (Abu Qatada), précité, § 258 ; et *El-Masri*, précité, §§ 212 et 239). »¹⁷⁶

221. La Cour a conclu que « en raison de son approbation formelle ou tacite au Programme [américain], [la Pologne] doit être considérée comme responsable pour la violation des droits du requérant au titre de l'article 3 de la Convention, commise sur son territoire (voir § 452 ci-dessus et *El-Masri*, précité, §§ 206 et 211) »¹⁷⁷. Il en a été ainsi, en dépit des constatations selon lesquelles la Pologne n'a pas été directement impliquée dans les interrogatoires (et, par conséquent, dans les actes de torture infligés en Pologne) et, bien que la Pologne avait connaissance de la nature et de l'objet des

¹⁷³ *Al-Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11, 24 juillet 2014.

¹⁷⁴ [Traduction non-officielle]. Ibid., § 452. La Cour a réitéré cette affirmation, par exemple, dans l'affaire *Husayn* (Abu Zubaydah) *c. Pologne*, n° 7511/13, § 449, 24 juillet 2014.

¹⁷⁵ [Traduction non-officielle]. Idem, § 453.

¹⁷⁶ [Traduction non-officielle]. Idem, § 457. La Cour a réitéré cette affirmation, par exemple, dans l'affaire *Husayn* (Abu Zubaydah) *c. Lituanie*, n° 46454/11, § 584, 31 mai 2018.

¹⁷⁷ [Traduction non-officielle]. Ibid., § 517.

activités de la CIA sur son territoire au moment des faits et avait coopéré pour la préparation et l'exécution de la remise, de la détention secrète et des opérations d'interrogation par la CIA sur son territoire, il était peu probable que les autorités polonaises aient été témoins ou aient su exactement ce qu'il se passait à l'intérieur du centre de détention. Cependant, « en vertu de l'article 1 de la Convention, combiné avec l'article 3, la Pologne était tenue de prendre des mesures appropriées pour protéger les individus relevant de sa juridiction contre la torture ou les traitements ou peines inhumains ou dégradants » et sa responsabilité a été fondée sur le fait d'avoir « facilité l'ensemble du processus, créé les conditions pour qu'il ait lieu et n'avoir rien fait pour empêcher les faits de se produire »¹⁷⁸.

222. En ce qui concerne le transfert du requérant, la Cour a considéré que « la Pologne était consciente que son transfert vers et depuis son territoire a été réalisé par le biais d'une 'remise extraordinaire', » c'est-à-dire « un transfert extrajudiciaire de personnes de la juridiction ou du territoire d'un Etat à celui d'un autre, à des fins de détention et d'interrogatoire en dehors du système judiciaire ordinaire, impliquant un risque réel de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants » (voir *El-Masri*, précité, § 221). Dans ces circonstances, la possibilité de manquer aux obligations découlant de l'article 3 a été particulièrement forte et aurait dû être considérée comme intrinsèque au transfert [...]. Par conséquent, en permettant à la CIA de transférer le requérant dans ses autres centres de détention secrète, les autorités polonaises l'ont exposé à un important risque prévisible de subir d'autres mauvais traitements et conditions de détention en violation de l'article 3 de la Convention » [*traduction non-officielle*].¹⁷⁹

223. Dans l'affaire *Nasr et Ghali c. Italie*¹⁸⁰, la Cour a été confrontée de manière similaire à une situation de remise secrète par les Etats-Unis, en l'occurrence de l'Italie vers l'Egypte. La Cour a conclu qu'il était établi que le requérant avait été enlevé en présence d'un carabinier et que les autorités italiennes étaient informées du projet de la CIA d'enlever le requérant pour le transférer à l'étranger au cours d'une opération de remise extraordinaire.¹⁸¹

224. En ce qui concerne les mauvais traitements de la part des agents américains, alors en Italie, allégués par le requérant et allant à l'encontre de l'article 3 de la Convention, la Cour a rappelé le standard qu'elle a utilisé dans *El-Masri* et *Al-Nashiri*, selon lequel :

« [...] la responsabilité de l'Etat défendeur est engagée au regard de la Convention à raison des actes commis sur son territoire par des agents d'un Etat étranger, avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités (*Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], no 48787/99, § 318, CEDH 2004-VII ; *El Masri*, précité, § 206 et *Al Nashiri*, précité, § 452). »¹⁸²

225. La Cour a ensuite considéré l'Italie comme directement responsable, jugeant que :

« 288. ... en laissant la CIA opérer le transfert du requérant hors de leur territoire, les autorités italiennes l'ont exposé à un risque sérieux et prévisible de mauvais

¹⁷⁸ [*Traduction non-officielle*]. Ibid., § 517.

¹⁷⁹ Ibid., § 518.

¹⁸⁰ *Nasr et Ghali c. Italie*, n° 44883/09, 23 février 2016.

¹⁸¹ Ibid., §§ 221-235.

¹⁸² Ibid., § 241. La Cour a réitéré cette affirmation dans les affaires *Al Nashiri c. Roumanie*, n° 33234/12, § 594, 31 mai 2018 ; et *Husayn (Abu Zubaydah) c. Lituanie*, n° 46454/11, § 581, 31 mai 2018.

traitements et de conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention. (paragraphe 242 ci-dessus et *Al Nashiri*, précité, § 518).

289. Aux termes des articles 1 et 3 de la Convention, les autorités italiennes étaient dès lors tenues de prendre les mesures appropriées afin que le requérant, qui relevait de leur juridiction, ne soit pas soumis à des actes de torture ou à des traitements ou peines inhumains et dégradants. Or, tel ne fut pas le cas, et l'État défendeur doit être considéré comme directement responsable de la violation des droits du requérant de ce chef, ses agents s'étant abstenus de prendre les mesures qui auraient été nécessaires dans les circonstances de la cause pour empêcher le traitement litigieux (*El Masri*, précité, § 211 et *Al Nashiri*, précité, § 517). »

226. La Cour semble ainsi avoir tenue l'Italie responsable sur la base des manquements de ses propres agents, plutôt que sur la base des actions des agents des États-Unis. La Cour semble également avoir étendu cette approche au transfert de M. Nasr depuis l'Italie, et à sa détention en Egypte.

- Affaires concernant des questions d'attribution dans des situations impliquant un ou plusieurs États et une organisation internationale dans les faits

227. La question de savoir si une action spécifique doit être attribuée soit à un État (membre) soit à une organisation internationale, ou aux deux, dans des situations impliquant un ou plusieurs États et une organisation internationale dans les faits sous-jacents, a été traitée par la Cour dans les affaires phare de *Behrami et Behrami c. France, Saramati c. France, Allemagne et Norvège*¹⁸³ et *Al-Jedda c. Royaume-Uni*¹⁸⁴.

228. L'affaire *Behrami et Behrami* traitait de la responsabilité pour la mort et les blessures graves causées à des enfants par des mines à fragmentation non-explosées. Ces munitions se trouvaient dans la partie du Kosovo dont une brigade multinationale, dirigée par la France, avait la charge. La brigade faisait partie d'une force de sécurité internationale (KFOR) déployée en application de la résolution 1244 du Conseil de sécurité des Nations Unies. Quant à elle, l'affaire *Saramati* concernait l'arrestation du requérant par deux agents de police de l'UNMIK, agissant sur les ordres d'un commandant norvégien de la KFOR, dans la zone du Kosovo où la brigade multinationale de la KFOR était sous autorité allemande. L'affaire traitait aussi de la détention du requérant, ordonnée par la KFOR, dirigée plus tard par un général français, au titre de la Résolution 1244 du Conseil de sécurité des Nations Unies. Pour sa part, l'affaire *Al-Jedda c. Royaume Uni* concernait la détention d'un citoyen de double nationalité britannique / iraquienne dans un centre de Bassorah dirigé par les forces britanniques agissant en vertu de la résolution 1546 du Conseil de sécurité des Nations Unies.

229. Ces affaires concernaient donc des opérations militaires autorisées par les Nations Unies. Elles seront traitées dans la partie du rapport concernant l'interaction entre les résolutions du Conseil de sécurité et la Convention européenne des droits de l'homme.

iii. Défis et solutions possibles

¹⁸³ *Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège* (déc.) [GC], n° 71412/01 et 78166/01, 2 mai 2007.

¹⁸⁴ *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, 7 July 2011.

230. **[ancien 93]** Il ressort de l'analyse de la jurisprudence de la Cour, développée plus haut, que cette dernière, lorsqu'elle détermine si une conduite peut être attribuée à l'Etat défendeur, ne précise pas clairement si, et dans quelle mesure, elle applique les règles d'attribution exposées dans les AREFII¹⁸⁵. Alors qu'à maintes reprises la Cour s'est référée aux AREFII dans le cadre de la présentation des dispositions de droit international pertinentes, elle n'applique pas explicitement ces règles lorsqu'elle juge, sur le fond, si l'acte contesté relève de la responsabilité ou non de l'Etat défendeur.

[les anciens paragraphes 93-103 suivants n'ont pas encore été adoptés provisoirement]

231. **[ancien 94]** Par exemple, l'approche adoptée par la Cour dans l'affaire *Al Nashiri c. Pologne* reflète cela : après avoir cité les dispositions pertinentes des AREFII dans la partie concernant le droit international pertinent¹⁸⁶ et après que le requérant et les tiers intervenants aient soutenu que la responsabilité des Parties Contractantes au titre de la Convention pour avoir coopéré aux remises et détentions secrètes devrait être déterminée à la lumière de l'article 16 des AREFII¹⁸⁷, la Cour a affirmé qu'elle examinerait « les griefs et la mesure dans laquelle les événements incriminés sont imputables à l'Etat polonais, à la lumière des principes exposés ci-dessus de responsabilité de l'Etat en vertu de la Convention et tels qu'ils résultent de la jurisprudence de la Cour »¹⁸⁸ sans faire aucune autre référence aux AREFII dans son examen subséquent de la responsabilité de l'Etat défendeur.

232. **[ancien 95]** Il apparaît ainsi que la Cour applique ses propres principes en prenant en compte les règles pertinentes du droit international et en les appliquant, comme elle le fait habituellement, en étant consciente du caractère particulier de la Convention en tant que traité relatif aux droits de l'homme¹⁸⁹.

233. **[ancien 96]** Malgré le fait que l'approche méthodologique de la Cour ne soit pas complètement claire, une comparaison de sa jurisprudence avec les règles de l'AREFII montre que dans un grand nombre de décisions, l'approche de la Cour ne diffère pas de celle prévue par ces règles.

234. **[ancien 97]** Cependant, l'analyse de l'affaire *Ilaşcu* a révélé que le degré de contrôle nécessaire d'un Etat sur une entité afin que le comportement de cette dernière soit attribuable à l'Etat a été défini comme étant « sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive », de l'Etat défendeur, et « survi[vre] grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit » l'Etat défendeur et que ce seuil était bien inférieur au degré de contrôle devant être exercé pour que le comportement d'un groupe de personnes soit attribuable à l'Etat en vertu de l'article 8 des AREFII tel qu'interprété par la CDI ou en vertu de la jurisprudence de la CIJ. Cependant, il a également été souligné que le TPIY, faisant référence, *inter alia*, à son mandat particulier, a également appliqué un seuil moins élevé. Toutefois, il est regrettable que la Cour ne donne pas de raisons plus détaillées pour avoir développé ces critères et leur rapport avec les règles de droit international.

235. **[ancien 98]** Dans deux autres affaires développées plus haut, *El-Masri* et *Al Nashiri c. Pologne*, il est difficile de cerner quelles règles la Cour applique exactement

¹⁸⁵ Voir également Jane M. Rooney, "The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands*", *Neth Int Law Rev* 2015, vol. 62, p. 407–428 ; Kristen Boon, *Are Control Tests Fit for the Future? The Slippage Problem in Attribution Doctrines*, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 15, n° 2, 2014.

¹⁸⁶ *Al Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11, § 207, 24 juillet 2014.

¹⁸⁷ *Ibid.*, §§ 446-449.

¹⁸⁸ [Traduction non-officielle]. *Ibid.*, § 459.

¹⁸⁹ Compare l'arrêt *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 57, 12 décembre 2001.

en matière de responsabilité de l'Etat et, en particulier, si son raisonnement revenait à attribuer le comportement d'un Etat tiers à l'Etat défendeur¹⁹⁰.

236. **[ancien 99]** En ce qui concerne la question, posée dans l'affaire *El-Masri*, de savoir si le traitement subi par le requérant à l'aéroport de Skopje entre les mains de l'équipe spéciale de remise de la CIA était attribuable ou non à l'Etat défendeur, la Cour conclut que « ... les actes litigieux ont été accomplis en présence de fonctionnaires de l'Etat défendeur et sous la juridiction de celui-ci. En conséquence, il y a lieu de considérer que la responsabilité de l'Etat défendeur est engagée au regard de la Convention à raison des actes commis sur son territoire par des agents d'un Etat étranger, avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités »¹⁹¹, ce qui doit être regardé comme impliquant l'attribution du comportement d'un Etat tiers à l'Etat partie. Une conclusion similaire a été formulée dans l'arrêt *Al Nashiri* concernant la responsabilité de l'Etat défendeur pour le traitement et la détention du requérant par des agents étrangers sur son territoire¹⁹².

237. **[ancien 100]** Cependant, la Cour a également estimé dans l'arrêt *El-Masri* que l'Etat défendeur « ... doit être considéré comme directement responsable de la violation des droits du requérant de ce chef, ses agents ayant activement facilité le traitement litigieux puis s'étant abstenus de prendre pour l'empêcher les mesures qui auraient été nécessaires dans les circonstances de la cause »¹⁹³, ce qui implique que l'Etat défendeur a été tenu responsable pour son propre comportement. Dans l'arrêt *Al Nashiri*, la Cour a de plus constaté qu'« en vertu de l'article 1 de la Convention, combiné avec l'article 3, la Pologne était tenue de prendre des mesures appropriées pour protéger les individus relevant de sa juridiction contre la torture ou les traitements ou peines inhumains ou dégradants » [traduction non-officielle]¹⁹⁴, qui a son tour peut être lu comme une référence à la violation de sa propre obligation positive par l'Etat défendeur. Dans l'affaire *Nasr et Ghali c. Italie*, qui fait référence à la fois à l'arrêt *El-Masri* et à l'arrêt *Al Nashiri*, la Cour semble avoir tenu l'Italie responsable sur la base des omissions de ses propres agents, plutôt que sur la base de la conduite des agents américains.

238. **[ancien 101]** Au final, une autre conclusion qui peut être tirée de la jurisprudence de la Cour, consiste à dire qu'elle ne fait pas toujours clairement la distinction entre, d'une part, la « juridiction » au sens de l'article 1 de la CEDH, et l'attribution d'un comportement selon le droit de la responsabilité des Etats de l'autre. Comme vu auparavant, la Cour a expressément reconnu qu'il y a une distinction conceptuelle entre les deux, par exemple dans son arrêt dans l'affaire *Jaloud*¹⁹⁵. Elle a aussi constaté que la question de la juridiction précède celle de l'attribution. La reconnaissance, en théorie, que l'attribution et la juridiction sont deux choses différentes n'a pas toujours été clairement reflétée dans les arrêts de la Cour. Par exemple, dans l'affaire *Ilaşcu*, il n'est pas évident de savoir si la Cour a fait une distinction claire entre l'attribution du comportement d'un côté, et la question de savoir si la Russie avait exercé sa juridiction sur le requérant au sens de l'article 1 de la CEDH de l'autre.

¹⁹⁰ Pour les difficultés à interpréter les conclusions de la Cour sur les questions relatives à la responsabilité étatique dans l'affaire *El-Masri*, voir l'intervention d'Helen Keller, *The Court's Dilution of Hard International Law: Justified by Human Rights Values?*, au Séminaire organisé pour le lancement des travaux du DH-SYSC-II, co-organisé par Pluricourts et le Conseil de l'Europe, Strasbourg, 29-30 mars 2017 ; et le discours de Rick Lawson, *State responsibility and extraterritorial application of the ECHR*, à la réunion du DH-SYSC du 3 avril 2018, document DH-SYSC(2018)12.

¹⁹¹ Ibid., § 206.

¹⁹² Ibid., § 452.

¹⁹³ Ibid., § 211.

¹⁹⁴ Ibid., § 517.

¹⁹⁵ *Jaloud c. Pays-Bas* [GC], n° 47708/08, §§ 112 et suiv. and 154 et suiv., 20 novembre 2014.

[à déplacer vers la section sur la responsabilité de l'État, autour du paragraphe 101:]
 [En outre, le seuil de juridiction serait supérieur si le critère de « contrôle effectif d'une zone » était appliqué dans ce sens. La Cour, se référant à la différence entre les règles de juridiction et d'attribution d'un comportement à un État afin que celui-ci puisse être tenu pour responsable pour ce comportement en vertu du droit international, a expliqué à cet égard que « les critères permettant d'établir l'existence de la « juridiction » au sens de l'article 1 de la Convention n'ont jamais été assimilés aux critères permettant d'établir la responsabilité d'un Etat concernant un fait internationalement illicite au regard du droit international ». ¹⁹⁶ Néanmoins, il est clair que la Cour, bien que située dans le cadre de la juridiction des États en vertu du droit international général, a développé certaines particularités qui tiennent compte de la nature et de la portée de la Convention en tant que traité relatifs aux droits de l'homme ¹⁹⁷ et que le seuil ainsi développé apparaît moins élevé que celui de la loi – bien que différente – de la responsabilité de l'État.]

239. **[ancien 102]** Au vu de ce qui précède, et afin d'éviter un risque de fragmentation de l'ordre juridique international, il serait souhaitable que la Cour donne davantage d'explications pour savoir si, et dans quelle mesure, elle considère les règles issues des AREFII pertinentes et applicables dans les affaires pendantes devant elle concernant l'attribution d'un comportement à l'Etat défendeur.

240. **[ancien 103]** Plus généralement, pour les cas qui couvrent des situations d'extraterritorialité, qui touchent généralement des domaines politiquement sensibles, notamment des questions de sécurité nationale, il est de la plus haute importance de déterminer une méthodologie claire et une interprétation précise des règles applicables afin de garantir la sécurité juridique.

¹⁹⁶ Voir *Catan et autres*, précité, § 115, CEDH 2012; *Mozer*, précité, §§ 98 et 102, CEDH 2016 et *Chiragov et autres*, précité, § 168.

¹⁹⁷ Voir également Robert Spano, *Questions of States' jurisdiction: the trends in the case-law of the European Court of Human Rights in the light of international law*, in: International and Comparative Law Research Center (ed.), *Case-law of the European Court of Human Rights – Extraterritorial jurisdiction: Looking for solutions*, 2018, p. 43-47.

3. Interaction entre les résolutions du Conseil de sécurité et la Convention européenne des droits de l'homme

a. INTRODUCTION – LA CHARTE DES NATIONS UNIES

241. L'Organisation des Nations Unies occupe indéniablement une place centrale dans le système international, et en conséquence, la Charte des Nations Unies est un document central dans le système juridique international. L'objectif principal des Nations Unies est le maintien de la paix, mais, dans son approche holistique de cette tâche, l'ONU cherche non seulement à rétablir la paix en cas de conflit, mais également à prévenir les conflits et à en traiter les causes, notamment par le biais de ses travaux en matière de désarmement, de développement durable, de droits de l'homme et de développement du droit international. C'est bien évidemment la même volonté de reconstruction et la reconnaissance de la nécessité de construire les fondations d'une paix durable qui ont conduit à la création du Conseil de l'Europe¹⁹⁸ et de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁹⁹.

242. Le système de la Charte prévoit une structure sophistiquée d'organes, chacun ayant ses propres domaines d'activité, ses responsabilités, pouvoirs, procédures et méthodes de travail. Les relations entre les organes et entre l'organisation et ses États membres sont régies par un ensemble complexe de lois et de pratiques découlant de la Charte elle-même. La Charte est donc la loi suprême de l'organisation et, compte tenu de la vocation universelle de l'ONU en tant qu'organisation politique centrale mondiale chargée du maintien de la paix et de la sécurité internationales, la Charte revêt une importance primordiale dans les systèmes politique et juridique internationaux. Dans le contexte du présent rapport, la Charte comporte deux caractéristiques particulièrement frappantes, sans précédent dans le droit international, qui démontrent l'engagement des États membres à garantir l'efficacité du système des Nations Unies dans son rôle fondamental de maintien de la paix et de la sécurité internationales. La première est l'autorité conférée au Conseil de sécurité, un organe composé de 15 États membres, qui fonctionne selon un système particulier de vote à la majorité, et a le pouvoir de prendre des décisions que l'ensemble des membres ont une obligation légale de mettre en œuvre (examiné dans la section suivante). La deuxième caractéristique résulte de l'article 103 de la Charte selon lequel,

¹⁹⁸ Le Statut du Conseil de l'Europe prévoit :

Article 1er

a) Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social.

b) Ce but sera poursuivi au moyen des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

c) La participation des membres aux travaux du Conseil de l'Europe ne doit pas altérer leur contribution à l'œuvre des Nations Unies et des autres organisations ou unions internationales auxquelles ils sont parties.

d) Les questions relatives à la défense nationale ne sont pas de la compétence du Conseil de l'Europe.

¹⁹⁹ Cf. le préambule à la Convention :

« Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament ; »

en cas de conflit entre les obligations découlant pour les Etats membres de la Charte et les obligations issues d'autres accords internationaux, les obligations provenant de la Charte prévalent.

243. La garantie de la prééminence des obligations de l'ONU sur les autres obligations internationales énoncées à l'article 103 est unique dans le système de droit international horizontal qui opère entre les États souverains. Sa place particulière est reflétée dans l'article 30 de la Convention de Vienne sur le Droit des traités. Sur le plan juridique, il s'agit d'une disposition essentielle permettant de garantir que les obligations des Nations Unies soient effectivement mises en œuvre par les États membres. Les États ne peuvent donc invoquer d'autres obligations conventionnelles pour justifier le non-respect d'une obligation découlant de la Charte des Nations Unies. Aux fins du présent rapport, il est important de noter que les obligations découlant de décisions contraignantes du Conseil de sécurité doivent être considérées comme des obligations découlant de la Charte des Nations Unies au regard de l'article 103.²⁰⁰ Toutefois, l'article 103 ne prévoit pas de hiérarchie entre les obligations contraires à la Charte des Nations Unies dans la mesure où elles existent.

b. LE CONSEIL DE SECURITE

244. En vertu de l'article 24 de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité est chargé de la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales :

"1. Afin de garantir une action rapide et efficace de la part de l'ONU, ses membres attribuent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et conviennent que, dans l'exercice de ses fonctions, le Conseil de sécurité agit en son nom. (*surlignage ajouté*)

2. Dans l'exercice de ses fonctions, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. Les pouvoirs spécifiques conférés au Conseil de sécurité pour lui permettre de s'acquitter de ses fonctions sont définis aux Chapitres VI, VII, VIII et XII ".

245. Les pouvoirs du Conseil de sécurité sont étendus, lui donnant ainsi une grande marge de manœuvre pour déterminer la réaction la plus appropriée à une violation ou une menace pour la paix. Il peut utiliser de son pouvoir pour rechercher des solutions diplomatiques aux différends relevant du Chapitre VI de la Charte, ou pour prendre des mesures coercitives en vertu du Chapitre VII afin de faire face aux menaces à la paix, aux violations de la paix et aux actes d'agression. Les décisions du Conseil en vertu du Chapitre VII sont juridiquement contraignantes (article 25) et le Conseil a le pouvoir de décider si des mesures doivent être prises par tous ou par certains États membres de l'ONU (article 48).

246. Après la fin de la Guerre froide, le Conseil de sécurité a pu utiliser beaucoup plus largement ses pouvoirs institués par le Chapitre VII qu'auparavant. La Charte prévoit que le Conseil (a) décide de mesures n'impliquant pas l'utilisation de la force, telles que des sanctions économiques²⁰¹, et (b) recourt à la force militaire, bien que,

²⁰⁰ Voir CIJ, Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 découlant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, § 42.

²⁰¹ Voir article 41 de la Charte des Nations Unies: «Le Conseil de sécurité peut décider des mesures ne nécessitant pas le recours à la force armée pour donner effet à ses décisions et il peut demander aux membres des Nations Unies de les appliquer. Celles-ci peuvent inclure une interruption totale ou partielle des relations

pour des raisons politiques ou autres, dans la pratique, le Conseil a dû adapter les moyens par lesquels ces pouvoirs sont exercés. En outre et afin de remplir sa mission de maintien de la paix et la sécurité internationales, le Conseil a également fait preuve d'une ingéniosité considérable dans l'utilisation de ses pouvoirs au titre du Chapitre VII, y compris en s'en servant d'une manière qui n'était pas expressément prévue dans la Charte. Ainsi, par exemple, le Conseil a utilisé ces pouvoirs pour mandater des opérations de paix, administrer des territoires, établir des tribunaux internationaux, renvoyer des situations à la Cour pénale internationale et créer une commission d'indemnisation. Bien que certains aspects de la pratique du Conseil n'aient pas été dénués de critiques (au moins autant pour ce que le Conseil n'a pu faire que pour ce qu'il a réellement fait), le Conseil demeure l'institution centrale du système international de maintien de la paix et une source unique de légitimité²⁰².

i. Le Conseil de sécurité et l'emploi des mesures n'impliquant pas le recours à la force, telles que des sanctions économiques

247. L'article 41 de la Charte confère au Conseil un large pouvoir discrétionnaire pour décider des mesures autres que le recours à la force qu'il estime nécessaires pour donner effet à ses décisions. Celles-ci peuvent inclure, sans toutefois s'y limiter, des sanctions économiques. Il existe maintenant un vaste corps de pratiques du Conseil où des sanctions ont été imposées par le Conseil et qui ont été développées en grande partie dans la période de l'après-guerre froide. Les sanctions représentent un outil essentiel que le Conseil peut utiliser pour faire face aux différentes menaces à la paix et à la sécurité internationales, en particulier parce qu'elles sont des alternatives crédibles aux actions coercitives. Elles ont été utilisées pour soutenir les processus de paix et les transitions pacifiques, pour dissuader les changements non constitutionnels, pour limiter le terrorisme, pour protéger les droits de l'homme et pour promouvoir la non-prolifération. Il existe actuellement 14 régimes de sanctions différents des Nations Unies.²⁰³

248. Les mesures prises varient en fonction de la nature de la menace et de l'objectif du Conseil, allant de sanctions économiques et commerciales globales à des mesures plus ciblées telles que des embargos sur les armes, des interdictions de voyage et des restrictions financières ou sur les produits de base. Il est relativement rare que des sanctions générales ou globales soient imposées à tous les échanges commerciaux visant un pays ou une région, en raison des conséquences imprévues

économiques et des moyens de communication ferroviaires, maritimes, aériens, postaux, télégraphiques, radio et autres, ainsi que la rupture des relations diplomatiques."

²⁰² Le développement et l'expansion de l'utilisation de ses pouvoirs par le Conseil de sécurité dans l'ère suivant immédiatement la fin de la Guerre froide ont été observés et débattus abondamment dans la littérature universitaire par des juristes internationaux – pour certains exemples récents, cf. : R Higgins et al., *Oppenheim's International Law United Nations* (Vol I and II) (2017); I. Johnstone "The Security Council and International Law" in S. von Einsiedel, D Malone, and B Stagno Ugarte (ed.s) *The UN Security Council in the 21st Century* (2016) pp 771-792; M. Mattheson *Council Unbound* (2006). D'autres travaux se sont principalement concentrés sur les limitations juridiques des pouvoirs du Conseil et la manière dont elles peuvent être mises en œuvre de manière adéquate : cf. D Akande "The International Court of Justice and the Security Council: Is there room for Judicial Control of Decisions of Political Organs of the United Nations" (1997) 46 ICLQ 309-43; M Bedjaoui *The New World Order and the Security Council: testing the legality of its acts* (1994); B Fassbender "Quis judicabit? The Security Council, Its powers and Its Legal Control" 11 EJIL 219-20 ; V Gowlland-Debbas (ed) *United Nations Sanctions and International Law* (2001).; D Sarooshi *The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers* (1999); A Tzanakoupolous *Disobeying the Security Council* (2011); E de Wet *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (2004).

²⁰³ Les régimes de sanctions en vigueur ont été mis en place par le Conseil de sécurité en République centrafricaine, en République populaire démocratique de Corée, en Guinée-Bissau, en Irak, au Liban, en Libye, au Mali, en Somalie / Érythrée, en République centrafricaine, et au Soudan du Sud, au Soudan et au Yémen, ainsi que contre ISIS (Daech) / Al-Qaida et les Talibans.

qu'elles peuvent avoir sur la population d'États ciblés qui ont peu à voir avec la menace pour la paix en question. En pratique, le Conseil a eu recours à l'utilisation de sanctions ciblées à l'encontre de certaines personnes ou sur des biens particuliers afin d'aboutir à l'impact souhaité par le Conseil. Il convient de souligner que les sanctions sont conçues comme des mesures temporaires ayant pour but d'inciter l'individu à changer de comportement et à se conformer aux décisions du Conseil plutôt que comme des punitions. Lorsque des sanctions sont imposées contre des individus, le Conseil accompagne ces mesures d'un système d'exemptions humanitaires visant à améliorer l'effet des sanctions sur des aspects fondamentaux de la vie des personnes.

ii. Le Conseil de sécurité et le recours à la force armée

249. L'intention des rédacteurs de la Charte de l'ONU était que le Conseil de sécurité lui-même soit en position d'utiliser la force (article 42) par le déploiement de forces mises à sa disposition par les États membres en vertu d'accords permanents (article 43). Cependant, de tels accords n'ont pas encore été conclus avec l'ONU. Le Conseil a donc dû recourir à un système par lequel il autorise les États à recourir à la force pour faire face aux violations ou aux menaces à la paix. Ces autorisations prennent habituellement la forme d'une autorisation dans le cadre d'une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII «de prendre toutes les mesures nécessaires» ou «d'utiliser tous les moyens nécessaires». Ce système d'autorisation à prendre part à une action militaire a, par exemple, été adopté en 1990/1991 à la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak.

250. Les États sont de plus en plus disposés à déployer des troupes sous le commandement de l'ONU dans le cadre d'opérations de maintien de la paix. Pendant la guerre froide, alors qu'il était souvent paralysé lorsqu'il s'agissait d'autoriser le recours à la force en vertu de l'article 42, le Conseil de sécurité avait davantage réussi à développer sa pratique consistant à déployer des troupes internationales pour maintenir la paix, une fois que les parties en guerre avaient accepté de suspendre les combats. D'ordinaire, ces forces de maintien de la paix étaient légèrement armées et déployées avec le consentement du ou des États territorialement concernés, et autorisées à créer une barrière entre les opposants et à n'user de la force que pour se défendre. Cependant, au fil du temps et avec le consensus plus large qui s'est dégagé au sein du Conseil de sécurité au lendemain de la guerre froide, le mandat de certaines missions de maintien de la paix de l'ONU s'est développé de manière à inclure, à l'occasion, l'autorisation du recours à la force en vertu du Chapitre VII, par exemple pour lutter contre les menaces immédiates pesant sur les casques bleus ou la population civile dans la zone de responsabilité de la mission. De même, plutôt que de déployer une force des Nations Unies, le Conseil de sécurité peut autoriser une organisation régionale ou des États membres particuliers à mener des opérations de paix après un conflit, en incluant la possibilité de recourir à la force.

c. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES RESOLUTIONS DU CONSEIL DE SECURITE

i. Utilisation de mesures n'impliquant pas le recours à la force, telles que des sanctions économiques

251. L'affaire *Bosphorus* ²⁰⁴ constitue le point de départ de toute discussion sur l'articulation entre les sanctions de l'ONU et la CEDH. Cette affaire portait en réalité sur la relation entre le droit de l'Union européenne (à travers lequel la mesure de sanction de l'ONU avait été transposée et qui constituait la base juridique interne du comportement reproché à l'État défendeur) et la CEDH, plutôt que sur un examen des relations entre le droit de l'ONU et la CEDH. La principale conclusion de l'arrêt de la Grande Chambre est que lorsqu'une organisation internationale impose des sanctions qui doivent être appliquées par le biais des actions d'une partie contractante à la CEDH, alors la responsabilité de la partie contractante ne sera pas engagée à la condition que l'organisation en question assure une « protection équivalente » des droits fondamentaux de la CEDH :

« 155. De l'avis de la Cour, une mesure de l'État prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention (M. & Co., décision précitée, p. 152, démarche à laquelle les parties et la Commission européenne souscrivent). Par « équivalente », la Cour entend « comparable » : toute exigence de protection « identique » de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi (paragraphe 150 ci-dessus). Toutefois, un constat de « protection équivalente » de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux.

156. Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un État respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation. »

252. Toutefois, les affaires ultérieures, qui impliquaient de manière intéressante la mise en œuvre de sanctions plus ciblées, ont nécessité un examen plus direct des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité des Nations Unies. Dans l'affaire *Nada*, le requérant avait fait l'objet d'une interdiction de voyager en vertu du régime de sanctions alors en vigueur à l'encontre des Taliban et d'Al-Qaida, en application de la résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies **RCSNU** 1267 (1999) et de plusieurs résolutions suivantes. Les particularités de l'affaire étaient que le requérant vivait dans une enclave italienne entourée d'un territoire suisse et que les décisions des autorités suisses, en vertu des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, lui

²⁰⁴ *Bosphorus Yollari Turizm c. Ticaret Anonim Sirketi contre Irlande* (2005). L'affaire concernait un avion yougoslave qui avait été loué par une société turque, et était en Irlande pour les réparations, quand, en réponse au conflit dans l'ex-Yougoslavie, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 820 (1993) exigeant notamment que les États mettent en fourrière les avions yougoslaves sur leurs territoires. La Résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies (RCSNU) a été transposée dans le droit de l'UE et est ainsi devenue applicable en droit irlandais. Lorsque l'Irlande a saisi l'aéronef, le requérant a plaidé sa cause devant les juridictions irlandaises, puis devant la Cour européenne de justice, qui a confirmé les mesures prises par le gouvernement en application de la résolution sur les sanctions.

interdisant de traverser le territoire suisse l'avaient effectivement confiné dans cette enclave. De fait, il affirmait notamment avoir été privé de l'accès à des soins de santé en violation des droits garantis par l'article 8 et ne disposait d'aucun recours en droit suisse en violation de l'article 13.

253. La Cour européenne des droits de l'homme (la Cour EDH / la Cour) a rejeté une exception préliminaire de l'État défendeur selon laquelle l'application de sanctions était attribuable à l'ONU et ne relevait donc pas de la « compétence » de l'État défendeur, au motif que la Cour a cherché à limiter son examen aux actions des autorités nationales dans la mise en œuvre des sanctions. De manière similaire, lors de l'examen sur le fond, la Cour s'est concentrée sur les mesures nationales de mise en œuvre plutôt que de considérer s'il y avait un conflit possible entre les exigences de la résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies et de la Convention. La Cour EDH a commencé par reconnaître que l'interdiction de voyager était expressément requise par la résolution 1390 (2002) du Conseil de sécurité des Nations Unies. Par conséquent, la présomption dans l'affaire *Al-Jedda*, selon laquelle le Conseil de sécurité aurait uniquement pour intention d'agir conformément aux obligations des États membres en matière de droits de l'homme est tombée. Toutefois, pour déterminer si l'ingérence dans les droits du requérant au titre de l'article 8 était proportionnée, la Cour EDH s'est entièrement concentrée sur la mise en œuvre des sanctions par les autorités suisses, estimant qu'elles disposaient d'une marge d'appréciation « certes limitée, mais néanmoins réelle » dans la manière dont cela avait été fait. La CEDH poursuit :

« 195. [...] À cet égard, la Cour considère en particulier que les autorités suisses n'ont pas suffisamment pris en compte les spécificités de l'affaire, notamment la situation géographiquement unique de Campione d'Italia, la durée considérable des mesures infligées ainsi que la nationalité, l'âge et l'état de santé du requérant. Elle estime par ailleurs que la possibilité de décider de la manière dont les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité sont mises en œuvre dans l'ordre juridique interne aurait permis d'assouplir le régime des sanctions applicable au requérant, eu égard à ces spécificités, de façon à ne pas empiéter sur sa vie privée et familiale, sans pour autant porter atteinte au caractère obligatoire des résolutions pertinentes ni au respect des sanctions qu'elles prévoient.

196. A la lumière de la nature spécifique de la Convention en tant que traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir, par exemple, *Soering*, précité, § 87, et *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 239, série A no 25), la Cour estime que l'Etat défendeur ne pouvait pas valablement se contenter d'avancer la nature contraignante des résolutions du Conseil de sécurité, mais aurait dû la convaincre qu'il avait pris – ou au moins tenté de prendre – toutes les mesures envisageables en vue d'adapter le régime des sanctions à la situation individuelle du requérant. »

La difficulté soulignée par certains des juges dans l'une des opinions séparées était de savoir dans quelle mesure la « latitude » dans la mise en œuvre nationale était réelle au regard des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité des Nations Unies.²⁰⁵

254. La Cour a ensuite examiné l'exigence de mettre à disposition un recours interne au titre de l'article 13 au regard de ses conclusions concernant l'article 8 :

« 212. La Cour rappelle également que la CJCE a jugé que « les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations unies n'impliqu[ai]ent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard

²⁰⁵ Voir l'opinion concordante des juges Bratza, Nicolaou et Yudkivska dans l'affaire *Nada c. Suisse*.

des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies » (arrêt *Kadi* de la CJCE, précité, § 299 (paragraphe 86 ci-dessus)). La Cour considère que ce raisonnement doit s'appliquer, *mutatis mutandis*, à la présente affaire, plus précisément pour ce qui est du contrôle de la conformité de l'ordonnance sur les Taliban avec la Convention par les instances suisses. Elle estime de surcroît qu'aucun élément dans les résolutions du Conseil de sécurité n'empêchait les autorités suisses de mettre en place des mécanismes de vérification des mesures prises au niveau national en application de ces résolutions.

213. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le requérant n'a eu à sa disposition aucun moyen effectif de demander la radiation de son nom de la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban et, dès lors, de remédier aux violations de la Convention qu'il dénonçait (voir, *mutatis mutandis*, Lord Hope, dans la partie principale de l'arrêt *Ahmed et autres*, précité, §§ 81 et 82, paragraphe 96 ci-dessus). » (*Emphase ajoutée*)

On peut faire remarquer à ce stade que, dans la mesure où l'inscription du nom du requérant sur la liste annexée à l'ordonnance sur les Talibans entraînait une obligation pour les autorités suisses, la conclusion de la Cour, prise à la lettre, semble laisser l'État défendeur en proie à un conflit d'obligations.²⁰⁶

255. Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a examiné la relation entre la CEDH et les sanctions de l'ONU dans l'affaire *Al-Dulimi c. Suisse*. L'affaire concernait les sanctions à l'encontre de personnes citées, associées au précédent régime irakien, à la suite du renversement de Saddam Hussein en 2003, qui exigeaient le gel des avoirs des personnes citées et le transfert de ces avoirs au Fonds de développement pour l'Irak. Lorsque les requérants ont demandé un contrôle juridictionnel des listes devant les tribunaux suisses, le Tribunal fédéral a estimé que, si certaines questions de procédure relatives aux listes et aux confiscations proposées pouvaient être soumises à un contrôle juridictionnel interne, la question de fond relative à la validité de l'inscription des noms des requérants sur la liste relevait exclusivement du Conseil de sécurité, et donc était hors de la compétence du Tribunal fédéral.

256. En 2016, la Grande Chambre a jugé l'affaire recevable *ratione personae*, malgré les arguments de l'État défendeur selon lesquels les actes incriminés étaient des actes requis par une décision impérative du Conseil de sécurité qui, en droit international, avait la primauté sur les obligations découlant d'autres accords internationaux. Sur le fond, la Cour EDH a examiné s'il existait effectivement un conflit entre la Convention et les exigences de la résolution pertinente du Conseil de sécurité.²⁰⁷ Le point de départ du raisonnement de la Cour était de revenir à la présomption selon laquelle le Conseil de sécurité n'avait pas l'intention d'agir contrairement aux droits de l'homme initialement énoncée dans *Al Jedda* :

« 140. Par conséquent, il faut présumer que le Conseil de sécurité n'entend pas imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme (Al-

²⁰⁶ Voir l'opinion concordante du juge Malinverni dans l'affaire *Nada c. Suisse*.

²⁰⁷ Dans son arrêt de 2013, la Chambre avait souligné qu'elle mettait l'accent sur les mesures d'exécution suisses, qu'elle souhaitait traiter séparément des résolutions du Conseil de sécurité demandant à la Suisse d'adopter ces mesures (ibid., §§ 91 et 117). Dans leur opinion dissidente, le juge Lorenzen, à laquelle se sont ralliés les juges Raimondi et Jočienė, regrettaient que la Chambre n'ait pas directement abordé la question de savoir comment résoudre le conflit entre les obligations découlant de la Charte des Nations Unies et de la CEDH, auquel la Chambre était confrontée.

Jedda, précité, § 102). En cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permet d'éviter tout conflit d'obligations. Vu l'importance du rôle joué par l'ONU dans le développement et la défense du respect des droits de l'homme, le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les États prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme (ibidem). En conséquence, lorsqu'une résolution du Conseil de sécurité ne contient pas une formule claire et explicite excluant ou limitant le respect des droits de l'homme dans le cadre de la mise en œuvre de sanctions visant des particuliers ou des entités au niveau national, la Cour présumera toujours la compatibilité de ces mesures avec la Convention. En d'autres termes, en pareil cas, dans un esprit d'harmonisation systémique, elle conclura en principe à l'absence d'un conflit d'obligations susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la règle de primauté contenue dans l'article 103 de la Charte des Nations Unies. [...]

143. La Cour rappelle toutefois qu'à la différence notable des affaires *Al-Jedda et Nada* précitées (ainsi que de l'affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], no 55721/07, CEDH 2011), la présente affaire ne porte ni sur la substance des droits matériels touchés par les mesures litigieuses ni sur la compatibilité de celles-ci avec les exigences de la Convention. La compétence de la Cour se limite ici à dire si les requérants ont ou non bénéficié des garanties du volet civil de l'article 6 § 1, c'est-à-dire s'ils ont disposé d'un contrôle judiciaire adéquat (paragraphe 99 ci-dessus ; voir, mutatis mutandis, *Stichting Mothers of Srebrenica et autres*, décision précitée, § 137). Or, ni le paragraphe 23 de la Résolution 1483 (2003) ni aucune autre disposition de ce texte, ni la Résolution 1518 (2003) – compris suivant le sens ordinaire des termes qui y sont employés –, n'interdisaient explicitement aux tribunaux suisses de vérifier, sous l'angle du respect des droits de l'homme, les mesures prises au niveau national en application de la première de ces résolutions (voir, mutatis mutandis, *Nada*, précité, § 212). Au demeurant, la Cour ne décèle aucun autre élément juridique susceptible de légitimer une interprétation aussi restrictive et, partant, de démontrer l'existence d'une telle interdiction. »

257. La Cour EDH a souligné la gravité des conséquences pour les personnes figurant dans la liste et l'importance de la Convention pour le maintien de l'État de droit et en particulier pour lutter contre l'arbitraire. La Cour conclut sur ces points :

« 146. Il ne saurait en aller autrement s'agissant, pour la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité, de l'inscription des personnes soumises aux mesures contestées sur des listes établies tant au niveau des Nations unies qu'au niveau national. Dès lors, vu la gravité de l'enjeu pour les droits de ces personnes garantis par la Convention, lorsqu'une résolution comme celle en cause en l'espèce, à savoir la résolution 1483, ne contient pas de formule claire et explicite excluant la possibilité d'un contrôle judiciaire des mesures prises pour son exécution, elle doit toujours être comprise comme autorisant les juridictions de l'État défendeur à effectuer un contrôle suffisant pour permettre d'éviter l'arbitraire. En limitant ce contrôle à l'arbitraire, la Cour tient compte de la nature et du but des mesures prévues par la résolution en question, afin de maintenir le juste équilibre entre la nécessité de veiller au respect des droits de l'homme et les impératifs de la protection de la paix et la sécurité internationales.

147. En pareil cas, dans l'hypothèse d'une contestation de la décision d'inscription ou du refus de radiation de la liste, les juridictions nationales doivent pouvoir

obtenir, le cas échéant selon les modalités adaptées au degré de confidentialité à respecter en fonction des circonstances, des éléments suffisamment précis pour exercer le contrôle qui leur incombe en présence d'une allégation étayée et défendable formulée par des personnes inscrites sur les listes litigieuses et selon laquelle cette inscription est entachée d'arbitraire. À ce titre, l'impossibilité d'accéder à de telles informations est susceptible de constituer un solide indice du caractère arbitraire de la mesure litigieuse et cela d'autant plus si celle-ci se prolonge dans le temps, faisant durablement obstacle à tout contrôle judiciaire. Aussi l'État partie dont les autorités donneraient suite à l'inscription d'une personne – physique ou morale – sur une liste de sanctions sans s'être au préalable assuré – ou avoir pu s'assurer – de l'absence d'arbitraire dans cette inscription, engagerait sa responsabilité sur le terrain de l'article 6 de la Convention. [...]

151. Au contraire, les requérants auraient dû disposer au moins d'une possibilité réelle de présenter et de faire examiner au fond, par un tribunal, des éléments de preuve adéquats pour tenter de démontrer que leur inscription sur les listes litigieuses était entachée d'arbitraire. Or, tel n'a pas été le cas en l'espèce. [...] Par conséquent, le droit des requérants d'accéder à un tribunal a été atteint dans sa substance même. »

ii. Le recours à la force armée

258. Le recours à la force armée en vertu d'une autorisation du Conseil de sécurité a été utilisé dans le cadre de plusieurs affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme et, dans quelques affaires, la question de savoir si la Convention était applicable a donné lieu à l'interprétation par la Cour des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité .

259. La première est la décision de Grande Chambre dans les affaires jointes *Behrami et Saramati*, concernant des réclamations à l'encontre de la France et de la Norvège relatives à leur participation à la KFOR en 2000-2002.²⁰⁸ Pour rappel, la KFOR était une opération de l'OTAN mandatée par la résolution 1244(1999) de l'ONU afin d'assurer la présence de forces de sécurité pour la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK). Lorsqu'elle s'est penchée sur l'admissibilité de la requête, la Grande Chambre a minutieusement examiné les mandats et structures des entités internationales présentes, établis par la résolution 1244, avant de conclure que les actes reprochés étaient en fait attribuables à l'ONU plutôt qu'aux Etats défendeurs en tant que tels. Ceci a amené la Grande Chambre à conclure qu'elle n'avait pas de compétence *rationae personae* concernant les actes des Etats défendeurs lorsqu'ils agissent au nom des Nations Unies en vertu de décisions prises dans le cadre du Chapitre VII de sa Charte :

« 147. La Cour relève tout d'abord que neuf des douze parties signataires à l'origine de la Convention en 1950 (y compris les deux Etats défendeurs) étaient membres de l'ONU depuis 1945, que la grande majorité des Parties contractantes actuelles ont rejoint l'ONU avant d'adhérer à la Convention, et qu'à ce jour toutes

²⁰⁸ L'affaire *Behrami* concernait la mort d'un enfant et les blessures graves subies par son frère après avoir joué avec des unités de bombes à fragmentation non explosées (UBX). Les requérants ont allégué que le contingent français de la KFOR avait omis de marquer et / ou de désamorcer les UBX, bien qu'il savait que les UBX étaient présentes sur le site en question. Les requérants ont donc invoqué l'article 2 contre la France pour l'inaction alléguée des troupes françaises.

L'affaire *Saramati* concernait la détention du requérant par la KFOR pour une période d'environ six mois. Il s'est plaint en vertu des articles 5, 5 avec 13 et 6.

les Parties contractantes sont membres de l'ONU. Or l'un des buts de la Convention (figurant dans son Préambule) est d'assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme proclamée par l'Assemblée générale de l'ONU. Plus généralement, la Cour rappelle, comme elle l'a noté au paragraphe 122 ci-dessus, que la Convention doit s'interpréter à la lumière des règles pertinentes et des principes de droit international applicables aux relations entre ses Parties contractantes. La Cour a donc égard à deux dispositions complémentaires de la Charte de l'ONU, les articles 25 et 103, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour internationale de Justice (paragraphe 27 ci-dessus).

148. Il convient d'accorder encore plus de poids au caractère impératif du but premier de l'ONU et, par voie de conséquence, des pouvoirs accordés au Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII pour atteindre ce but. En particulier, il ressort clairement du préambule, des articles 1, 2 et 24 ainsi que du chapitre VII de la Charte que l'ONU a pour objectif principal le maintien de la paix et de la sécurité internationales. S'il est tout aussi clair que la protection des droits de l'homme contribue de manière importante à l'établissement de la paix internationale (voir le Préambule à la Convention), il n'en demeure pas moins que la responsabilité essentielle quant à cet objectif incombe au Conseil de sécurité, qui dispose de moyens considérables en vertu du chapitre VII pour l'atteindre, notamment par l'adoption de mesures coercitives. La responsabilité du Conseil de sécurité à cet égard est unique, et est devenue le corollaire de l'interdiction du recours unilatéral à la force, qui est aujourd'hui partie intégrante du droit coutumier international (paragraphe 18-20 ci-dessus).

149. En l'espèce, le chapitre VII a permis au Conseil de sécurité d'adopter des mesures coercitives en réaction à un conflit précis jugé de nature à menacer la paix, mesures qui ont été exposées dans la Résolution 1244 du Conseil de sécurité établissant la MINUK et la KFOR. Les opérations mises en œuvre par les résolutions du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte de l'ONU sont fondamentales pour la mission de l'ONU consistant à préserver la paix et la sécurité internationales, et s'appuient, pour être effectives, sur les contributions des Etats membres. Par conséquent, la Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant de telles missions. Cela s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU dans ce domaine, voire, comme l'ont dit certaines des parties, dans la conduite efficace de pareilles opérations. Cela équivaldrait également à imposer des conditions à la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité qui n'étaient pas prévues par le texte de la résolution lui-même. Ce raisonnement s'applique aussi aux actes volontaires des Etats défenseurs, tels que le vote d'un membre permanent du Conseil de sécurité en faveur de la résolution pertinente au titre du chapitre VII et l'envoi de contingents dans le cadre de la mission de sécurité : pareils actes peuvent ne pas être à proprement parler des obligations découlant de l'appartenance à l'ONU, mais ils sont primordiaux pour l'accomplissement effectif par le Conseil de sécurité du mandat qui lui est conféré par le chapitre VII, et donc pour la réalisation par l'ONU du but impératif de maintien de la paix et de la sécurité qui lui est assigné. »

260. Dans l'affaire *Al Jedda*, la Cour européenne a abouti à une conclusion différente en ce qui concerne un mandat issu du Chapitre VII de l'ONU relatif à la stabilisation de l'Irak à la suite de l'action militaire menée par les États-Unis en 2003. L'affaire concernait un individu détenu par les forces britanniques entre 2004 et 2007.

La Grande Chambre a rejeté l'argument du Royaume-Uni, selon lequel le requérant ne relevait pas de sa juridiction. Le Royaume-Uni avait fait valoir que, conformément à l'affaire *Behrami*, puisque les actions incriminées faisaient suite à un mandat énoncé dans une résolution du Conseil de sécurité (résolution 1546 (2004) du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII), ces actions étaient imputables à l'ONU et ne relevaient donc pas de la compétence du Royaume-Uni au sens de l'article 1 de la CEDH. Toutefois, compte tenu de la nature de l'implication de l'ONU en Irak, qu'elle a jugée différente de celle au Kosovo, la Grande Chambre a rejeté cette affirmation et conclu que l'internement du requérant était imputable au Royaume-Uni.

261. La Grande Chambre a ensuite rejeté l'argument de l'État défendeur selon lequel, compte tenu du fait que le requérant avait été placé en détention conformément à un mandat du Conseil de sécurité pris en application du Chapitre VII, l'article 103 de la Charte des Nations Unies a eu pour effet de substituer les obligations du Royaume-Uni en vertu de l'article 5 de la CEDH par l'exécution du mandat du Conseil de sécurité. La Cour EDH a jugé ce qui suit:

« 102. La Cour interprétera la Résolution 1546 en se référant aux considérations exposées au paragraphe 76 ci-dessus. Elle tiendra également compte des buts qui ont présidé à la création des Nations unies. Au-delà du but consistant à maintenir la paix et la sécurité internationales qu'énonce son premier alinéa, l'article 1 de la Charte dispose en son troisième alinéa que les Nations unies ont été créées pour « [r]éaliser la coopération internationale (...) en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». L'article 24 § 2 de la Charte impose au Conseil de sécurité, dans l'accomplissement de ses devoirs tenant à sa responsabilité principale de maintien de la paix et de la sécurité internationales, d'agir « conformément aux buts et principes des Nations unies ». La Cour en conclut que, lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux Etats membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme. En cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permette d'éviter tout conflit d'obligations. Vu l'importance du rôle joué par les Nations unies dans le développement et la défense du respect des droits de l'homme, le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les Etats prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme. (*Emphase ajoutée*) »

262. Conformément à cette approche, la Cour a ensuite examiné le libellé de la résolution 1546 (2004) et des lettres qui y étaient annexées, estimant que la résolution permettait tout au plus la possibilité d'interner. Cependant, elle est arrivée à cette conclusion :

« 109. En définitive, la Cour considère donc que la Résolution 1546 du Conseil de sécurité, en son paragraphe 10, autorisait le Royaume-Uni à prendre des mesures pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak, mais que ni cette résolution ni aucune autre résolution adoptée ultérieurement par le Conseil de sécurité n'imposait expressément ou implicitement au Royaume-Uni d'incarcérer, sans limitation de durée ni inculpation, un individu qui, selon les autorités, constituait un risque pour la sécurité en Irak. En l'absence d'obligation contraignante de recourir à l'internement, il n'y avait aucun conflit entre les

obligations imposées au Royaume-Uni par la Charte des Nations unies et celles découlant de l'article 5 § 1 de la Convention.

110. Dans ces conditions, les dispositions de l'article 5 § 1 n'ayant pas été écartées et aucun des motifs de détention énoncés aux alinéas a) à f) ne trouvant à s'appliquer, la Cour conclut que la détention du requérant a emporté violation de l'article 5 § 1. » (*Emphase ajoutée*)

d. DEFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES

263. L'étude des décisions de la Cour rappelée ci-dessus démontre que l'interaction entre la Convention et les décisions contraignantes du Conseil de sécurité de l'ONU soulève des questions complexes au sujet desquelles la jurisprudence de la Cour EDH est encore récente.

264. Dans certaines affaires, notamment, par exemple, dans l'affaire *Behrami* cité ci-dessus, la Cour fournit une analyse approfondie des fondements juridiques et du contexte des travaux du Conseil de sécurité dans l'exercice de sa mission première de maintien de la paix et la sécurité internationales. Alors que, au-delà des dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, une telle appréhension globale du Conseil de sécurité est moins apparente dans la majeure partie de la jurisprudence ultérieure. Cela s'explique en partie par le fait que la Cour européenne a cherché dans ces affaires ultérieures à concentrer son examen sur les décisions prises au niveau national dans le cadre de la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité. Toutefois, du point de vue des États, une telle séparation entre l'action nationale et son fondement issu d'obligations découlant des résolutions du Conseil de sécurité des NU est au cœur du problème et risque de conduire à un conflit d'obligations.

265. Du point de vue des États, le rôle du Conseil de sécurité des Nations Unies est fondamental pour le maintien de la paix et la sécurité internationales à l'échelle mondiale, et il est doté de pouvoirs extraordinaires à cette fin. L'autorité du Conseil et l'accord des États pour exécuter ses décisions sont des piliers essentiels de tout le système de sécurité collective mis en place par les Nations Unies. Ceci est d'autant plus vrai que, malgré l'ingéniosité dont le Conseil a parfois fait preuve dans l'utilisation de ses pouvoirs, son éventail d'outils pour mener une action internationale en faveur du maintien de la paix reste encore relativement limité et son efficacité repose entièrement sur la coopération active des États. La proposition selon laquelle les autorités nationales devraient pouvoir remettre en question la mise en œuvre des mesures contraignantes que leur adresse le Conseil de sécurité au regard de considérations de droit national ou même régional a clairement des implications sur l'efficacité avec laquelle le Conseil de sécurité s'acquitte de sa mission de maintenir la paix et la sécurité internationales.

266. Il est de notoriété publique que la solution donnée par la Charte de l'ONU à tout conflit entre des obligations découlant de la Charte et des obligations issues d'autres accords internationaux est que les obligations découlant de la Charte doivent prévaloir en vertu de l'article 103. Il est également reconnu que l'article 103 occupe une place particulière en droit international, comme le démontre l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il est établi dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice que les décisions contraignantes du Conseil de sécurité sont des obligations découlant de la Charte aux fins de l'article 103.²⁰⁹

²⁰⁹ Voir l'arrêt *Lockerbie*, Ordonnance sur les mesures conservatoires (1992) CIJ, Rep 4 à la p 15:

267. Plutôt que d'appliquer l'article 103 et de donner la primauté aux obligations découlant d'une résolution du Conseil de Sécurité, la Cour cherche à éviter de reconnaître l'existence d'un conflit entre un droit issu de la CEDH et une obligation découlant de la Charte de l'ONU. Se référant à l'article 24, paragraphe 2 de la Charte, la Cour a adopté la présomption selon laquelle les résolutions du Conseil de sécurité devraient être interprétées de manière à éviter toute incompatibilité avec les droits de l'homme tels que reconnus par la CEDH. Cette présomption peut affecter la capacité des États à se conformer à une exigence claire d'une résolution du Conseil de Sécurité, et pourrait compromettre le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité de prendre des mesures efficaces pour maintenir la paix et la sécurité. Un tel point de vue ne permettrait pas de prendre en compte le contexte international dans lequel le Conseil de sécurité adopte des mesures en vertu du Chapitre VII, qui sont par définition des situations constituant une menace pour la paix et la sécurité internationales, une violation de la paix ou un acte d'agression.²¹⁰ Cependant, la Grande Chambre dans l'arrêt *Al-Dulimi* a cherché à prendre en compte la nature et le but des mesures adoptées par le Conseil de sécurité en limitant le contrôle requis (au titre de l'article 6 de la CEDH) à l'arbitraire (*Al-Dulimi*, § 146).

268. Les mêmes considérations d'efficacité sont également pertinentes lorsqu'on examine l'applicabilité de l'article 103 aux décisions du Conseil autorisant le recours à la force. Comme la Cour l'a reconnu dans la décision *Behrami* (voir ci-dessus), en l'absence d'accords au titre de l'article 43 de la Charte permettant au Conseil de sécurité de prendre lui-même des mesures coercitives, la pratique consistant à autoriser le recours à la force est devenue l'unique moyen pour le Conseil de prendre des mesures contraignantes pour s'acquitter de sa responsabilité de maintenir la paix et la sécurité internationales. Une interprétation trop restrictive du terme "obligations" figurant à l'article 103, qui conduirait à refuser la primauté à une autorisation, en vertu du Chapitre VII, d'appliquer des mesures coercitives par les États, au seul motif qu'il n'y a aucune obligation contraignante pour les États de participer à une telle action, risque de compromettre la capacité du Conseil de sécurité à s'acquitter de sa responsabilité au titre de la Charte.²¹¹ Bien entendu, accorder la primauté à une autorisation ne signifie pas que le recours à la force doit être exempt de toute limite juridique, qui découlera généralement des termes de l'autorisation, du cadre du droit international humanitaire et des autres règles du droit international applicables dans le cadre de l'exécution effective de l'autorisation. L'interaction entre la CEDH et le droit international humanitaire est examinée dans la section suivante de ce rapport.

269. En ce qui concerne les sanctions des Nations Unies, la Cour a cherché à souligner que ses arrêts s'intéressent aux actions des États membres mettant en œuvre les décisions du Conseil de sécurité plutôt qu'aux décisions du Conseil de sécurité elles-mêmes. À cet égard, un parallèle peut être fait avec l'approche de la CJUE dans des affaires telles que l'affaire *Kadi*²¹², qui visait à se concentrer sur les mesures prises

« ...39. Considérant que la Libye et le Royaume-Uni, en tant que Membres de l'organisation des Nations Unies, sont dans l'obligation d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à l'article 25 de la Charte; que la Cour, qui, à ce stade de la procédure, en est à l'examen d'une demande en indication de mesures conservatoires, estime que *prima facie* cette obligation s'étend à la décision contenue dans la résolution 748 (1992); et que, conformément à l'article 103 de la Charte, les obligations des Parties à cet égard prévalent sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international, y compris la convention de Montréal; »

²¹⁰ La CEDH permet également de déroger à certains droits de la Convention en vertu de l'article 15 dans des circonstances exceptionnelles et dans une mesure limitée.

²¹¹ Voir par exemple Frowein et Krisch ainsi que Lord Bingham dans l'affaire *Al-Jedda* à la Chambre des lords.

²¹² Dans un arrêt du 3 septembre 2008, rendu dans les affaires jointes *Kadi et Fondation internationale Al Barakaat / Conseil* (C-402/05 P et C-415/05 P), la CJUE a constaté que le fait qu'une réglementation communautaire se limite à mettre en œuvre la résolution 1390 (2002) du Conseil de sécurité des Nations Unies ne prive pas le juge communautaire de sa compétence pour contrôler la validité de ce règlement à la lumière des

par l'UE pour mettre en œuvre les sanctions pertinentes des Nations Unies, dûment citées par la Cour de Strasbourg. La difficulté qu'une telle approche peut entraîner pour les États est qu'en ce qui concerne les sanctions, les obligations de geler des avoirs ou d'imposer des interdictions de voyager, etc. sont des obligations de résultat imposées par le Conseil de sécurité. Le pouvoir discrétionnaire ou la marge laissée aux États par les décisions du Conseil de sécurité risque d'être extrêmement limité sur ces questions, en particulier compte tenu du souci du Conseil d'assurer la cohérence et l'efficacité de l'application des sanctions.

270. Un contrôle juridictionnel national de certaines exigences de procédure ou de forme, par exemple concernant l'identité des personnes inscrites sur une liste ou la détention de certains actifs pertinents, peut être compatible avec l'exécution d'une décision du Conseil. À l'inverse, la portée de tout contrôle juridictionnel du bien-fondé d'une liste requise par une décision du Conseil sera probablement beaucoup plus limitée. Cela peut dépendre de la nature des mesures de réparation éventuellement nécessaires. Si, par exemple, le contrôle effectué par le juge national aboutissait à la conclusion que la liste manquait à certains égards de justifications, une solution appropriée consisterait peut-être – dans la mesure où cela serait prévu dans l'ordre juridique national – à obliger les autorités nationales à demander la radiation de la liste par le Conseil de sécurité. Cependant, il serait contraire aux articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies qu'un tribunal national ou régional ordonne le retrait d'une personne inscrite sur la liste comme une exigence d'une décision du Conseil de sécurité.

271. Il est important de garder à l'esprit que le Conseil de sécurité est le mieux placé pour garantir que ses décisions soient non seulement solidement fondées et correctement étayées, mais également que des mécanismes et des processus d'examen appropriés soient mis en place pour l'inscription et la radiation.²¹³ Bien qu'il soit complexe de parvenir à un accord au niveau international, les dernières années ont été marquées par une évolution importante de la pratique du Conseil dans les deux domaines. Les États membres du Conseil, et notamment ceux qui sont parties à la CEDH, sont beaucoup plus stricts pour garantir l'existence d'une base de preuves suffisante pour justifier les inscriptions. Les procédures de radiation ont également été améliorées avec la désignation d'un correspondant auquel les personnes peuvent envoyer des demandes de radiation et, dans le cas de sanctions contre ISIL (Daesh) et Al Qaida, la nomination d'un médiateur indépendant et impartial. Bien que de nouvelles améliorations puissent être apportées, elles seront probablement progressives, car elles dépendent d'un accord au sein du Conseil de sécurité. Il est également important que ces améliorations soient compatibles avec les compétences du Conseil de sécurité des Nations Unies en vertu de la Charte des Nations Unies.

principes généraux du droit communautaire. Sur le fond, la CJUE a estimé que le règlement litigieux avait manifestement méconnu les droits de la défense des requérants, et notamment le droit d'être entendu.

²¹³ La Cour européenne des droits de l'Homme a souligné que le système de sanctions des Nations Unies, et en particulier la procédure d'établissement de listes d'individus et de personnes morales et la manière dont les demandes de radiation sont traitées, a subi des critiques suffisamment nombreuses, sérieuses et répétées pour considérer que ces procédures ne peuvent remplacer un véritable examen judiciaire adéquat (voir l'affaire *Al-Dulimi*, Jugement de la Grande Chambre, § 153).

4. Interaction entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme

a. INTRODUCTION

272. L'un des domaines dans lequel l'interaction des différents corpus du droit international a été le plus discutée ces dernières années est celui du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire (DIH). Et il n'est pas surprenant que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg occupe une place prépondérante dans ces discussions. Cependant, avant d'examiner l'évolution de la jurisprudence de la Cour et d'examiner les défis et les solutions possibles qui peuvent en découler, il peut être utile d'encadrer cette discussion par quelques mots introductifs sur la nature et l'application du DIH et les situations dans lesquelles son interaction avec la CEDH pourrait survenir.

273. Le droit international humanitaire est l'ensemble des règles internationales coutumières et conventionnelles qui s'appliquent spécifiquement dans les conflits armés.²¹⁴ Il ne couvre pas les tensions internes ni les troubles tels que les actes de violence isolés qui n'atteignent pas le seuil d'un conflit armé. Il a ses propres caractéristiques spécifiques, mais son objectif principal est de limiter les effets des conflits armés en veillant à ce que les considérations d'humanité continuent d'être mises en balance avec les exigences de la nécessité militaire dans les situations de conflit armé.

274. Le contenu du DIH distingue dans une certaine mesure : (a) les situations de conflit armé international (CAI) (conflit entre deux États ou plus) ; (b) les situations de conflit armé non-international (CANI) (conflit entre un ou plusieurs États, d'une part, et un ou plusieurs groupes armés non-étatiques, d'autre part ; ou un conflit entre deux ou plusieurs groupes armés non-étatiques). Le droit des conflits armés internationaux s'applique également dans les situations d'occupation belligérante (c'est-à-dire lorsque les forces armées d'un État occupent un territoire appartenant à un autre État, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance armée).

275. Les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels sont au cœur du DIH. En ce qui concerne le DIH applicable aux conflits armés internationaux, les règles les plus essentielles du droit international sont désormais codifiées dans les quatre Conventions de Genève de 1949 et dans le Protocole additionnel 1 de 1977, qui ont été largement reprises par les États. En outre, il existe un grand nombre d'autres traités qui constituent le corps du DIH pouvant s'appliquer dans une situation donnée et le droit international coutumier est également une source considérable du droit applicable aux conflits armés internationaux. A ce propos, les dispositions de la Troisième Convention de Genève sur les prisonniers de guerre, de la Quatrième Convention de Genève sur la protection des civils (y compris dans les situations d'occupation belligérante) et du Protocole I approfondissent particulièrement le droit sur ces deux sujets.

276. En revanche, en ce qui concerne les conflits armés non-internationaux, une grande partie du droit reste non codifiée, bien qu'il existe des dispositions importantes

²¹⁴ En tant que tel, le droit international humanitaire (DIH), parfois appelé aussi le droit des conflits armés (DDCA), a traditionnellement été divisé en deux branches: le «droit de La Haye», qui concerne principalement la manière dont les opérations militaires sont conduites, et «droit de Genève» relatif à la protection des personnes directement touchées par le conflit.

en droit conventionnel, notamment l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le Protocole II de 1977. Il est donc souvent nécessaire de se tourner vers le droit international coutumier pour déterminer le contenu du droit dans une situation de conflit armé non-international. Le droit est fondé sur les mêmes principes fondamentaux de nécessité, d'humanité, de précaution et de proportionnalité que ceux qui sous-tendent le droit sur les **conflits armés internationaux**. Ces dernières années le développement et l'application du droit international coutumier aux situations de **conflit armé non-international** ont connu un important développement. **[Le CDDH a suggéré de réduire le recours aux abréviations dans ce chapitre afin d'en faciliter la lecture]**

277. Le développement du droit pénal international au cours des deux dernières décennies a été particulièrement important, suite à la création d'un certain nombre de cours et tribunaux pénaux internationaux, notamment la négociation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Ces cours et tribunaux ont produit une vaste jurisprudence relative à la poursuite des violations du DIH pouvant entraîner une responsabilité pénale individuelle. Dans ce contexte, on a pu observer l'application, dans le contexte du **conflit armé non-international**, des standards développés dans le cadre du **conflit armé international**.

278. Comme indiqué précédemment, le DIH s'est développé comme un corpus de normes juridiques applicables au contexte très particulier du conflit armé, afin d'assurer le respect des normes de base de l'humanité souvent dans un contexte où les principes structurants de la société sont brisés ou menacés délibérément par une violence organisée. Compte tenu de cet objectif et du fait que le DIH et le droit international des droits de l'homme se sont considérablement développés dans la période suivant la Seconde Guerre mondiale, en réaction aux horreurs survenues pendant cette période, il est à noter que les deux corpus de droit se sont longtemps développés en parallèle mais en grande partie séparément.

279. Cette séparation s'explique traditionnellement par la spécificité du champ d'application du DIH. Le DIH s'applique dans les situations de conflit armé, régissant principalement la conduite des hostilités et la protection des personnes hors combat. En revanche, le droit des droits de l'homme s'appliquera en principe à la fois en temps de paix et en temps de conflit. Dans sa première déclaration sur la relation entre ces deux corpus de droit, la Cour internationale de Justice a déclaré :

« La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est pas par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable, dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte. » (Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (1996), Avis consultatif de la CIJ paragraphe 25).

280. Dans la même veine, dans son Avis consultatif sur l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, la CIJ a déclaré :

« la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est pas l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire. » (C.I.J. Recueil 2004, p.178, paragraphe 106).

281. L'utilisation du terme *lex specialis* dans les deux Avis consultatifs peut suggérer le remplacement d'une obligation générale par une obligation plus spécifique, conformément à la maxime *lex specialis derogat legi generali*. Cependant, dans sa décision subséquente dans l'affaire *RDC c. Ouganda*, la CIJ a rappelé la relation entre les deux corpus de droit provenant de l'Avis consultatif sur le mur, mais sans la dernière phrase renvoyant au principe de la *lex specialis*. La CIJ a ensuite conclu que les activités des forces ougandaises lors de l'occupation du territoire de la RDC ont enfreint et les obligations du droit international humanitaire et celles du droit des droits de l'homme qui incombaient à la fois à Ouganda et à la RDC (y compris l'article 6 et 7 du PIDCP et l'article 4 et 5 de la Charte africaine). Dans ce contexte, la CIJ semble donc avoir conclu que les deux corpus de droit pouvaient s'appliquer à la même situation.

282. Dans la mesure où les deux corpus de droit peuvent se chevaucher, les questions clés en ce qui concerne la CEDH sont susceptibles d'inclure :

- comment le droit à la vie visé à l'article 2 de la CEDH s'applique dans la conduite des hostilités (y compris, par exemple, son interaction avec la loi sur le ciblage) ;
- comment l'article 5 de la CEDH s'applique à la détention de prisonniers de guerre ou à l'internement ;
- comment l'article 15 de la CEDH peut être invoqué dans des situations de conflit armé ;
- comment l'article 1 du Protocole 1 de la CEDH s'applique aux personnes déplacées de leurs propriétés par un conflit ;
- dans quelle mesure une Partie contractante doit-elle appliquer la CEDH dans des situations de conflit armé au-delà de son propre territoire.

b. APPROCHE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME CONCERNANT DES SITUATIONS DE CONFLIT ARME

283. Bien qu'il y ait eu un nombre considérable de requêtes devant la Cour de Strasbourg concernant des situations de conflit armé, il y a en fait relativement peu de cas où la Cour a dû examiner l'application du DIH et sa relation avec la CEDH. Il y a au moins deux facteurs qui peuvent être mis en avant pour expliquer ceci. Premièrement, il se peut que les États ne souhaitent pas qualifier une situation sur leur territoire en tant que conflit armé non-international. En conséquence, un État peut ne pas chercher à défendre ses actions devant la Cour de Strasbourg par le biais du DIH, mais peut plutôt chercher à se prévaloir du droit d'user de la force pour faire respecter la loi et l'ordre. En

second lieu, ce n'est que ces dernières années que la Cour a été plus ouverte à l'application du DIH.²¹⁵ Un certain nombre d'étapes de cette évolution ont été identifiées.

i. Affaires concernant des activités militaires sans référence au DIH

284. [ancien 13] Au point de départ de cette évolution, une apparente réticence de la part de la Cour à examiner les dispositions du DIH a été observée dans une partie de sa jurisprudence antérieure.²¹⁶ Par exemple, dans l'affaire *Isayeva c. Russie* (concernant les décès et blessures des PDI causés par la réponse militaire à la violence séparatiste tchéchène autour de Grozny), la Cour a statué sur la base de la seule CEDH, malgré les allégations des requérants selon lesquelles l'action militaire contrevenait au DIH, et le fait que la Cour elle-même a qualifié la situation comme étant une situation de conflit.²¹⁷

[Ce paragraphe n'a pas encore été adopté à titre provisoire]

ii. Affaires contenant une référence secondaire au DIH

285. Dans certaines affaires, la Cour européenne des droits de l'homme a pris les dispositions du DIH comme faisant partie du contexte juridique dans lequel la CEDH s'applique. Dans l'affaire *Varnava c. Turquie* (concernant des personnes disparues à la suite des opérations militaires de la Turquie dans le nord de Chypre en 1974), la Cour a examiné l'application de l'article 2 de la CEDH dans le contexte du DIH dans les termes suivants :

« ... L'article 2 doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés (Loizidou, précité, § 43). La Grande Chambre souscrit donc au raisonnement de la chambre selon lequel dans une zone de conflit international les Etats contractants doivent protéger la vie de ceux qui ne sont pas ou plus engagés dans les hostilités, ce qui requiert notamment de fournir une assistance médicale aux blessés. Quant à ceux qui meurent au combat ou succombent à leurs blessures, l'obligation de rendre des comptes implique que leurs corps soient correctement inhumés et que les autorités collectent et communiquent des informations sur l'identité et le sort des intéressés ou autorisent des organes tels que le CICR à le faire.

186. En l'espèce, le gouvernement défendeur n'a soumis aucun élément ni aucun renseignement concret indiquant que l'un quelconque des hommes disparus ait été trouvé mort ou ait été tué dans la zone de conflit sous son contrôle. Cela étant, il n'existe par ailleurs aucune autre explication convaincante sur ce qui a pu arriver aux intéressés qui serait de nature à contrer les allégations des requérants selon lesquelles les intéressés ont disparu dans des secteurs sous le contrôle exclusif du gouvernement défendeur. A la lumière des constats formulés par elle dans la quatrième affaire interétatique, lesquels n'ont pas donné lieu à controverse, la Cour considère que les disparitions litigieuses sont survenues

²¹⁵ Voir, par exemple, L.A. Sicilianos, L'articulation entre droit international humanitaire et droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue Suisse de droit international et droit européen*, Vol. 27, No. 1, 2017, pp. 3-17; et également W. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, (2015) OUP, aux pp. 153-158.

²¹⁶ Voir les contributions du professeur A. Kovler (DH-SYSC-II (2018)10) et du professeur S. Touzé (DH-SYSC-II(2018)13). Voir également, G. Gaggioli et R. Kolb, *A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights*, (2007) *Israel Yearbook of Human Rights*, pp. 115-163.

²¹⁷ Voir *Issaïeva c. Russie* n° 57947/00 §§ 180 et 184, 24 février 2005; *Issaïeva et autres c. Russie*, n°s 57947/00 et deux autres, § 157 et § 181 ; 24 février 2005.

dans des circonstances mettant la vie des intéressés en danger, la conduite des opérations militaires s'étant accompagnée d'arrestations et d'homicides en grand nombre. L'article 2 impose donc à l'Etat défendeur une obligation continue de rechercher les personnes disparues et de rendre des comptes sur ce qu'il est advenu d'elles. Le cas échéant, des mesures de réparation pourraient alors effectivement être adoptées. »

iii. Affaires qui examinent le DIH mais l'excluent

286. Dans l'affaire *Sargsyan c. Azerbaïdjan* (concernant une plainte d'un PDI prétendant que son incapacité de rentrer chez lui dans un village (Golestan) en première ligne du conflit du Nagorno-Karabakh constituait une ingérence dans son droit de propriété (Art. 1 Protocol 1) et dans son droit au respect de son domicile (Art. 8), la Cour a examiné si le DIH pouvait servir de fondement légal au refus opposé par le Gouvernement de laisser le requérant accéder à son domicile, dans le passage suivant :

« 230. Le Gouvernement argue en particulier que le refus de laisser quelque civil que ce soit accéder à Golestan se justifie par l'insécurité qui règne dans le village et aux alentours. Passant rapidement sur les obligations qui découlent pour lui du droit international humanitaire, il invoque principalement les intérêts de la défense et de la sécurité nationale ainsi que l'obligation de protéger les vies humaines contre les dangers des mines antipersonnel et de l'activité militaire qu'il estime lui incomber en vertu de l'article 2 de la Convention.

231. Le Gouvernement n'a pas développé d'argumentation détaillée à l'appui de sa thèse consistant à dire que son refus de laisser les civils accéder à Golestan est fondé sur le droit international humanitaire. La Cour observe que cette branche du droit contient des règles en matière de déplacement forcé en territoire occupé mais ne traite pas expressément de la question de l'accès des personnes déplacées à leur domicile ou à leurs biens. L'article 49 de la quatrième Convention de Genève (paragraphe 95 ci-dessus) interdit les transferts forcés, en masse ou individuels, et les déportations à l'intérieur d'un territoire occupé ou depuis un tel territoire, et il ne permet l'évacuation d'une région occupée que si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent ; en pareil cas, les personnes déplacées ont le droit de rentrer chez elles dès la cessation des hostilités dans la région. Cela étant, ces règles ne sont pas applicables dans le présent contexte, car elles ne valent que pour un territoire occupé, alors que Golestan se trouve sur le territoire internationalement reconnu de l'Etat défendeur.

232. L'élément pertinent en l'espèce est plutôt le droit des personnes déplacées de regagner volontairement et dans la sécurité leur foyer ou leur lieu de résidence habituel dès que les causes de leur déplacement ont cessé d'exister, droit qui est considéré comme une règle de droit international coutumier s'appliquant à tout territoire, occupé ou non (règle 132 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier – paragraphe 95 ci-dessus). Cela étant, le point de savoir si les causes du déplacement du requérant ont ou non cessé d'exister peut prêter à controverse. En bref, la Cour observe que le droit international humanitaire ne semble pas apporter de réponse concluante à la question de savoir si le Gouvernement a des raisons valables de refuser au requérant la possibilité d'accéder à Golestan. »

287. La Cour a ensuite conclu que, alors que le domicile du requérant se trouvait dans une zone d'activité militaire, le Gouvernement défendeur n'avait pas fait

suffisamment d'efforts pour mettre en place des mesures alternatives afin de rétablir ses droits de propriété ou afin de lui fournir une compensation pour sa perte.

iv. Affaires dans lesquelles le DIH a été directement appliqué par la Cour

288. L'affaire dans laquelle la Cour a examiné les relations entre le DIH et la Convention dans les moindres détails est celle de *Hassan c. Royaume-Uni*. L'affaire concernait la détention du frère du requérant en Iraq, Tarek Hassan, soupçonné d'être un combattant ou un civil qui constituait une menace pour la sécurité, les 22 ou 23 avril 2003. Il a été conduit au Camp Bucca, un centre de détention géré par les États-Unis dans lequel le Royaume-Uni a conservé ses propres quartiers. Suite à son interrogatoire par les forces britanniques et américaines, les dossiers du Camp ont montré qu'il avait été libéré le 2 mai ou autour de cette date. Cependant, il n'a pas contacté sa famille au moment de sa libération et en septembre 2003, il a été retrouvé mort dans la ville de Samara. Le requérant engagea une procédure alléguant que le Royaume-Uni avait violé les articles 2, 3 et 5 à l'égard de son frère. Toutefois, comme les allégations au titre des articles 2 et 3 n'étaient pas établies sur la base des faits, c'est l'allégation au titre de l'article 5 qui est devenue centrale.

289. En réponse, le Royaume-Uni a d'abord fait valoir que la Convention ne s'appliquait pas de manière extraterritoriale pendant les hostilités actives d'un conflit armé international. Toutefois, à titre subsidiaire, il a également argué que, dans la mesure où la Convention s'appliquait dans de telles circonstances, elle devait être appliquée pour tenir compte du droit international humanitaire, qui s'appliquait en tant que *lex specialis* et pourrait opérer en vue de modifier ou même remplacer une disposition donnée de la Convention.

290. La Cour n'a pas accepté les arguments du Gouvernement défendeur contre l'application extraterritoriale de la Convention dans ces circonstances, au motif que le requérant relevait du contrôle physique des forces britanniques lors de sa détention et restait sous leur autorité et leur contrôle même lorsqu'il a été ultérieurement transféré dans la zone de détention des États-Unis au Camp Bucca. La Cour a donc souligné que le DIH et la Convention étaient applicables dans les circonstances de l'espèce.

291. La Cour a donc dû faire face à la difficulté liée au fait que les bases juridiques de la détention énoncées à l'article 5 (1) CEDH ne prévoient pas certains pouvoirs de détention qui sont autorisés par les troisième et quatrième Conventions de Genève (notamment à l'égard des prisonniers de guerre et des pouvoirs d'internement nécessaires pour des raisons de sécurité). La Cour a noté que c'était la première fois qu'un Etat lui demandait de ne pas appliquer l'article 5 ou de l'interpréter à la lumière des pouvoirs de détention autorisés par le DIH. La Cour a choisi de chercher un «compromis» entre ces deux dispositions juridiques apparemment contradictoires en adoptant une approche interprétative fondée sur les règles d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En particulier, le paragraphe 3 qui permet que, aux fins de l'interprétation, il soit tenu compte :

- (a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
- (b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
- (c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

292. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas d'accord ultérieur aux fins de l'alinéa (a). En ce qui concerne l'alinéa (b), la Cour a examiné la pratique des Parties à la CEDH et a constaté que leur pratique constante consistait à ne pas utiliser le mécanisme de dérogation prévu à l'article 15 pour modifier leurs obligations découlant de la Convention lorsqu'elles entreprenaient une activité militaire extraterritoriale dans un conflit armé international. En ce qui concerne l'alinéa (c), la Cour a souligné sa jurisprudence antérieure exigeant une interprétation de la Convention « en harmonie avec » d'autres règles du droit international, qui s'appliquait également au DIH (affaire *Varnava c. Turquie* précitée).

« ... 103. À la lumière des considérations qui précèdent, la Cour juge bien fondée la thèse du Gouvernement selon laquelle l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 ne l'empêche pas de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer l'article 5 en l'espèce.

104. Toutefois, et conformément à la jurisprudence de la Cour internationale de justice, la Cour considère que, même en cas de conflit armé international, les garanties énoncées dans la Convention continuent de s'appliquer, quoiqu'en étant interprétées à l'aune des règles du droit international humanitaire. Du fait de la coexistence en période de conflit armé des garanties offertes par le droit international humanitaire et de celles offertes par la Convention, les motifs de privation de liberté autorisés exposés aux alinéas a) à f) de l'article 5 doivent, dans la mesure du possible, s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre et la détention de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève. La Cour est consciente que l'internement en temps de paix ne cadre pas avec le régime des privations de liberté fixé par l'article 5 de la Convention, sauf si le pouvoir de dérogation prévu par l'article 15 est exercé (paragraphe 97 ci-dessus). Ce ne peut être qu'en cas de conflit armé international, lorsque la faculté de prendre des prisonniers de guerre et de détenir des civils représentant une menace pour la sécurité est un attribut reconnu du droit international humanitaire, que l'article 5 peut être interprété comme permettant l'exercice de pouvoirs aussi étendus.

105. À l'instar des motifs de détention autorisés déjà énumérés dans ces alinéas, une privation de liberté imposée en vertu des pouvoirs conférés par le droit international humanitaire doit être « régulière » pour qu'il n'y ait pas violation de l'article 5 § 1. Cela signifie qu'elle doit être conforme aux règles du droit international humanitaire et, surtout, au but fondamental de l'article 5 § 1, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire (voir, par exemple, *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, § 122, Recueil 1998-III, et *El Masri*, précité, § 230 ; voir aussi *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], no 13229/03, §§ 67-74, CEDH 2008, et les affaires qui y sont citées).

106. Pour ce qui est des garanties procédurales, la Cour considère que dans le cas d'une détention intervenant lors d'un conflit armé international, l'article 5 §§ 2 et 4 doit être interprété d'une manière qui tienne compte du contexte et des règles du droit international humanitaire applicables. Les articles 43 et 78 de la quatrième Convention de Genève disposent que les internements « seront l'objet d'une révision périodique, si possible semestrielle, par les soins d'un organisme compétent ». S'il peut ne pas être réalisable, au cours d'un conflit armé international, de faire examiner la régularité d'une détention par un « tribunal » indépendant au sens généralement requis par l'article 5 § 4 (voir, sur le terrain de cette dernière disposition, *Reinprecht c. Autriche*, no 67175/01, § 31, CEDH 2005-XII), il faut néanmoins, pour que l'État contractant puisse être réputé avoir satisfait à ses obligations découlant de l'article 5 § 4 dans ce contexte, que

l'« organe compétent » offre, en matière d'impartialité et d'équité de la procédure, des garanties suffisantes pour protéger contre l'arbitraire. De plus, la première révision doit intervenir peu après l'incarcération et être ultérieurement suivie de révisions fréquentes, de manière à garantir qu'un détenu qui ne relèverait d'aucune des catégories d'internement possibles en droit international humanitaire soit libéré sans retard injustifié. ... »²¹⁸

293. Enfin, il convient de noter que la Cour a parfois été amenée à examiner indirectement des questions de DIH dans le contexte d'affaires relatives à la compatibilité d'une condamnation pénale pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité – pouvant résulter de violations graves du droit international humanitaire – avec l'article 7 CEDH et le principe du *nullum crime sine lege*.²¹⁹

c. DEFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES

294. Le souci d'établir clairement la loi applicable est évidemment une constante dans toutes les situations, mais elle revêt une importance évidente et particulière dans les situations de conflit armé. Cela vient souligner la nécessité d'une conciliation entre les différents corpus de droit dans la mesure où ils sont tous deux applicables.

295. Toute conciliation doit tenir compte de ce qu'est un conflit par nature. Ce sont des situations dans lesquelles les coûts de l'action et de l'inaction peuvent avoir des conséquences profondes sur la vie des personnes touchées (combattants et non-combattants); et où les décisions nécessitent d'être prises très rapidement et parfois sur la base d'informations limitées, occasionnellement par les soldats eux-mêmes, dans le contexte de violences en cours, qu'elles soient réelles ou qu'il s'agisse de menaces. En ce sens, le DIH est indéniablement une *lex specialis* qui a été conçue spécifiquement pour être appliquée dans des situations de conflit afin de respecter ses principes fondamentaux sous-jacents.

296. L'arrêt *Hassan* offre une approche possible de conciliation des deux corpus de droit, dans le contexte de la détention des prisonniers de guerre et de l'internement des individus constituant une menace pour la sécurité dans le cadre d'un conflit armé international. Les dispositions du DIH à cet égard sont claires et bien établies, ce qui permet à la Cour de conclure qu'elles sont conciliables avec l'objectif fondamental de l'article 5 (1) de protéger l'individu contre la détention arbitraire. On peut imaginer qu'il existe d'autres domaines du DIH dans lesquels les règles sont également clairement établies où une solution similaire peut être possible.

297. L'adoption d'une solution similaire en ce qui concerne les **conflits armés non-internationaux** peut être envisageable mais elle soulève des questions complexes. Une première difficulté provient des circonstances très différentes dans lesquelles des **conflits armés non-internationaux** peuvent survenir. Il peut y avoir des questions préliminaires sur l'existence de **conflit armé non-international**, par exemple, les États

²¹⁸ Voir également l'opinion partiellement dissidente du juge Spano, à laquelle se rallient les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, s'écartant de l'approche adoptée par la majorité de chercher à aborder les dispositions juridiques apparemment contradictoires au moyen d'une interprétation « harmonieuse ». Selon eux, la seule manière pour un État de concilier ses obligations en vertu de l'article 5 de la CEDH avec l'exercice des pouvoirs du DIH en matière de détention/internement en vertu des troisième et quatrième Conventions de Genève, était de faire une dérogation valable en vertu de l'article 15.

²¹⁹ Voir les arrêts dans les affaires *Vasiliauskas c. Lituanie* [GC], n° 35343/05, 20 octobre 2015; *Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n° 2312/08 et 34179/08, §§ 55 et 74, 18 juillet 2013; *Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04, §§ 200 ss., 17 mai 2010; et *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, §§ 86 ss., 19 septembre 2008.

peuvent être réticents à caractériser une situation sur leur propre territoire comme un **conflit armé non-international**. D'autres enjeux peuvent survenir lorsque les forces d'une Partie contractante à la CEDH sont impliquées de manière extraterritoriale dans un conflit armé non-international. Déterminer le contenu de certaines règles relatives aux **conflits armés non-internationaux**, qui sont encore largement dérivées du droit international coutumier, peut constituer une autre difficulté. Il convient toutefois de noter que les États sont en tout état de cause liés au moins par les principes fondamentaux du DIH (nécessité, humanité, précaution et proportionnalité) et qu'ils devraient s'appuyer sur un cadre clair pour éviter l'arbitraire. Toute interprétation « accommodante » ou « harmonieuse » des obligations relevant du DIH et des droits de l'homme supposerait l'existence de ce socle minimal de droits.

298. Il a été suggéré qu'une solution alternative à la question de la détermination des conflits entre (au moins certaines) des dispositions des deux corpus de droit consiste à ce qu'un État déroge à la CEDH conformément à l'article 15.²²⁰

299. Cependant, comme le relève l'arrêt *Hassan*, les États n'y ont pas dérogé dans le cadre des **conflits armés internationaux** dans lesquelles ils se sont impliqués de manière extraterritoriale et, compte tenu de l'approche dans cet arrêt, la nécessité de déroger doit être pesée avec soin.²²¹ Il est concevable qu'il puisse y avoir des cas où une dérogation peut fournir une voie appropriée dans une situation de conflit extraterritorial. Des questions peuvent se poser quant à l'applicabilité de l'article 15, mais dans la mesure où la Convention est applicable de manière extraterritoriale, il semblerait logique que l'article 15 soit également applicable. Toute dérogation nécessiterait, de toute façon, une justification, mais il semblerait que les termes de l'article 15 devraient être interprétés de manière suffisamment large pour permettre une dérogation de principe lorsqu'un État agit de manière extraterritoriale.

300. Une autre série de questions pourrait alors se poser quant à l'étendue des dérogations possibles, notamment en ce qui concerne l'application extraterritoriale. Tout d'abord, il peut être difficile de déterminer quelles sont les obligations conventionnelles applicables, étant donnée la notion de « division et d'adaptation » des droits de la Convention dans les situations d'application extraterritoriale. Même lorsqu'une dérogation est admise au regard de l'article 15, l'étendue des dérogations n'est pas très claire. Ainsi, par exemple, une dérogation à l'article 2 est autorisée pour les décès résultant d'actes de guerre licites. Toutefois, en ce qui concerne le champ d'application des obligations procédurales en vertu de l'article 2 de la CEDH, il n'est pas explicite jusqu'à à quel point celles-ci s'appliqueraient.

301. Tout ceci suggère que l'invocation de l'article 15 peut aider à répondre à certaines questions, mais elle est également susceptible de soulever d'autres questions, et il faudrait soigneusement évaluer la contribution globale de cette disposition à créer une plus grande sécurité juridique.

²²⁰ Selon l'opinion partiellement dissidente du juge Spano, à laquelle se rallient les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva dans *Hassan*, il s'agit de la seule solution possible au regard de la Convention. A la différence de l'approche de la majorité, cherchant à aborder les dispositions légales apparemment contradictoires par une interprétation « harmonieuse », ils ont fait valoir que la seule manière pour un État de concilier ses obligations en vertu de l'article 5 de la CEDH avec l'exercice des pouvoirs de contrôle du DIH en vertu des troisième et quatrième Conventions de Genève, devait constituer une dérogation valable au titre de l'article 15. Il est également intéressant de noter que le Comité des droits de l'homme, dans son Observation générale n° 35, semble accepter la possibilité que des États dérogent au droit à la liberté dans des situations de conflit dans certaines conditions, y compris des situations de conflit hors de leur propre territoire dans lequel ils sont engagés (voir § 65).

²²¹ Dans la pratique, les États ne semblent pas déroger dans des situations de **conflits armés non-internationaux** (CANI) extraterritoriales.

II. LE DEFI DE L'INTERACTION ENTRE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET D'AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME AUXQUELS LES ÉTATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE SONT PARTIES

1. INTRODUCTION

302. 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 **données** par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) et aux paragraphes pertinents de son Rapport de 2015 sur l'avenir à **plus** long terme **du système** de la Convention européenne des droits de l'homme²²², il sera limité à l'interaction entre la CEDH 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 (Cour EDH) et des organes de suivi créés par les conventions des Nations Unies (« organes de traités »).

303. 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).

304. 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 traités²²³, 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

²²² 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.

²²³ CM/Del/Concl. (67) 164, point VI b).

protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». ²²⁴ 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 également parties aux pactes, tandis que huit autres les avaient signés et envisageaient de les ratifier.

305. 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 ²²⁵, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CIMW, 1990), la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH, 2006) ²²⁶, et la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (CED, 2006). **[modifications des notes de bas de pages sur la base des commentaires du CDDH]**

306. Le respect de ces traités par les États parties est contrôlé par des organes spéciaux, composés d'experts de toutes les zones géographiques. Les experts sont élus par les États parties et doivent posséder une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'homme, compte étant tenu également de l'expérience juridique. ²²⁷ En vertu des instruments pertinents (les conventions susmentionnées ou les protocoles facultatifs spéciaux), ²²⁸ 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 « observations générales » 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 à cet égard. ²²⁹ Ces communications peuvent être individuelles ou, pour la plupart des traités, également interétatiques ; le présent chapitre se limite toutefois aux communications présentées par des particuliers.

307. Il convient toutefois de noter que les « constatations » des organes de traités sur les communications individuelles contiennent des recommandations aux États

²²⁴ *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.

²²⁵ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications.

²²⁶ Voir également le Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

²²⁷ Voir le PIDCP, articles 28 et 30. Pour une présentation générale des organes des traités de l'ONU voir Ilias Bantekas et Lutz Oette, *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2013, xlvii, 730 p., à 181-218.

²²⁸ Dans le cas du PIDESC, également la résolution ECOSOC 1985/17 du 28 mai 1985.

²²⁹ Presque tous les États membres du CdE (44) ont accepté la compétence du Comité des droits de l'homme pour recevoir des communications individuelles et une majorité significative a accepté la compétence des autres organes conventionnels, à l'exception des comités ICECR (11) et CED (16). Aucun État membre du CdE n'a accepté la compétence du Comité de la CIMW, mécanisme qui n'est pas encore entré en vigueur.

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 (de même 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. Le suivi des « constatations » des organes de traités de l'ONU 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 (CCPR) dans son *Observation générale n° 33*²³⁰, 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 PIDCP, et même le fait que, par la publication des décisions du Comité et des rapports annuels à l'Assemblée générale des Nations Unies, la situation d'un État partie ne se conformant pas « devient de notoriété publique », avec des répercussions politiques évidentes pour l'État concerné. Elles doivent donc être prises en compte de bonne foi.²³¹ Il en va de même pour les observations finales sur les rapports périodiques et les observations générales.²³² Néanmoins, l'ensemble du système des organes de traités des Nations Unies repose sur le dialogue et l'échange d'opinions sur la manière d'interpréter les obligations juridiques et, bien que cela ne diminue en rien l'importance de la pratique des organes conventionnels de l'ONU, celle-ci n'est donc pas comparable à l'obligation d'exécuter les arrêts de la Cour. Tous ces paramètres devraient être gardés à l'esprit lors de la discussion sur la coexistence de la CEDH avec les conventions relatives aux droits de l'homme des Nations Unies et la possibilité de conflits entre elles²³³.

308. À la lumière de la multiplication des traités universels relatifs aux droits de l'homme contraignants pour les États membres du CdE, ainsi que des organes chargés de surveiller le respect de ces traités par les États parties, les préoccupations exprimées au sein du Conseil de l'Europe dans les années 1960 persistent. Comme indiqué par le CDDH, « [D]e nombreux États membres du Conseil de l'Europe étant parties à ces traités de l'ONU, une norme des droits de l'homme comparable risque de ne pas être interprétée de la même manière à Genève et à Strasbourg. »²³⁴ 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 par la Cour EDH « pourraient sérieusement affaiblir la crédibilité et l'autorité de la

²³⁰ (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.

²³¹ 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.

²³² 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.

²³³ Bien que non contraignantes, les constatations des organes des traités peuvent avoir de l'influence. Elles peuvent être prises en compte par la Cour EDH et la CIJ. Voir par exemple les conclusions de la CIJ dans son arrêt *Ahmadou Sadio Diallo* du 30 novembre 2010 (Recueil de la CIJ 2010, p. 639, § 66), à l'égard des constatations du Comité des droits de l'homme et de ses Observations générales n° 15. Voir également l'Avis consultatif de la CIJ « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé », Recueil de la CIJ 2004, p. 136, §§ 109-110. De plus, elles pourraient aussi être prises en compte dans les jugements ou décisions des tribunaux nationaux. Voir, par exemple, le (seul pour l'instant) cas *González Carreno c. Espagne*, où la Cour suprême espagnole a décidé que la plaignante devrait être indemnisée conformément aux constatations du Comité de la CEDAW (n° 47/2012, 16 juillet 2014) au titre de la violation de ses droits garantis par la CEDAW (Tribunal Supremo, sentencia núm. 1263/2018, 17 juillet 2018, notamment pages 23-28).

²³⁴ Rapport 2015 du CDDH, *op. cit.*, § 182.

Cour ». ²³⁵ 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.

2. 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 TRAITES DES NATIONS UNIES

a. Coexistence de différents ensembles normatifs : interprétation divergente de droits substantiels

309. Dès l'adoption de la CEDH, il était envisagé que la coexistence avec un traité universel puisse être une source d'incohérence normative et une raison d'aligner le régional sur l'universel : « Si et quand cette Convention des Nations Unies [c'est-à-dire le futur PIDCP] 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 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 ». Néanmoins, il a également été reconnu que les États européens pouvaient, avec leurs origines communes, assumer des engagements plus vastes et plus précis que ceux qui pourraient être incorporés dans la Convention des Nations Unies, destinée à s'appliquer à des pays à caractère largement hétérogène. ²³⁶

310. 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 ²³⁷ 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 CEDH et inversement: on pourrait mentionner l'article 27 du PIDCP et l'article 1 du Protocole n° 1 à la CEDH.

311. De plus, il existe des différences dans les définitions de certains droits protégés à la fois par la CEDH et le PIDCP. ²³⁸ Ces différences peuvent être liées à l'affirmation du droit lui-même ou aux restrictions ou limitations autorisées. Pour ne donner que quelques exemples :

²³⁵ *Ibid.*, § 184.

²³⁶ Points soulevés par M. Davies (Royaume-Uni) et M. Schuman (France) lors d'une réunion du Comité des Ministres à Rome le 3 novembre 1950 (voir Conseil de l'Europe, édition collective des « *Travaux préparatoires* » de la *Convention européenne des droits de l'homme* des éditions Martinus Nijhoff, 1985, 347 p., 28-32) (*traduction du Secrétariat*).

²³⁷ 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.

²³⁸ Comparer 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.

- (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 CCPR 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.

312. 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.

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

314. 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.²³⁹ Des points de vue divergents ont été adoptés dans le passé sur des questions telles que l'avortement,²⁴⁰ le droit de se représenter seul dans les procédures pénales,²⁴¹ le droit de vote des personnes sous tutelle,²⁴² ainsi que la responsabilité des États lors de la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies.²⁴³ Il existe néanmoins des domaines,

²³⁹ 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.

²⁴⁰ Comparer (CCPR) *Siobhán Whelan c. Irlande*, 2425/14, le 11 juillet 2017 (en particulier §7.7) à la Cour EDH, *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, 16 décembre 2010, où la marge d'appréciation de l'Irlande en ce qui concerne l'interdiction de l'avortement et la protection des enfants à naître a joué un rôle.

²⁴¹ Voir l'affaire *Correia de Matos c. Portugal*, *infra*, (II) (B) (i).

²⁴² Comparer (CEDH), *Alajos Kiss c. Hongrie* (no 38832/06, §§38, 41-42, 20 mai 2010) dans laquelle la Cour a admis qu'une mesure garantissant que seuls des citoyens capables de prendre des décisions conscientes participent aux affaires publiques pourrait constituer une mesure poursuivant un but légitime, bien qu'une interdiction générale de voter, quelles que soient les facultés effectives d'une personne, ne soit pas comprise dans une marge d'appréciation acceptable à (CDPH) *János Fiala, Centre pour les droits des personnes handicapées c. Hongrie* (4/2011, 9 septembre 2013, § 9.4) où le Comité de la CDPH a constaté qu'une exclusion du droit de vote sur la base d'un handicap psychosocial ou intellectuel, y compris à la suite d'une évaluation personnalisée, constituait une discrimination fondée sur le handicap (article 29 de la CDPH).

²⁴³ 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 de l'affaire *Bosphorus* (voir Thème I, sous-thème ii). Il

examinés plus en détail ci-dessous, dans lesquels les tendances centrifuges semblent plus fortes et attirent parfois l'attention des médias et du grand public. Ceux-ci couvrent la liberté de manifester sa religion (i), le droit à la liberté et à la sécurité (ii) et le transfert de personnes vers un autre État (iii).

i. Liberté de manifester sa religion: le port des symboles et des vêtements religieux

315. 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. Les circonstances particulières d'un État et ses choix en matière de laïcité sont également pris en compte. En ce qui concerne l'article 9 en général et la liberté de religion en particulier, la Cour EDH se réfère fréquemment à la « doctrine de la marge d'appréciation ».

316. Dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*,²⁴⁴ 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 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 ».²⁴⁵ La Cour a rejeté un certain nombre de requêtes impliquant des vêtements religieux d'élèves et d'étudiants dans des États membres, conformément au principe de laïcité.²⁴⁶

317. Une autre série d'affaires concerne le port des symboles ou des vêtements religieux sur le lieu de travail. En ce qui concerne le secteur public, la Cour a noté que le fait que la requérante portait un voile était perçu comme une manifestation ostentatoire de sa religion qui était incompatible avec les exigences de discrétion, de neutralité et d'impartialité incombant aux agents de la fonction publique dans l'exercice de leurs fonctions.²⁴⁷ 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.²⁴⁸ S'agissant du personnel enseignant en particulier, « 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

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 (paragraphe 10.1 à 11).

²⁴⁴ N° 44774/98 [GC], 10 novembre 2005.

²⁴⁵ Arrêt du 29 juin 2004, § 108.

²⁴⁶ 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.

²⁴⁷ *Ebrahimian c. France*, n° 64846/11, § 62, 26 novembre 2015, concernant une assistante sociale dans un établissement psychiatrique municipal. Voir aussi *Kurtulmuş c. Turquie* (déc.), n° 65500/01, 24 janvier 2006, concernant un professeur associé dans une université publique.

²⁴⁸ *Vogt c. Allemagne*, n° 17851/91 [GC], 26 septembre 1995.

n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation et que donc la mesure qu'elles ont prise n'était pas déraisonnable ».²⁴⁹

318. 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.²⁵⁰ 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 et de sécurité et a conclu que les mesures adoptées vis-à-vis de la requérante n'étaient pas disproportionnées.

319. 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.²⁵¹

320. 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*,²⁵² 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.

321. Cependant, en 2014, dans *S.A.S. c. France*, concernant l'interdiction législative (loi n° 2010-1192) sur la dissimulation du visage dans un lieu public, la Grande Chambre a conclu à la non-violation de l'article 9 en ce qui concerne le port du voile intégral (niqab), 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

²⁴⁹ *Dahlab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, 15 février 2001.

²⁵⁰ *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, nos 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 15 janvier 2013. Les deux autres requêtes n'impliquaient pas le port de symboles religieux.

²⁵¹ *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 (interdiction d'assister à un procès parce que la requérante - partie civile au procès - a refusé de retirer son foulard).

²⁵² N° 41135/98, 23 février 2010 au sujet de la condamnation de membres d'un groupe religieux (*Aczimendi tarikaty*) qui sont venus à Ankara pour une cérémonie religieuse, ont fait un tour de la ville portant les vêtements distinctifs du groupe et, à la suite de divers incidents, ont été arrêtés et condamnés pour violation de la loi sur le port du couvre-chef et vêtements religieux en public.

considérablement.²⁵³ 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.²⁵⁴

322. 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 religieux dans le cadre de contrôles de sécurité,²⁵⁵ d'apparaître tête nue sur des photos d'identité pour utilisation sur des documents officiels²⁵⁶ ou porter un casque protecteur.²⁵⁷

323. 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 et, en général, ne semble pas se reposer sur une doctrine de la marge d'appréciation.

324. 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 ».²⁵⁸ 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 18.²⁵⁹ 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§3.²⁶⁰ De plus, les limitations ne peuvent être appliquées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été prescrites, doivent être directement liées et proportionnées à la nécessité sur laquelle elles sont fondées et ne peuvent être imposées de manière discriminatoire.²⁶¹

325. 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

²⁵³ *S.A.S. c. France*, n° 43835/11 [GC], §§125, 153, 1 juillet 2014.

²⁵⁴ Nos 37798/13 et 4619/12, respectivement, arrêts du 11 juillet 2017.

²⁵⁵ 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.

²⁵⁶ *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.

²⁵⁷ Commission européenne des droits de l'homme, *X c. Royaume-Uni* (déc), n° 7992/77, 12 juillet 1978, concernant un sikh pratiquant.

²⁵⁸ *Raihon Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, 931/2000, 5 novembre 2004, au 6.2 concernant l'expulsion d'une étudiante universitaire portant le "hijab".

²⁵⁹ 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.

²⁶⁰ *Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, op.cit., au 6.2.

²⁶¹ *Observation générale n° 22*, § 8.

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 représenté une menace pour les droits et libertés des autres élèves ou pour l'ordre au sein de l'établissement scolaire, ni démontré en quoi l'empiétement sur les droits des personnes interdites de porter des symboles religieux était nécessaire ou proportionné aux avantages obtenus.²⁶² 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.²⁶³

326. 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 autre 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, « 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 ».²⁶⁴

327. Dans l'affaire *F.A. c. France* (connue comme affaire «*Baby Loup*»), le Comité a estimé que le licenciement pour faute grave et sans indemnité d'une employée d'une garderie privée qui avait refusé de respecter le règlement intérieur du centre imposant la neutralité religieuse aux employés et d'enlever son foulard au travail constituait une mesure disproportionnée au regard de l'article 18 du PIDCP. Le Comité a estimé qu'aucune justification suffisante n'avait été fournie par l'État partie pour permettre de conclure que le port du foulard par un éducateur dans un centre de la petite enfance dans les circonstances particulières de l'affaire violerait les droits et libertés fondamentales des enfants et des parents fréquentant le centre. Le Comité n'a pas passé beaucoup de temps sur l'argumentation du gouvernement français, fondée sur la jurisprudence de la Cour EDH, y compris les affaires *Leyla Sahin et Dahlab*, selon laquelle le foulard est un « signe extérieur fort », affirmant que les critères utilisés pour parvenir à cette conclusion n'avaient pas été expliqués et que « le port du foulard, en soi, ne peut être considéré comme constituant un acte de prosélytisme ». Le Comité a également constaté que la restriction imposée par le règlement intérieur du centre a affecté de manière disproportionnée les femmes musulmanes qui ont choisi de porter le foulard, comme l'auteur. Il y avait donc eu un traitement différencié de l'auteur et son

²⁶² *Bikramjit Singh c. France*, 1852/08, §§ 8.6, 8.7, 1 novembre 2012.

²⁶³ *Jasvir Singh c. France* (déc), n° 25463/08, 30 juin 2009; *Ranjit Singh c. France* (déc), n° 27561/08, 30 juin 2009.

²⁶⁴ *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 la Cour EDH une requête concernant le refus de renouvellement de son permis de conduire (voir par. 21 ci-dessus), conduisant la France à dire que son choix de soumettre une communication au Comité cette fois était « motivé par le souhait d'obtenir du Comité une solution différente de celle retenue par la CEDH » (§ 4.3).

licenciement constituait une discrimination inter-sectionnelle fondée sur le sexe et la religion au sens de l'article 26 du PIDCP.²⁶⁵

328. 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 la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 relative à l'interdiction de la dissimulation du visage en public et à la possibilité d'imposer des sanctions aux personnes qui ne se conforment pas, y compris les femmes musulmanes qui choisissent de porter le voile intégral.²⁶⁶ 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 ni à la réalisation de l'objectif de « vivre ensemble » dans la société, concept qualifié de « *très vague et abstrait* », rejetant rapidement la jurisprudence de la Cour EDH.²⁶⁷ 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.²⁶⁸

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

329. L'article 5 § 1 e) de la CEDH prévoit la détention légale des « aliéné[s] ». 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 ».²⁶⁹

330. Quant à la deuxième condition, « un trouble mental peut passer pour présenter une ampleur légitimant l'internement s'il est établi que cette mesure s'impose car la personne concernée a besoin, pour guérir ou pour voir son état s'améliorer, d'une thérapie, de médicaments ou de tout autre traitement clinique, mais également lorsqu'il s'avère nécessaire de la surveiller pour l'empêcher, par exemple, de se faire du mal ou de faire du mal à autrui ».²⁷⁰ 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.²⁷¹ La régularité de la détention exige le respect d'une procédure prévue par la loi; à cet égard, la Convention renvoie essentiellement au droit national et renferme l'obligation de se conformer aux dispositions matérielles et procédurales de celui-ci. Toutefois, elle exige en outre la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire.²⁷²

²⁶⁵ *F.A. c. France*, n° 2662/2015, 16 juillet 2018, §§ 8.8, 8.9, 8.12, 8.13.

²⁶⁶ 2747/2016 et 2807/2016, 22 octobre 2018.

²⁶⁷ *Yaker c. France*, §8.10, *Hebbadj c. France*, § 7.10.

²⁶⁸ *Yaker c. France*, §8.17, *Hebbadj c. France*, § 7.17.

²⁶⁹ *Winterwerp c. Pays-Bas*, § 39, 24 octobre 1979; *Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, § 145; et *Roman c. Belgique* [GC], n° 18052/11, § 192, 31 janvier 2019.

²⁷⁰ *Ilseher c. Allemagne*, nos 10211/12 et 27505/14, § 133, 4 décembre 2018.

²⁷¹ *Stanev c. Bulgarie*, *op.cit.*, § 147 et les références qui y figurent ; et *Roman c. Belgique* [GC], n° 18052/11, § 193, 31 janvier 2019, où la Cour a réitéré qu'un délai important d'admission dans une institution appropriée aux fins du traitement de la personne concernée emporte forcément des conséquences pour les chances de succès de ce traitement et peut donc entraîner une violation de l'article 5 (§ 198).

²⁷² *Hadžimejlić et autres c. Bosnie et Herzégovine*, nos 3427/13 et 2 autres, § 52, 3 novembre 2015 ; et *Roman c. Belgique* [GC], n° 18052/11, § 190, 31 janvier 2019.

331. 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.²⁷³

332. 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.

333. **[précédent 32]** Dans son Observation générale no. 1 (2014), 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 a considéré également que les États parties ont l'obligation d'exiger de tous les médecins et professionnels de la santé (y compris les psychiatres) qu'ils obtiennent le consentement libre et éclairé des personnes handicapées avant de les traiter et 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).²⁷⁴ De même, dans ses Lignes directrices sur l'article 14 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2015), le Comité a réitéré sa position selon laquelle l'article 14(1)(b)²⁷⁵ interdit la privation de liberté basée sur une déficience réelle ou présumée même si des facteurs ou critères supplémentaires, tels qu'un risque ou dangerosité, le besoin allégué de soins ou de traitement, ou bien d'autres motifs liés à la déficience ou à un diagnostic de santé, sont aussi invoqués pour justifier la privation de liberté.²⁷⁶ Le Comité a constaté une violation de l'article 14(1)(b) de la Convention dans l'affaire *Marlon Jams Noble c. Australie* où il a considéré que le handicap de l'auteur et l'évaluation par les autorités de l'État partie de ses conséquences potentielles était la « cause première » de sa détention.²⁷⁷ Dans le même contexte, le Comité de la CDPH a à plusieurs occasions exhorté les États parties à abroger les dispositions qui permettent un placement involontaire des personnes handicapées dans les institutions de santé mentale et à ne pas autoriser les mandataires spéciaux à donner le consentement au nom de telles personnes.²⁷⁸

[Ce paragraphe n'a pas encore été adopté provisoirement]

334. 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

²⁷³ *Naumenko c. Ukraine*, n° 42023/98, § 112, 10 février 2004.

²⁷⁴ *Observation générale no 1, 2014, §§ 40-42.*

²⁷⁵ « 1. Les États Parties veillent à ce que les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres : [...]Ne soient pas privées de leur liberté de façon illégale ou arbitraire; ils veillent en outre à ce que toute privation de liberté soit conforme à la loi et à ce qu'en aucun cas l'existence d'un handicap ne justifie une privation de liberté. »

²⁷⁶ Lignes directrices 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), §§ 6-7 (*traduction du Secrétariat*).

²⁷⁷ Communication 7/2012, observations du 2 septembre 2016, § 8.7.

²⁷⁸ Par exemple, Observations finales CRPD/C/POL/CO/1/29.10.2018 §24, CRPD/C/MLT/CO/1/17.10.2018 §23, CRPD/C/SVN/CO/1/16.4.2018 §23, CRPD/C/GBR/CO/1/03.10.2017 § 35.

personne concernée des préjudices graves ou de prévenir les blessures d'autrui.²⁷⁹ 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 ».²⁸⁰

335. Ces interprétations divergentes se manifestent notamment par les difficultés de rédiger de nouvelles normes en la matière au sein du Conseil de l'Europe.²⁸¹

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

336. Un autre point de divergence concerne des assurances quant aux non-recours à la torture, lors qu'il existe un risque de celle-ci, dans le cadre des procédures d'extradition ou d'expulsion, voire même dans les cas de transferts forcés et extrajudiciaires (par exemple, cas de « restitutions extraordinaires »).²⁸² 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.

337. L'extradition ou l'expulsion d'une personne peut poser problème au regard de l'article 3 CEDH (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que, en cas d'extradition ou d'expulsion, la personne concernée ferait face à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3. Les « preuves substantielles » comprennent tous les éléments disponibles, y compris une évaluation des conséquences prévisibles de l'envoi de l'individu dans un pays donné, en tenant compte de la situation générale du pays en question, mais en mettant l'accent sur la situation personnelle de l'individu au moment de l'extradition ou l'expulsion ou au moment de l'examen de l'affaire par la Cour, si l'extradition ou l'expulsion n'a pas encore eu lieu.²⁸³ Dans pareil cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas extraditer ni expulser, y compris dans les cas où la protection de la sécurité nationale est en jeu.²⁸⁴ Il convient toutefois de noter que, de manière générale, la Cour « a été très prudente en concluant que l'éloignement du territoire d'un État contractant serait contraire à l'article 3 de la Convention »²⁸⁵ et qu'elle reconnaît qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre évaluation à celle faite par les autorités de l'État défendeur, même si elle doit s'assurer que celle-ci était adéquate et suffisamment étayée par des éléments d'origine nationale et des éléments provenant d'autres sources fiables et objectives.²⁸⁶

²⁷⁹ Observation générale no 35, article 9 (*Liberté et sécurité de la personne*), CCPR / C / GC / 35, 2014, § 19.

²⁸⁰ (CCPR), *T.V. et A.G. v. Ouzbékistan*, 2044/11, 11 mars 2016, § 7.4.

²⁸¹ Voir le travail de rédaction sur le Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo), voir <https://www.coe.int/fr/web/bioethics/psychiatry/about>.

²⁸² 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.

²⁸³ Voir *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, §§ 128-133, 28 février 2008.

²⁸⁴ Voir *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, § 88, 7 juillet 1989; *Saadi c. Italie* [GC], précité, §§ 117, 125; *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 46827/99, § 80, 15 novembre 1996.

²⁸⁵ *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, nos 9146/07 et 32650/07, § 131, 17 janvier 2012 (*traduction du Secrétariat*).

²⁸⁶ Voir *J.K. et autres c. Suède*, n° 59166/12, § 84, 23 août 2016.

338. 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).²⁸⁷ Le Comité a indiqué que le risque 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.²⁸⁸

339. 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 intéressé d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme graves, flagrantes ou massives ». Néanmoins, l'existence d'un tel ensemble ne constitue pas en soi une raison suffisante pour établir qu'une personne serait en danger si elle était renvoyée dans un pays donné. Le but d'une telle détermination est plutôt d'établir si la personne concernée courrait personnellement un risque prévisible et réel d'être soumise à la torture dans le pays de retour.²⁸⁹ Bien que soit accordé « beaucoup de poids » aux conclusions de fait des organes de l'État partie sur les allégations de risque de torture formulées par un individu, le Comité de la CAT estime ne pas être lié par ces constatations et avoir le pouvoir, sur la base de l'article 22, paragraphe 4, de la Convention, de la libre appréciation des faits se fondant sur l'ensemble des circonstances dans chaque affaire.²⁹⁰

340. Dans la jurisprudence de la CourEDH, l'existence des assurances données par l'État dans lequel une personne doit être transférée dans les cas où il existe un risque réel de torture ou de mauvais traitements revêt de l'importance. Dans des arrêts tels que *Chahal c. Royaume-Uni* et *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (GC),²⁹¹ 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 qu'il agisse d'une manière qui n'est pas conforme à son droit ordinaire 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

²⁸⁷ (CCPR), *Observation générale n° 31, Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, CCPR / C / 21 / Rev.1 / Add. 13, § 12.

²⁸⁸ 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.

²⁸⁹ Par exemple, (CAT), *M.C. c. Pays-Bas*, 569/2013, 13 novembre 2015, § 8.2.

²⁹⁰ (CAT) *Observation générale n° 4 (2017) sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention dans le contexte de l'article 22*, CAT/C/CG/ 4, § 50; *I.E. c. Suisse*, 683/2015, 14 novembre 2017, § 7.4; *Alp c. Danemark*, 466/2011, 14 mai 2014, § 8.3. Le Comité de la CAT a estimé que, dans les cas où des « rapports médicaux solides et presque sans équivoque » sur des actes de torture antérieurs étaient présents, le gouvernement défendeur est tenu de procéder à de nouveaux examens médicaux. Par exemple, *M.C. c. Pays-Bas*, *supra*, § 8.6, dans lequel le Gouvernement néerlandais s'est néanmoins déclaré convaincu que les affirmations de l'auteur n'étaient pas crédibles et qu'il n'y avait plus de risque. En même temps, la Cour EDH a décidé que, si le requérant plaidait plausiblement pour des actes de torture antérieurs, il incombait au gouvernement de prouver que la situation dans le pays de transfert avait changé, de sorte que ce risque n'existait plus (*J.K. et autres c. Suède*, § 102).

²⁹¹ Nos 46827/99 du 15 novembre 1996 et 46951/99 du 4 février 2004, respectivement.

si elles offrent dans leur application pratique une garantie suffisante contre les mauvais traitements à la lumière des circonstances prévalant à l'époque des faits.²⁹²

341. 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 comme 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 tâche est d'examiner si les assurances obtenues dans une affaire donnée sont suffisantes pour éliminer tout risque réel de mauvais traitements.²⁹³ 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.²⁹⁴ De l'avis de la Cour, « ce n'est cependant que dans de rares cas que la situation générale dans un pays donné implique que l'on ne puisse accorder absolument aucun poids aux assurances qu'il fournit ». 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.²⁹⁵

342. Dans *Alzery c. Suède* (expulsion à la suite d'assurances diplomatiques du gouvernement égyptien), le Comité des droits de l'homme a déclaré que « l'existence d'assurances diplomatiques, leur contenu et la mise en place et le fonctionnement de mécanismes permettant de respecter ces assurances sont autant d'éléments de fait utiles pour déterminer s'il existait bien pour l'auteur un risque réel de subir des mauvais traitements prohibés ».²⁹⁶

343. L'approche adoptée par le Comité contre la torture à l'égard des assurances diplomatiques est plus réticente: « des assurances diplomatiques ne sauraient justifier la non-application du principe de non-refoulement énoncé à l'article 3 de la Convention ».²⁹⁷ 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.²⁹⁸ 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 qu'en règle générale, 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.²⁹⁹

344. 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

²⁹² Saadi, précité, § 148.

²⁹³ *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, § 186, 17 janvier 2012.

²⁹⁴ *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.

²⁹⁵ *Ibid.*, §§ 188, 193.

²⁹⁶ 1416/2005, Constatations du 10 novembre 2006.

²⁹⁷ (CAT), *Abichou c. Allemagne*, 430/2010, 21 mai 2013, §§ 11.5-11.7.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ (CAT), *Agiza c. Suède*, 233/2003, 20 May 2005, §§ 11.16, 13.4.

sa 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.³⁰⁰ 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 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.³⁰¹

345. 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*.³⁰² Dans le texte final, une position beaucoup plus souple a été retenue, à savoir que « les assurances diplomatiques d'un État partie à la Convention vers lequel une personne doit être expulsée ne devraient pas être utilisées pour contourner le principe de non-refoulement tel qu'il est établi à l'article 3 de la Convention et y porter atteinte, lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire que l'intéressé risque 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 ».

346. Une question similaire se pose quant au retour des demandeurs d'asile selon le système de Dublin (actuellement le règlement Dublin III³⁰³). 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 seraient 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.³⁰⁴ Toutefois, une série d'affaires a suivi où la Cour a déclaré des requêtes portant sur le système de Dublin irrecevables.³⁰⁵ Dans le même temps, les organes de traités des Nations Unies considèrent que, dans les affaires portant sur le règlement de Dublin, les États parties devraient tenir particulièrement compte des « de ce que les personnes expulsées ont déjà vécu dans le premier pays

³⁰⁰ 281/2005, opinions du 29 mai 2007, § 11.

³⁰¹ 747/2016, opinions du 9 août 2017, §§ 10.6, 10.7.

³⁰² 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>.

³⁰³ *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*.

³⁰⁴ 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.

³⁰⁵ 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.

d'asile, qui peut mettre en relief les risques particuliers qu'e elles sont susceptibles de courir et peut donc faire de retour dans ce pays une expérience particulièrement traumatisante pour elles ».³⁰⁶ Et, dans *A.N. c. Suisse*, le Comité CAT semble suggérer que le gouvernement concerné était tenu non seulement de procéder à une évaluation individuelle du risque personnel et réel que courrait le plaignant s'il était renvoyé en Italie, mais également de déterminer avec précision si des centres de réadaptation appropriés étaient disponibles et d'obtenir des assurances des autorités italiennes que le plaignant aurait un accès immédiat et continu au traitement aussi longtemps qu'il en aurait besoin.³⁰⁷

b. Coexistence de différents mécanismes internationaux pour la protection des droits de l'homme : approches divergentes en matière de questions procédurales

347. 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. Recevabilité

348. 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.

349. 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.³⁰⁸

350. 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,³⁰⁹ le rejet général de l'*actio popularis*³¹⁰ ou des conceptions convergentes, dans une certaine mesure, quant à la compétence, y compris l'extraterritorialité, malgré des textes normatifs différents.³¹¹

³⁰⁶ (CCPR) *Hibag Said Hashi c. Danemark*, 2470/2014, 28 juillet 2017, § 9.7.

³⁰⁷ (CAT) *A.N. c. Suisse*, 742/2016, 3 août 2018, §§ 8.6-8.8.

³⁰⁸ Voir le *Guide pratique complet des critères de recevabilité de la Cour*, 4e édition (2017).

³⁰⁹ 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.

³¹⁰ Voir CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/1971, § 33, 6 septembre 1978; (CCPR) *Aumeeruddy-Cziffra et 19 Mauritian Women c. Mauriti*, 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.

³¹¹ 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.

351. Cependant, il existe également des différences importantes 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 devant la Cour EDH 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),³¹² voire l'absence de délai, comme devant le CERD, le CEDAW, le CED, ou les comités de la CDPH.³¹³ Il existe également des exemples d'applications divergentes 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.³¹⁴

352. Néanmoins, toutes les différences concernant les critères de recevabilité ne sont pas susceptibles de présenter une menace pour la cohérence du droit des droits de l'homme. Des divergences ou des contradictions de jurisprudence ne peuvent exister que dans les cas de chevauchement de compétence, 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.

353. 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.³¹⁵

354. À titre de comparaison, l'article 5 § 2 a) du Protocole facultatif se rapportant au PIDCP interdit uniquement au Comité des droits de l'homme d'examiner les communications qui sont *simultanément* examinées par un autre organe international, mais non celles qui ont été examinées *auparavant*, même lorsqu'une décision sur le fond a déjà été rendue.³¹⁶ C'est donc possible, compte tenu du large délai imparti pour la présentation d'une communication individuelle (supra, § 53), pour le Comité

³¹² 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. »

³¹³ 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».

³¹⁴ 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).

³¹⁵ 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.

³¹⁶ 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 déjà déposée auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme était recevable, parce que cette dernière avait indiqué qu'elle « n'avait pas l'intention de préparer un rapport sur l'affaire dans les 12 prochains mois ».

d'examiner les plaintes déjà examinées par la Cour EDH ou ailleurs. Cela vaut également pour le Comité CED, où la même règle s'applique,³¹⁷ 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.³¹⁸

355. Pour éviter les requêtes successives, certains États membres du CdE, à la suggestion du Comité des Ministres,³¹⁹ ont formulé des réserves sur la compétence du Comité des droits de l'homme lors du réexamen de communications déjà traitées dans le cadre d'une procédure internationale alternative, ainsi que sur la compétence du Comité CERD lors de l'examen de communications précédemment ou simultanément entendues par un autre organe.³²⁰ 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.³²¹

356. 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 une requête a été déclarée irrecevable par la Cour EDH uniquement pour des raisons de procédure ou si la Cour a examiné le fond également.

357. Dans *Leirvåg et autres c. Norvège*, affaire relative à l'introduction d'une matière religieuse obligatoire dans le programme des écoles norvégiennes, également examinée par la Cour EDH dans l'affaire *Folgerø et autres c. Norvège*,³²² 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 ». ³²³ 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*. ³²⁴ 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 cadre de sa première demande d'asile, et non sa deuxième demande d'asile, présentée devant le Comité. ³²⁵ 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. ³²⁶

358. 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

³¹⁷ Article 31 § 2 (c) CED.

³¹⁸ *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 EDH 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).

³¹⁹ Résolution 70(17), 15 mai 1970.

³²⁰ 18 États membres concernant le Comité des droits de l'homme, 17 concernant le CERD.

³²¹ *Kollar c. Autriche*, 989/01, irrecevabilité, 30 juillet 2003, §§ 8.2-8.3.

³²² N° 15472/02 [GC], 29 juin 2007.

³²³ *Leirvåg et al c. Norvège*, 1155/2003, 3 novembre 2004, à 13.3. Devant les tribunaux norvégiens, les demandes des auteurs dans *Leirvåg* et des requérants dans *Folgerø* avaient été jointes. Certains ont choisi de soumettre leur cas à la Cour EDH, les autres ont soumis des communications au Comité des droits de l'homme.

³²⁴ *Koptova c. Slovaquie*, précité; CEDAW, non. 8/2005, irrecevabilité 27 janvier 2006.

³²⁵ *I.E. c. Suisse*, 683/2015, 14 novembre 2017, § 6.1.

³²⁶ *Ali Aarrass c. Espagne*, 2008/2010, 21 juillet 2014, à 9.4.

que « lorsqu'il s'agit de droits protégés par la Convention européenne qui sont différents de ceux consacrés par le Pacte, une question qui aurait été déclarée irrecevable par la Cour en vertu de la Convention ou de ses Protocoles ne saurait être considérée comme ayant été « examinée » au sens du paragraphe 2 de l'article 5 du Protocole facultatif, de sorte que le Comité ne pourrait pas l'examiner » au sens de l'article 5, paragraphe 2 du Protocole facultatif, de manière à empêcher le Comité de l'examiner ». ³²⁷ 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. ³²⁸

359. Dans l'affaire *Petersen c. Allemagne*, le Comité des droits de l'homme a réaffirmé sa position de longue date selon laquelle « dès lors que les instances de Strasbourg ont fondé une déclaration d'irrecevabilité non seulement sur des motifs procéduraux, mais aussi sur des motifs qui supposent un certain examen de l'affaire quant au fond, la même affaire a été « examinée » au sens des réserves correspondantes au paragraphe 2 (a) de l'article 5 du Protocole facultatif ». ³²⁹ « [U]n examen même limité du fond » d'une affaire constitue un examen au sens de la réserve concernée. ³³⁰

360. 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 est allée au-delà d'un simple examen des critères de recevabilité purement formels lorsqu'elle déclare une affaire irrecevable au motif qu'elle ne fait apparaître 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 succinct exposé dans la lettre de la Cour » ne permettait pas de supposer que l'examen 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 devant la Cour EDH. ³³¹ 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. ³³²

361. 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. ³³³ Cependant, dans *M.T. c. Suède* ³³⁴ concernant le non-refoulement, le Comité est parvenu à la conclusion opposée là où la Cour avait auparavant déclaré la requête du requérant irrecevable puisqu'elle avait considéré que « les éléments en sa possession ... ne révèlent aucune apparence de violation des

³²⁷ *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.

³²⁸ *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.

³²⁹ *Petersen c. Allemagne*, 1115/2002, irrecevabilité, 1 avril 2004, §§ 6.3 à 6.4.

³³⁰ *Mahabir c. Autriche*, § 8.3.

³³¹ *Maria Cruz Achabal Puertas c. Espagne*, 1945/2010, 27 mars 2013, § 7.3.

³³² Par exemple, *Yaker c. France* et *Hebbadj c. France*, supra, §§ 6.2 et 6.4, respectivement.

³³³ CAT, *S. c. Suède*, 691/2015, recevabilité, 25 novembre 2016, § 7.5.

³³⁴ CAT, *M.T. c. Suède*, 642/2014, 7 août 2015, § 8.5. Voir aussi *U. c. Suède*, 643/2014, 23 novembre 2015, § 6.2 et 6.4. Cf. § 96 ci-dessous.

droits et libertés garantis par la Convention ou ses Protocoles ». Le Comité a considéré que la décision de la Cour n'était pas basée uniquement sur les questions d'ordre procédural mais sur les raisons indiquant que le bien-fondé de l'affaire avait été suffisamment examiné.

ii. Mesures provisoires

362. Les mesures provisoires ne sont pas prévues dans la Convention ; c'est en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour que la Cour EDH indique aux États parties (et rarement aux requérants)³³⁵ les mesures provisoires qui « *devraient être adoptées dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure* ». Malgré l'absence d'une disposition pertinente dans le texte de la Convention, selon la jurisprudence, les mesures provisoires sont obligatoires dans la mesure où le non-respect de 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.³³⁶ Le non-respect des mesures provisoires indiquées par la Cour est extrêmement rare.

363. L'article 39 entre en jeu lorsqu'il existe un risque imminent de préjudice grave et irréparable. En réalité, les mesures provisoires sont indiquées seulement 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. Exceptionnellement, de telles mesures peuvent être indiquées en réponse à certains griefs relatifs à l'article 6 (droit à un procès équitable)³³⁷ et à l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)³³⁸, y compris les ordonnances d'expulsion³³⁹, ou dans d'autres situations concernant différents articles de la Convention, telles que la détérioration de l'état de santé d'un requérant en détention³⁴⁰ ou la destruction probable d'un élément essentiel à l'examen de la requête³⁴¹.

364. 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

³³⁵ 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).

³³⁶ *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 and 46951/99, 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, § 9920 mars 1991) a été modifiée après plusieurs arrêts internationaux, en particulier l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis)*, 27 juin 2001.

³³⁷ Voir *Othman (Abu Qatada)*, précité, sur le risque d'un « déni de justice flagrant » si le requérant était expulsé vers la Jordanie (en rapport avec les preuves obtenues sous la torture).

³³⁸ Voir *Soares de Melo c. Portugal*, n° 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.

³³⁹ Voir *Yordanova et autres c. Bulgarie*, n° 25446/06, 24 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. Voir *Lahbil Balliri c. Espagne*, n° 45771/19, demande de sursis à l'exécution de la décision d'expulser le requérant et sa famille (les enfants étaient mineurs) de leur maison à Sabadell (Catalogne) jusqu'à ce que les autorités présentent à la Cour les mesures prises en vue de leur assurer un logement de remplacement.

³⁴⁰ Voir *Kotsaftis c. Grèce*, n° 39780/06, 12 juin 2008, où la Cour a demandé le transfert du requérant dans un centre médical spécialisé.

³⁴¹ 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], n° 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.

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 des affaires où la santé et le bien-être d'un individu étaient menacés,³⁴² 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;³⁴³ dans des affaires où des éléments de preuve devaient être préservés,³⁴⁴ où une nouvelle loi pourrait toucher des personnes qui avaient ou pourraient éventuellement soumettre des communications;³⁴⁵ où le mode de vie traditionnel d'une communauté était menacé;³⁴⁶ lorsque les auteurs risquaient de devenir des sans-abri;³⁴⁷ et, en général, afin d'empêcher les violations imminentes d'autres droits tels que ceux prévus aux articles 17 (droit au respect de la vie privée), 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion), 19 (liberté d'expression) ou 27 (droits des minorités) du PIDCP.

365. Le Comité de la CAT reçoit également 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.³⁴⁸ 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, compte tenu de son état de santé », ³⁴⁹ 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*.³⁵⁰ 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.³⁵¹

366. **[précédent 65]** De même, le CRC (Comité des droits de l'enfant) et le CESC (Comité des droits économiques, sociaux et culturels) reçoivent souvent des demandes visant l'adoption de mesures provisoires, auxquelles ils accèdent automatiquement sans avoir au préalable étudié la substance des griefs. Dans le premier cas de figure, les demandes concernent normalement les immigrants clandestins qui prétendent être des mineurs non accompagnés et demandent de ce fait la protection juridique spéciale accordée par la loi aux mineurs³⁵². Dans le deuxième cas de figure, le CESC reçoit régulièrement des demandes – qu'il accorde automatiquement – de mesures provisoires visant à surseoir aux expulsions judiciaires pour des raisons humanitaires (personnes malades ou enfants vivant dans une maison

³⁴² 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).

³⁴³ *Fernando c. Sri Lanka*, 1189/2003, 31 mars 2005.

³⁴⁴ *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.

³⁴⁵ *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.

³⁴⁶ 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.

³⁴⁷ « *I Elpida* » - *Association culturelle des gitans grecs de Halandri et ses banlieues et Stylianos Kalamiotis c. Grèce*, 2242/2013, 3 novembre 2016.

³⁴⁸ 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).

³⁴⁹ (CDPH) 8/2016, 11 avril 2014.

³⁵⁰ (CDPH) 28/2015, 18 août 2017; (CRC) 3/2016, 25 janvier 2018.

³⁵¹ (CEDAW) 46/2012, 22 février 2016.

³⁵² Voir, par exemple, CRC, résolution G/SO CRC-IC ESP(26) - CE/AB/mbe 40/2018; et résolution G/SO CRC-IC ESP(31) - APP/AB/mbe 57/2018.

qui fait l'objet de la décision d'expulsion)³⁵³. **[Commentaire par le CDDH: Il a été suggéré que ce constat est vérifié par le DH-SYSC-II et que, si possible, le pourcentage des demandes de mesures provisoires qui sont accordés est rajouté.] [Ce paragraphe n'a pas encore été adopté provisoirement]**

367. Les mesures provisoires prononcées par les organes de traités sont, à l'instar de leurs constatations et observations finales, 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 donc 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 faisant état d'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. [...] ».³⁵⁴ Il a aussi souvent été répété et finalement consolidé dans l'Observation générale n° 33³⁵⁵ 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 ».³⁵⁶ De même, le Comité de la CAT a fait valoir que, en acceptant sa compétence en vertu de l'article 22 de la Convention contre la torture, les États parties se sont implicitement engagés à coopérer de bonne foi avec ce comité en lui fournissant les moyens d'examiner les plaintes qui lui étaient soumises ; en ne respectant pas une demande de mesures provisoires, outil « essentiel pour le rôle confié au Comité en vertu de cet article », les États parties « manquent gravement » à leurs obligations.³⁵⁷ Cependant, plusieurs États défendeurs se sont fermement opposés à une telle interprétation de la compétence du Comité pour demander des mesures provisoires et de la nature de ces dernières.³⁵⁸

³⁵³ Voir, *inter alia*, CESCR, résolution G/SO CESCR esp (67) – APP/MMM/mbe 75/2018; et résolution G/SO CESCR esp (68) – APP/MMM/mbe 76/2018.

³⁵⁴ Voir *Piandiong et al c. Les Philippines*, 866/1999, 19 octobre 2000, §§ 5.1-5.2.

³⁵⁵ 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.

³⁵⁶ *Weiss c. Autriche*, 1086/2002, 3 avril 2003, § 8.3

³⁵⁷ (CAT) *Brada c. France*, 195/2002, 17 mai 2005, §§ 6.1-6.2. Le Comité de la CAT a également suggéré que le caractère contraignant de ses mesures provisoires repose sur le fait que l'article 18 de la Convention confère explicitement au Comité la compétence d'adopter son propre règlement intérieur, qui constitue alors partie intégrante de la Convention, y compris la règle 114 sur les mesures intérimaires (CAT), *R.S. et al c. Suisse*, 482/2011, 21 novembre 2014, § 7.

³⁵⁸ Dans *Weiss*, c'est le tribunal régional de Vienne qui a refusé de se conformer aux mesures provisoires prononcées par le Comité des droits de l'homme au motif que l'article 92 (alors 86) de son règlement intérieur « ne peut pas infirmer une décision judiciaire ni restreindre la compétence d'une juridiction nationale indépendante ». En outre, l'Autriche a fait valoir devant le Comité des droits de l'homme qu'une demande de mesures provisoires ne pouvait pas prévaloir sur une obligation contraire du droit international, en l'occurrence ses obligations en vertu du traité d'extradition conclu entre les États-Unis et l'Autriche. Dans l'affaire *Brada*, la France a indiqué que la Convention contre la torture ne conférait pas au Comité de la CAT le pouvoir de prononcer des mesures provisoires. Par conséquent, les États parties ne devaient examiner ces mesures qu'avec prudence et de bonne foi et s'efforcer de les appliquer lorsque cela était possible. Par conséquent, le choix de ne pas suivre de telles mesures ne constitue pas « un non-respect des obligations ». Dans l'affaire *Dar c. l'État*, décision du 16 avril 2008, la Cour suprême norvégienne a conclu que les demandes de mesures provisoires faites par le Comité de la CAT n'étaient pas contraignantes selon le droit international. La Cour suprême a noté à cet égard que, contrairement à la CIJ et la Cour EDH dont les décisions sont obligatoires selon le droit international pour les parties au litige, le Comité était un organe de surveillance qui rendait des opinions non contraignantes sur des communications individuelles. C'est pourquoi la Norvège n'était pas obligée, en droit international, de se conformer à la demande du Comité visant à une mesure provisoire pour protéger le requérant. Néanmoins, ces demandes devaient être dûment considérées et elles étaient généralement respectées, dans la mesure du possible. À l'aide du même raisonnement, les tribunaux inférieurs néerlandais (Président du tribunal inférieur de La Haye (26 mars 1999) et d'Amsterdam (17 janvier 2019) ont décidé que l'État n'avait pas d'obligation légale de respecter les mesures provisoires du Comité de la CAT ou du HRC.

3. DEFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES

368. 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 de la jurisprudence de la Cour, d'une part, et le caractère non contraignant 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, un enrichissement mutuel entre la Cour EDH et les organes de traités des Nations Unies pourrait servir comme instrument facilitant la réalisation de l'objectif commun, à savoir la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

369. Des exemples d'inspiration, explicites ou implicites, ont été brièvement mentionnés ci-dessus, sous (I), et de nombreux autres pourraient illustrer davantage les chemins 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.³⁵⁹ Le Comité des droits de l'homme a été le premier à modifier sa position en 1991,³⁶⁰ 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.³⁶¹ La Cour et le Comité ont depuis lors adopté une approche convergente sur la question du service de remplacement.³⁶²

370. 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 apparaît 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 »)³⁶³ 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'endroit des personnes handicapées s'agissant de 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. »³⁶⁴

³⁵⁹ 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.

³⁶⁰ (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.

³⁶¹ *Bayatyan c. Arménie*, n° 23459/03, au 110, 7 juillet 2011.

³⁶² Voir (Cour EDH), *Adyan et autres c. Arménie*, n° 75604/11, 12 octobre 2017; (CCPR), *Shadurdy Uchetov c. Turkménistan*, 2226/2012, 15 juillet 2016.

³⁶³ Voir *Blokhin c. Russie* [GC], n° 47152/06, 23 mars 2016, § 219; *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 81, 26 juin 2014.

³⁶⁴ *Guberina c. Croatie*, n° 23682/13, § 92, 22 mars 2016.

371. Ces évolutions de la jurisprudence illustrent la conviction fondamentale de la Cour selon laquelle les principes qui sous-tendent la Convention « *ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide* ». ³⁶⁵ Conformément à l'article 31§3 (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ³⁶⁶ la Cour cherche à interpréter et à appliquer les droits protégés par la CEDH et ses Protocoles d'une manière qui 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 comme source d'inspiration et d'argumentation en faveur de ses conclusions, conformément à sa doctrine de « l'instrument vivant ». ³⁶⁷ La Cour se réfère également à la jurisprudence d'autres juridictions internationales telles que la CIJ ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme (I-ACHR). ³⁶⁸

372. 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 souvent de base aux arguments des auteurs et / ou les États défendeurs (même non-européens); ³⁶⁹ en outre, un nombre important des membres du Comité sont originaires de pays européens et connaissent donc bien la Cour. À certaines occasions, le Comité des droits de l'homme a brièvement 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*, cf. en particulier § 27), puis l'a rejetée.

373. Lorsqu'on se penche sur l'interaction entre le système de la Convention et celui des organes de traités, il faut aussi noter que des divergences peuvent exister même 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. ³⁷⁰ 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

³⁶⁵ Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89 [GC], § 43, 18 décembre 1996.

³⁶⁶ Voir Thème I, sous-thème (i) du présent Rapport.

³⁶⁷ Voir Sicilianos, *op. cit.* pp. 225, 229.

³⁶⁸ Voir paragraphes 110-112 ci-dessus.

³⁶⁹ 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.

³⁷⁰ 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.

traités. Cette cohérence est également exigée en matière de procédures de communication individuelle devant les organes de traités ».³⁷¹

374. La question qui se pose est donc de savoir où tout cela amène les États parties, en particulier les États membres du Conseil de l'Europe.

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*

375. *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 la Cour EDH et les organes de traités des Nations Unies depuis près de vingt ans.³⁷²

376. 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.³⁷³ Bien que le gouvernement défendeur ait mis en garde contre « le risque d'incohérence dans les décisions internationales », ³⁷⁴ 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.

377. 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 « risquait de omprer avec une tradition juridique et de causer des perturbations innombrables et prévisibles ». ³⁷⁵

378. Le requérant s'est adressé à la Cour EDH 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 constatations 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

³⁷¹ Navanethem Pillay, *Strengthening the United Nations human rights treaty body system*, 2012, p. 25

³⁷² Voir, en ce qui concerne la question des affaires examinées par le Comité des droits de l'homme après que celles-ci ont été déclarées irrecevables par la Cour EDH, aussi le Rapport du CDDH sur « L'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme » adopté le 11 décembre 2015, § 184.

³⁷³ (Cour EDH), *Correia de Matos c. Portugal* (déc), n° 4188/99, 15 novembre 2001.

³⁷⁴ (CCPR) *Carlos Correia de Matos c. Portugal*, 1123/2002, 28 mars 2006 au 4.1.

³⁷⁵ (Cour EDH) *Correia de Matos c. Portugal* [GC], n° 46402/12, au 72, 4 avril 2018, citant la Cour suprême du Portugal.

pertinentes et suffisantes et a conclu, encore une fois, à l'absence de violation de l'article 6 § 3 (c) de la Convention.³⁷⁶

379. 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 ».³⁷⁷ 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. Analyse

380. 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, sans parler pour les particuliers de l'étendue exacte de leurs droits, et menacer la cohérence du droit des droits de l'homme et la crédibilité des institutions de protection des droits de l'homme.

381. 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 ses griefs se rapportent à une discrimination fondée sur son origine) ou le CAT (si la torture ou d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants sont en jeu dans une affaire donnée).

382. 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, 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 par la Cour EDH, puis par un ou plusieurs organes de traités des Nations Unies.

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

³⁷⁶ (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, critiquant l'utilisation par la majorité de la doctrine de la marge d'appréciation dans cette affaire et mettant en garde la Cour contre une moindre protection des droits que celle du Comité des droits de l'homme.

³⁷⁷ Quatrième rapport périodique du Portugal, CCPR / C / PRT / 4 (2011), au 274.

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.

384. Confrontés à des divergences, voire à des conflits, les États parties peuvent avoir du mal à connaître le contenu exact et l'ampleur de leurs engagements en matière de droits de l'homme, ce qui est un facteur d'insécurité juridique, et encore plus à adapter leurs lois et leurs politiques nationales.³⁷⁸ 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. Les États contractants aux conventions des Nations Unies ne sont pas juridiquement tenus de respecter les constatations des organes de traités, pour autant le suivi, axé sur le dialogue, de ces dernières, leur impose inévitablement un fardeau politique.³⁷⁹

385. En outre, des champs de compétence 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 potentielle préfère porter son affaire à la Cour EDH, 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 devant les organes de traités des Nations Unies, considérant que les organes de traités des Nations Unies sont plus favorables à leur cause.³⁸⁰ La cause en question peut être large, liée à des questions de politique tels que le port de vêtements religieux, ou peut être très spécifique. Les cas d'expulsion et la demande de mesures provisoires peuvent illustrer cette dernière : dans les circonstances actuelles en Europe, les personnes dont les demandes d'asile dans les pays européens sont rejetées sont de plus en plus enclines à demander une suspension des mesures de renvoi 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.

386. 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 moindre respect ou de non-respect vis-à-vis des institutions ne peut que nuire à la protection internationale des droits de l'homme, non seulement sur le plan théorique, mais sur un plan très concret et spécifique.

b. Moyens possibles de contenir la divergence

387. 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.

³⁷⁸ Voir *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.

³⁷⁹ Voir pour la nature juridique des constatations des organes de traités des NU paragraphe 307 [ancien 6] ci-dessus.

³⁸⁰ Par exemple, dans *Bikramjit Singh*, précité, la France s'est référée à des affaires similaires de la Cour EDH et a affirmé que l'auteur s'était rendu au Comité des droits de l'homme au lieu de la Cour EDH 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.

388. Les efforts déployés par les juges de la Cour EDH 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.³⁸¹ Il est important que la Cour reste fidèle à cette pratique et continue 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, ne permettant pas la fragmentation du droit international.

389. Dans le même temps, un renvoi plus régulier par les organes de traités des Nations Unies aux juridictions régionales et **une discussion approfondie** de la jurisprudence de celles-ci faciliteraient l'élaboration de principes internationaux cohérents en matière de droits de l'homme. Il est vrai que la CEDH et la jurisprudence de la Cour ne s'appliquent pas à 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 n'hésitent pas à faire référence à la jurisprudence de la Cour dans leurs écritures. **[Modification sur la base des commentaires du CDDH]**

390. 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 la Cour EDH et par les organes de traités des Nations Unies.³⁸² 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.

391. Parallèlement, au sein de l'ONU, des réunions inter-comités et réunions des présidents ont eu lieu depuis 2002 et 1988 respectivement.³⁸³ En outre, depuis 2014, la « Plate-forme des membres des organes de traités », hébergée par l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains de Genève, met en relation des experts des organes de traités, des praticiens, des universitaires et des diplomates dans le but de partager leurs compétences, échanger des points de vue et développer des synergies.³⁸⁴ 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, même si l'accent semble être mis sur l'harmonisation des méthodes de travail et des procédures sur la base de la résolution 68/268 (2014) de l'Assemblée générale des Nations unies intitulée « Renforcement et amélioration du fonctionnement de l'ensemble des organes conventionnels des droits de l'homme ». 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. Il a également été souligné que des moyens de

³⁸¹ Sicilianos, *op. cit.*, p. 241.

³⁸² Tous les organes de traités des Nations Unies partagent le même Secrétariat.

³⁸³ 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. La prochaine réunion des présidents doit avoir lieu en 2020, parallèlement à l'examen en 2020 des organes des traités par l'Assemblée générale des Nations Unies.

³⁸⁴ Pour plus de détails, voir www.geneva-academy.ch/geneva-humanrights-platform/treaty-body-members-platform.

fonctionnement suffisants devraient être accordés aux organes de traités des Nations Unies pour permettre une interaction. Des consultations avec les organes régionaux sont déjà entreprises ; il serait bénéfique d'inclure régulièrement dans le dialogue la Cour EDH. A cet égard, les États du Conseil de l'Europe pourraient jouer un rôle actif dans la discussion ultérieure en vue de renforcer le fonctionnement du système des organes de traités en matière de droits de l'homme et de lui permettre d'interagir de manière constructive avec le système de la Convention.

392. 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. En 2012 un échange a eu lieu entre le Greffe de la Cour EDH et le Bureau du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme (« OHCHR »), dans le cadre duquel un membre du Greffe de la Cour a passé 8 semaines au sein de l'OHCHR et deux membres de l'OHCHR ont passé chacun un mois au Greffe. Dans une Résolution adoptée le 24 mars 2017 le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (HRC) a demandé à l'OHCHR d'étendre sa coopération avec les mécanismes régionaux des droits de l'homme en créant, dès 2018, un programme dédié auxdits mécanismes pour acquérir de l'expérience dans le système des droits de l'homme des Nations Unies, en vue d'encourager le renforcement des capacités et la coopération entre eux. Cependant, aucun autre échange n'a eu lieu depuis 2012.

393. Comme souligné ci-dessus, le dialogue avec les États parties est un élément clé en ce qui concerne les organes de traités des Nations Unies. Les 47 États membres du CdE, lorsqu'ils interagissent avec les organes de traités (dans le cadre de constatations, de rapports périodiques ou lors de la rédaction d'observations générales, comme illustré dans l'Observation générale n° 4 de la CAT), pourraient continuer à attirer l'attention des organes de traités sur l'approche des questions fondamentales de la CEDH, telle qu'interprétée par la Cour EDH. En outre, ils pourraient 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.

394. Tout en comprenant que la modification des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme n'est pas une option réaliste³⁸⁵, un certain remaniement des Règlements intérieurs des organes de traités tendant à l'adoption de 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. Ceci à son tour minimiserait le risque d'interprétation contradictoire des normes relatives aux droits de l'homme et limiterait ainsi la possibilité de forum-shopping. Par exemple, il serait avantageux d'introduire, dans la mesure du possible, des délais plus stricts pour le dépôt des communications.

395. 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 rejet de l'affaire au lieu de se référer en général aux articles 34

³⁸⁵ Voir le Rapport 2018 sur la situation du système des organes de traités du Secrétaire général, *supra*, § 82.

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.³⁸⁶

396. En conclusion, parvenir à une harmonie absolue dans le droit international des droits de l'homme n'est pas probable. L'existence de différents systèmes de protection des droits de l'homme peut être une source d'enrichissement pour protéger et promouvoir les droits de l'homme. Les organes internationaux et régionaux 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. Ils devraient, dans la mesure du possible, aller dans le sens d'une harmonisation de leurs pratiques, en excluant la fragmentation du droit international des droits de l'homme.

³⁸⁶ Voir le Rapport 2015 du CDDH, à la p. 188 et le rapport de 2015 *Le processus d'Interlaken et la Cour*, p. 4.

III. LE DEFI DE L'INTERACTION ENTRE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPEENNE ET D'AUTRES ORGANISATIONS REGIONALES

1. INTRODUCTION

397. Le présent Chapitre s'intéresse aux défis posés par l'interaction entre la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et l'ordre juridique de l'Union européenne (UE), ainsi qu'entre la CEDH et l'Union économique eurasiatique (UEE).

398. Le Rapport de 2015 sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, le « Rapport ») a rappelé la position constante de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, la « Cour ») selon laquelle les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter ou s'appliquer dans le vide³⁸⁷. À cet égard, le Rapport a constaté que le cadre institutionnel de plus en plus important des mécanismes internationaux opérant dans le domaine (ou dans des sous-domaines spécifiques) du droit international des droits de l'homme augmentait le risque d'interprétations divergentes d'une même norme ou de normes connexes (des droits de l'homme) ; cela peut, par ricochet, conduire à ce que les États soient soumis à des obligations contradictoires au titre de différents mécanismes de droit international. Eu égard à l'UE et à l'UEE, le Rapport a indiqué : « [l]es risques de divergences d'interprétation des droits fondamentaux entre la [Cour de justice de l'Union européenne] et la Cour de Strasbourg sont susceptibles d'entraîner un affaiblissement de la cohérence de l'espace juridique européen. Des problèmes similaires pourraient également apparaître à l'avenir, dus aux activités de l'[UEE] et à la jurisprudence émergente de la Cour de Justice de l'UEE, à laquelle certains États du Conseil de l'Europe sont liés. »³⁸⁸

399. Afin de régler les problèmes recensés dans le Rapport, le présent Chapitre se penche, dans diverses sections, sur l'interaction entre la CEDH et l'ordre juridique de l'UE, ainsi qu'entre la CEDH et l'UEE. Chaque section décrit dans un premier temps les principales caractéristiques de l'organisation régionale concernée ainsi que les dispositions légales et principes les plus pertinents, elle analyse ensuite les défis, tout en prescrivant d'éventuelles réponses.

³⁸⁷ Rapport du CDDH sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme, document CDDH(2015)R84 Addendum I, 11 décembre 2015, paragraphe 171.

³⁸⁸ *Ibid.*, paragraphe 181.

2. INTERACTION ENTRE LA CONVENTION ET L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UE

a. Principales caractéristiques de l'UE

400. L'UE est une union économique et politique composée de 28 États membres, qui sont également membres du Conseil de l'Europe³⁸⁹.

i. Origines et structure actuelle de l'ordre juridique de l'UE

401. L'UE a évolué depuis le traité de Paris de 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et les traités de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, tous connus sous le nom de Communautés. En 1987, l'Acte unique européen est entré en vigueur. Il modifiait les traités et instaurait une coopération politique européenne. L'UE a été créée le 1^{er} novembre 1993, lorsque le traité sur l'Union européenne, communément appelé traité de Maastricht, est entré en vigueur, réunissant les trois communautés dans une nouvelle entité - « l'Union européenne ».³⁹⁰

402. La structure et les compétences actuelles de l'UE sont définies par le traité de Lisbonne, signé en 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, qui a amendé et modifié les traités existants. L'UE est la seule structure et elle a hérité de tous les pouvoirs des Communautés, y compris de la personnalité juridique et des institutions. Les amendements introduits par le traité de Lisbonne comprenaient également une disposition selon laquelle la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a la même valeur juridique que les traités.

403. Les principales institutions de l'UE sont le Parlement européen, élu directement ; le Conseil européen, composé des chefs d'État ou de gouvernement des États membres de l'UE ; le Conseil de l'UE, composé des ministres respectifs de chaque État membre de l'UE ; la Commission européenne, qui est un organe exécutif politiquement indépendant avec 1 Commissaire de chaque État membre de l'UE ; et la Cour de justice de l'Union européenne (la CJUE). La CJUE, à l'époque connue sous le nom de Cour de justice européenne, a été créée par le traité de 1951 sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier, tandis que le terme « Cour de justice de l'Union européenne » a été introduit par le traité de Lisbonne.

ii. Sources et application du droit de l'UE

404. Il existe deux sources principales du droit de l'UE : le droit primaire et le droit dérivé. Le droit primaire se compose des traités établissant l'UE, à savoir, le traité sur l'Union européenne (TUE) et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ces deux traités déterminent la répartition des compétences entre l'UE et ses

³⁸⁹ Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède et Royaume-Uni.

³⁹⁰ Voir notamment Michelle Cini, Nieves Pérez-Solórzano Borragán, *European Union Politics*, Oxford University Press, 2016, p. 15-21.

États membres et décrivent les pouvoirs des institutions ; ils constituent dès lors la base de toute action de l'UE.

405. Le droit dérivé recouvre les instruments juridiques fondés sur les traités, en particulier, les actes juridiques énumérés à l'article 288 du TFUE : règlements, directives, décisions, avis et recommandations. Les *règlements* sont des actes juridiques adoptés par les institutions de l'UE ; ils ont une application directe générale et sont contraignants dans tous leurs éléments. Les *directives* sont aussi des actes juridiques adoptés par les institutions de l'UE, mais, à la différence des règlements, elles ne sont pas directement applicables, mais doivent être transposées dans le droit national. Les *décisions*, selon l'institution qui les adopte, sont des actes juridiques (lorsqu'elles sont adoptées par le Parlement européen ou le Conseil de l'UE dans le cadre de la procédure législative ordinaire ou spéciale) ou des actes non législatifs (lorsqu'elles sont adoptées, par exemple, par le Conseil européen ou la Commission européenne). Les décisions peuvent désigner leurs destinataires (par exemple, un ou plusieurs État(s) membre(s) de l'UE, une ou plusieurs entreprise(s) ou personne(s)) ; elles peuvent directement créer des droits et obligations pour leurs destinataires. Enfin, les *recommandations* et les *avis* ne sont pas juridiquement contraignants.

406. Quant à l'application du droit de l'UE, les traités qui relèvent du droit primaire et les règlements et décisions qui relèvent du droit dérivé sont directement applicables. Autrement dit, ils sont d'application directe en tant que norme dans tous les États membres de l'UE sans qu'aucun acte supplémentaire ne soit requis de la part de ces derniers. En revanche, les directives nécessitent d'être intégrées (transposées) dans le droit interne avant la date limite fixée au moment de l'adoption de chacune d'elles. Conformément à l'article 288 du TFUE, une directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

407. Un autre concept pertinent pour l'application du droit de l'UE est celui de l'effet direct, qui permet aux individus d'invoquer directement les dispositions du droit de l'UE devant les tribunaux nationaux. Dans l'affaire *Van Gend en Loos*,³⁹¹ la CJUE a estimé que la Communauté constituait un nouvel ordre juridique du droit international, et qu'indépendamment de la législation des États membres, le droit communautaire, imposait non seulement des obligations aux particuliers, mais visait également à leur conférer des droits³⁹². L'effet direct peut être vertical (un individu peut invoquer une disposition du droit de l'UE en relation avec l'État membre) ou horizontal (un individu peut invoquer une disposition du droit de l'UE vis-à-vis d'un autre individu) dans des conditions spécifiques. Selon la jurisprudence, pour qu'une disposition du droit primaire (traité) ait un effet direct, elle doit être précise, claire et inconditionnelle et ne doit nécessiter aucune mesure supplémentaire, qu'il s'agisse de mesure nationale ou européenne. En ce qui concerne le droit dérivé, les règlements ont toujours un effet direct au titre de l'article 288 du TFUE. Une directive peut également avoir un effet direct lorsque ses dispositions sont inconditionnelles et suffisamment claires et précises, et lorsque l'État membre concerné ne l'a pas transposée dans les délais³⁹³. Cependant, une directive ne peut en principe avoir qu'un effet direct vertical. Les décisions sont susceptibles d'avoir un effet direct vertical lorsqu'elles désignent un État membre de l'UE en qualité de destinataire³⁹⁴.

³⁹¹ Affaire 26/62, *Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, arrêt du 5 février 1963.

³⁹² *Ibid.*, partie II.B.

³⁹³ Affaire 41-74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, arrêt du 4 décembre 1974.

³⁹⁴ Affaire C-156/91, *Hansa Fleisch Ernst Mundt GmbH & Co. KG c. Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg*, arrêt du 10 novembre 1992.

408. En outre, le droit de l'UE l'emporte sur le droit national. Dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*³⁹⁵, la CJUE a rappelé que le traité sur la Communauté économique européenne avait créé son propre ordre juridique, qui fait désormais partie intégrante de l'ordre juridique des États membres et s'impose à leurs tribunaux. Selon la CJUE, une telle intégration avait pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir une mesure unilatérale et ultérieure, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité. En d'autres termes, la CJUE a conclu que les dispositions légales nationales ne pouvaient pas prévaloir sur le droit de l'UE, sans que ce dernier ne perde son caractère communautaire et sans que ne soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même.

iii. Rôle et compétence de la Cour de justice de l'Union européenne

409. L'article 13 du TUE présente la CJUE comme l'une des institutions de l'UE. L'article 19 du TUE indique en outre que l'une des principales missions de la CJUE est d'« assurer[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». Cet article précise également la compétence de la CJUE, à savoir statuer a) sur les recours formés par un État membre, une institution ou des personnes physiques ou morales ; b) à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions de l'UE ; c) dans les autres cas prévus par les traités.

410. Dans le cadre des affaires les plus fréquentes portées devant la CJUE, il lui est demandé³⁹⁶ :

- a. d'interpréter le droit (renvoi préjudiciel) : une juridiction nationale d'un État membre de l'UE renvoie une question à la CJUE concernant l'interprétation ou la validité du droit de l'UE. Les décisions préjudicielles lient à la fois la juridiction de renvoi et l'ensemble des tribunaux des États membres de l'UE ;
- b. de faire respecter le droit (recours en manquement) : affaires engagées par la Commission européenne ou un État membre contre un gouvernement national pour non-respect du droit de l'UE ;
- c. d'annuler des actes juridiques de l'UE (recours en annulation) : un État membre, le Conseil de l'UE, la Commission européenne ou (dans certains cas) le Parlement européen demande à la CJUE d'annuler un acte de l'UE réputé enfreindre les traités ou les droits fondamentaux. Dans certaines circonstances, les personnes physiques ou morales peuvent également demander à la CJUE d'annuler un acte de l'UE qui les concerne directement ;
- d. de s'assurer que l'UE adopte des mesures (recours en carence) : les États membres, d'autres institutions ou (sous certaines conditions) des individus ou des entreprises font valoir que le Parlement européen, le Conseil de l'UE ou la Commission européenne ou la Banque centrale européenne n'a pas agi dans certaines circonstances ;
- e. de sanctionner les institutions de l'UE (action en réparation) : toute personne ou entreprise dont les intérêts ont subi une atteinte en raison d'une action ou d'une inaction de l'UE ou de son personnel peut attirer ces derniers en justice devant la CJUE.

³⁹⁵ Affaire 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, arrêt du 15 juillet 1964.

³⁹⁶ https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/fr/

411. La CJUE se compose de deux tribunaux : la Cour de justice, qui statue sur les renvois préjudiciels émanant des juridictions nationales, sur les procédures d'infraction et sur certains recours en annulation et les appels, y compris les pourvois sur les questions de droit contre les arrêts et les ordonnances du Tribunal ; et le Tribunal qui statue entre autres sur les recours en annulation introduits par des particuliers, des entreprises et, dans certains cas, des États membres de l'UE. La Cour de justice est composée de 28 juges (un juge de chaque État membre) et le Tribunal comprend au moins un juge de chaque État membre (46 juges au total). Leur mandat est de six ans (renouvelable).

iv. Histoire de l'interaction entre la CEDH et l'ordre juridique de l'UE

412. Aucun des traités établissant les Communautés européennes (voir paragraphe 401 [ancien 5] ci-dessus) ne contenait de référence aux droits fondamentaux. La jurisprudence initiale de la CJUE traduisait également l'accent mis sur les questions économiques, notamment, dans les arrêts *Stork*, *Geitling* et *Sgarlata*³⁹⁷, la CJUE a refusé d'envisager l'application de normes relatives aux droits de l'homme en ce qu'elles n'étaient pas explicitement fondées sur un article des traités³⁹⁸. Cependant, dès le début des années 1970, la CJUE a introduit les droits fondamentaux dans sa jurisprudence de sorte à répondre aux préoccupations exprimées par les cours constitutionnelles nationales ; celles-ci estimaient que, sans cela, la suprématie du droit de l'UE ébranlerait la protection des droits fondamentaux offerte par les constitutions nationales³⁹⁹. Ainsi, dans l'arrêt *Nold* du 14 mai 1974, la CJUE a conclu que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont [la CJUE] assure le respect »⁴⁰⁰. Quant au contenu de ces droits, la CJUE a précisé ceci : « [E]n assurant la sauvegarde de ces droits, la [CJUE] est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces États. [...] [L]es instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »⁴⁰¹.

413. L'arrêt *Nold* ne fait pas explicitement référence à la CEDH, mais celle-ci relève des « instruments internationaux /.../ auxquels les États membres ont [...] adhéré » et, par conséquent, la CJUE « a cherché à appliquer la [Convention] comme si celle-ci faisait partie du droit de l'UE, dans le cadre de l'UE »⁴⁰². En 1989, la CJUE a reconnu la « signification particulière » de la CEDH au sein de l'ordre juridique de l'UE⁴⁰³.

³⁹⁷ Affaire 1/58, *Friedrich Stork & Cie c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, arrêt du 4 février 1959 ; affaires jointes 36, 37, 38-59 et 40-59, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, "Präsident", "Geitling", "Mausegatt", et Entreprise I. Nold KG c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, arrêt du 15 juillet 1960 ; affaire 40/64, *Marcello Sgarlata et autres c. Commission de la CEE*, arrêt du 1er avril 1965.

³⁹⁸ Martin Kuijer, *The challenging relationship between the European Convention on Human Rights and the EU legal order: consequences of a delayed accession*, *The International Journal of Human Rights*, 2018, <https://doi.org/10.1080/13642987.2018.1535433>.

³⁹⁹ Olivier De Schutter, *Notes de présentation relatives au thème 3 : défi de l'interaction entre la Convention et l'ordre juridique de l'UE, et d'autres organisations régionales*, document DH-SYSC-II(2019)33, 4 février 2019.

⁴⁰⁰ Affaire C-4/73, *J. Nold, Kohlenund Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, arrêt du 14 mai 1974.

⁴⁰¹ *Ibid.*, paragraphe 13.

⁴⁰² Olivier De Schutter, *op. cit.* note 399 (traduction du Secrétariat).

⁴⁰³ Affaires jointes 46/87 et 227/88, *Hoechst AG c. Commission des Communautés européennes*, arrêt du 21 septembre 1989, paragraphe 13.

414. À l'échelon du droit primaire, la première référence à la CEDH est apparue pour la première fois dans le Préambule de l'Acte unique européen, dans lequel les États membres ont exprimé leur détermination à « promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres, dans la [Convention] et la Charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale ». Ce lien institutionnel entre la CEDH et l'UE, initialement reconnu par la CJUE dans sa jurisprudence, a ensuite été codifié dans le traité de Maastricht ([voir paragraphe 401 \[ancien 6\] ci-dessus](#)), dans lequel l'article F (actuellement l'article 6 du TFUE) indiquait que l'UE « respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la [Convention], et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

415. Une étape supplémentaire dans la constitutionnalisation progressive des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'UE a été la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, la « Charte des droits fondamentaux de l'UE ») à Nice en décembre 2000. En conséquence de l'entrée en vigueur des modifications apportées par le traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, la Charte des droits fondamentaux de l'UE possède la même force contraignante que les traités.

b. Aperçu des dispositions légales et de la jurisprudence pertinentes

i. Dispositions essentielles et principes pertinents pour l'interaction entre les systèmes

416. Les paragraphes suivants examineront les principales dispositions juridiques et les principes essentiels élaborés par la jurisprudence de la CJUE et de la Cour européenne des droits de l'homme qui sont pertinents pour l'interaction entre les deux systèmes, mais ne traitent pas directement de cette interaction.

417. En ce qui concerne l'ordre juridique de l'UE, de nombreuses dispositions des traités et de la Charte des droits fondamentaux de l'UE sont importantes. Premièrement, l'article 4, paragraphe 2 du TUE consacre le principe d'égalité des États membres et indique que « [l']Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ». Deuxièmement, le paragraphe 3 de ce même article établit le principe de coopération loyale et dispose qu'« [e]n vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. »

418. Au surplus, l'article 6, paragraphe 3 du TUE détermine la place des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'UE et affirme que « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la [CEDH] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

419. Outre les dispositions légales susmentionnées, les principes de reconnaissance et de confiance mutuelle sont importants dans le cadre de l'interaction

entre la CEDH et l'ordre juridique de l'UE. Ces deux principes découlent de l'obligation de coopération loyale. Ainsi, conformément au principe de reconnaissance mutuelle, tout État membre accepte et exécute les décisions d'un autre État membre de l'UE au même titre que s'il s'agissait des siennes. La confiance mutuelle en tant que méthode de coopération et d'intégration s'est développée dans le cadre du marché intérieur, dans lequel les États membres de l'UE sont tenus de reconnaître mutuellement leurs règles, ce qui implique que des produits fabriqués ou des qualifications professionnelles obtenues légalement dans un État membre doivent pouvoir être commercialisés ou reconnues dans un autre État membre⁴⁰⁴. À l'heure actuelle, le concept de reconnaissance mutuelle s'étend également à l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; l'article 67 du TFUE prévoit la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale, ainsi que des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile.

420. Le principe de reconnaissance mutuelle est étroitement lié à celui de confiance mutuelle. Cette notion n'apparaît pas dans les traités de l'UE ; néanmoins dans l'affaire *N.S.*⁴⁰⁵, la CJUE a jugé que la confiance mutuelle et une présomption de respect, par les autres États membres, du droit de l'UE et, plus particulièrement, des droits fondamentaux constituaient la raison d'être de l'UE et de la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Dans l'avis 2/13 concernant l'adhésion de l'UE à la CEDH⁴⁰⁶, la CJUE a rappelé que « le principe de la confiance mutuelle entre les États membres a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures ». Au surplus, selon le principe de confiance mutuelle, la juridiction d'un État membre saisie d'une demande de reconnaissance ne peut substituer son propre raisonnement à celui de la juridiction de l'État membre d'origine⁴⁰⁷. Cependant, dans l'affaire *Aranyos*⁴⁰⁸ qui portait sur l'exécution du mandat d'arrêt européen et la remise d'une personne d'un État membre à un autre, la CJUE a confirmé que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution dispose d'éléments attestant d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant des personnes détenues dans l'État membre d'émission, l'État membre d'exécution peut passer outre le principe de confiance mutuelle et doit réexaminer la situation individuelle de la personne⁴⁰⁹.

421. Quant à la charte des droits fondamentaux de l'UE, son article 52(3) énonce que, « [d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la [CEDH], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Aux fins de promotion de la cohérence, les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ont entendu s'assurer que les droits et les libertés « correspondants » à ceux énumérés dans la CEDH sont interprétés conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ; à titre d'exemple, les explications accompagnant la Charte des droits fondamentaux de l'UE⁴¹⁰ recensent ces correspondances, opérant la distinction entre les articles de la Charte « dont le sens et la portée sont les mêmes que les articles

⁴⁰⁴ Sacha Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, European Papers, Vol. 2, 2017, No 1, p. 75-92, <http://www.europeanpapers.eu>

⁴⁰⁵ Affaires jointes C-411/10 et C-493/10, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, arrêt du 21 décembre 2011.

⁴⁰⁶ Avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 18 décembre 2014.

⁴⁰⁷ Sacha Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, European Papers, Vol. 2, 2017, No 1, p. 75-92, <http://www.europeanpapers.eu>

⁴⁰⁸ Affaires jointes C-404/15 et C-659/15, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, arrêt du 5 avril 2016.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, paragraphes 88 à 92.

⁴¹⁰ OJ C 303, 14 décembre 2007, pages 17 à 35.

correspondants de la CEDH » et les articles « dont le sens est le même que les articles correspondants de la CEDH, mais dont la portée est plus étendue »⁴¹¹.

422. L'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE indique qu'« [a]ucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la [CEDH], ainsi que par les constitutions des États membres ».

423. Les effets de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ont été évoqués par la CJUE dans l'affaire *Melloni*⁴¹² concernant l'exécution d'un mandat d'arrêt européen et la remise d'une personne de l'Espagne à l'Italie, État dans lequel celle-ci avait été jugée *in absentia* et condamnée pour faillite frauduleuse à une peine de prison. Dans le cadre de la procédure devant les tribunaux espagnols, la remise était contestée sur la base de la Constitution espagnole qui exige qu'en cas de condamnation par défaut d'une personne, toute remise en vue de l'exécution de la peine soit subordonnée à la condition que celle-ci puisse contester la condamnation afin de sauvegarder les droits de la défense. La loi espagnole offrait dès lors une protection plus élevée que la décision-cadre de l'UE en matière de mandat d'arrêt européen, qui n'autorise l'État d'exécution à refuser la remise ou à la conditionner au droit à une nouvelle procédure de jugement que dans un nombre restreint de cas. Si la personne condamnée par défaut a été défendue et représentée par un avocat, comme c'était le cas dans l'affaire *Melloni*, la décision-cadre ne permet pas à l'État d'exécution de refuser la remise.

424. Dans ce contexte, il était demandé à la CJUE de statuer à titre préjudiciel quant à savoir si les États membres avaient le droit d'imposer un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé que le standard établi par le droit de l'UE aux fins de coopération transfrontière en matière pénale. Dans son arrêt, la CJUE a estimé que la décision-cadre procédait à une harmonisation des conditions d'exécution d'un mandat d'arrêt européen en cas de condamnation par défaut, qui reflétait le consensus auquel étaient parvenus les États membres dans leur ensemble au sujet de la portée qu'il convenait de donner, au titre du droit de l'Union, aux droits procéduraux dont bénéficient les personnes condamnées par défaut qui font l'objet d'un mandat d'arrêt européen⁴¹³. La CJUE a en outre jugé que de « permettre à un État membre de se prévaloir de l'article 53 de la Charte pour subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition, non prévue par la décision-cadre 2009/299, que la condamnation puisse être révisée dans l'État membre d'émission, afin d'éviter qu'une atteinte soit portée au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par la Constitution de l'État membre d'exécution, aboutirait, en remettant en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par cette décision-cadre, à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles que celle-ci tend à conforter et, partant, à compromettre l'effectivité de ladite décision-cadre »⁴¹⁴. En conséquence, la CJUE a conclu, en substance, qu'il convenait d'interpréter l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en ce sens qu'il ne permet pas aux États membres d'appliquer un standard de protection des droits fondamentaux garanti par leur Constitution s'il s'avère plus élevé que celui qui découle de la Charte⁴¹⁵.

⁴¹¹ Olivier De Schutter, *op. cit.* note 399.

⁴¹² Affaire C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscale*, arrêt du 26 février 2013.

⁴¹³ Ibid., paragraphe 62.

⁴¹⁴ Ibid., paragraphe 63.

⁴¹⁵ Voir également Martin Kuijer, *op. cit.* note 398.

425. Pour ce qui est du système de la CEDH, l'article 1^{er} de la Convention dispose qu'il incombe en premier lieu aux Parties contractantes de respecter et de protéger les droits que la Convention reconnaît aux personnes relevant de leur juridiction. À cet égard, le principe de subsidiarité tel que formulé par la Cour implique que chaque Haute Partie contractante conserve la responsabilité première d'identifier les mesures les plus adaptées pour mettre en œuvre la Convention en tenant compte, le cas échéant, des circonstances nationales. La doctrine de la marge d'appréciation est une composante importante de la subsidiarité. La jurisprudence de la Cour indique clairement que les États Parties disposent, quant à la façon dont ils appliquent et mettent en œuvre la CEDH, d'une marge d'appréciation qui dépend des circonstances de l'affaire et des droits et libertés en cause. Cela reflète le fait que le système de la CEDH est subsidiaire par rapport à la sauvegarde des droits de l'homme au niveau national et que les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une cour internationale pour évaluer les besoins et les conditions au niveau local⁴¹⁶.

426. Par ricochet, l'article 53 de la CEDH intitulé « Sauvegarde des droits de l'homme reconnus » affirme qu'« [a]ucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ».

ii. Grands principes tels qu'arrêtés par la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'interaction entre la CEDH et l'ordre juridique de l'UE

427. Les paragraphes suivants portent sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les principes qu'elle a définis en particulier concernant l'interaction entre la CEDH et l'ordre juridique de l'UE. À cet égard, l'on recense trois points principaux : premièrement, la responsabilité des États membres par suite d'un transfert de compétences à une organisation internationale ; deuxièmement, la responsabilité des États membres eu égard aux mesures nationales donnant effet au droit de l'UE ; troisièmement, la « présomption Bosphorus » de protection équivalente.

428. Quant au premier point, à savoir, la responsabilité des États membres par suite d'un transfert de compétences à une organisation internationale, dans l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*⁴¹⁷, la Cour s'est penchée sur la question de savoir si le Royaume-Uni pouvait voir sa responsabilité engagée, au titre de l'article 1^{er} de la CEDH, pour n'avoir pas organisé d'élections au Parlement européen à Gibraltar. Autrement dit, le Royaume-Uni était-il tenu de « reconnaître » le droit de participer aux élections au Parlement européen, malgré le caractère communautaire de celles-ci ? À cet égard, la Cour a précisé que la CEDH n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la CEDH continuent d'être « reconnus ». D'après la Cour, pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des États membres⁴¹⁸. Dans l'affaire *Matthews*, cela impliquait qu'en vertu de l'article 1^{er} de la Convention, le Royaume-Uni devait reconnaître à Gibraltar les droits consacrés par l'article 3 du protocole n° 1, qu'il s'agisse d'élections purement internes ou d'élections européennes. Les mesures prises par le Royaume-Uni pour se conformer à l'arrêt de la Cour EDH ont été contestées par l'Espagne devant la CJUE. La CJUE a toutefois rejeté le recours en affirmant que « [e]u égard à cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et à la circonstance que cette juridiction a

⁴¹⁶ Rapport explicatif du Protocole n° 15, paragraphe 9 ; voir Rapport du CDDH sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.* note 387, paragraphes 15 à 17.

⁴¹⁷ *Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n°24833/94, 18 février 1999.

⁴¹⁸ *Ibid.*, paragraphe 32.

déclaré contraire à l'article 3 du protocole n° 1 à la CEDH l'absence d'organisation d'élections au Parlement européen à Gibraltar, en ce qu'elle a privé « la requérante, en sa qualité de résidente de Gibraltar » de toute possibilité d'exprimer son opinion sur le choix des membres du Parlement européen, il ne saurait être reproché au Royaume-Uni d'avoir adopté la législation nécessaire à l'organisation de telles élections dans des conditions équivalentes, mutatis mutandis, à celles prévues par la législation applicable au Royaume-Uni »⁴¹⁹.

429. Cette conclusion concernant la responsabilité continue des États membres a été réitérée dans la jurisprudence postérieure de la Cour. À titre d'exemple, dans l'affaire *Bosphorus*⁴²⁰, la Cour a rappelé que les Parties contractantes étaient responsables au titre de l'article 1^{er} de la CEDH de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales. La Cour a en outre rappelé que l'article 1^{er} ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Parties contractantes à l'empire de la CEDH⁴²¹.

430. La Cour s'est attaquée à la question de la responsabilité des États membres eu égard aux mesures nationales donnant effet au droit de l'UE dans l'affaire *Cantoni c. France*⁴²². Dans cette affaire, le demandeur faisait valoir, au titre de l'article 7 de la CEDH, que sa condamnation pour exercice illégal de la pharmacie n'était pas prévisible puisque la définition de « médicament » dans la législation française, inspirée presque mot pour mot de la directive communautaire, pêchait par absence de prévisibilité et d'accessibilité. Concernant l'argument du Gouvernement défendeur selon lequel la disposition concernée du droit interne s'inspirait du droit de l'UE, la Cour a jugé que cela ne la soustrayait pas à l'empire de l'article 7 de la CEDH⁴²³.

431. La « présomption *Bosphorus* » de protection équivalente découle de l'affaire *Bosphorus* susmentionnée⁴²⁴, dans laquelle la société requérante alléguait que la saisie de son aéronef constituait une violation de l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la CEDH. L'aéronef avait été saisi au titre d'un règlement de l'UE qui, pour sa part, mettait en œuvre un régime de sanctions de l'ONU contre la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro). La procédure nationale au cours de laquelle le requérant contestait la confiscation comprenait un renvoi préjudiciel à la CJUE, cette dernière étant chargée d'examiner le règlement concerné eu égard au droit de la société requérante au respect de ses biens et de sa liberté de mener une activité commerciale.

432. Dans le cadre de l'examen du fondement juridique de l'ingérence attaquée, la Cour a conclu qu'une fois adopté, le règlement avait une « portée générale » et était « obligatoire dans tous ses éléments », si bien qu'il s'appliquait à l'ensemble des États membres, dont aucun ne pouvait légalement s'écarter d'une quelconque de ses dispositions. Par conséquent, l'ingérence attaquée ne résultait pas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire des autorités irlandaises, mais plutôt du respect par l'État irlandais de ses obligations légales découlant du règlement⁴²⁵.

⁴¹⁹ C-145/04, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, arrêt du 12 septembre 2006, para 95.

⁴²⁰ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* (requête n° 45036/98), arrêt du 30 juin 2005.

⁴²¹ Ibid., paragraphe 153.

⁴²² *Cantoni c. France* [GC], n° 17862/91, 15 novembre 1996.

⁴²³ Ibid., paragraphe 30.

⁴²⁴ *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, op. cit. note 420.

⁴²⁵ Ibid., paragraphes 145 à 148.

433. La Cour s'est ensuite intéressée à la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'intérêt général qu'il y avait pour l'État irlandais de respecter les obligations communautaires pouvait justifier l'atteinte portée par lui au droit de propriété de la société requérante. À cet égard, la Cour a rappelé ses conclusions de l'affaire *Matthews* (voir paragraphe 428 [ancien 34] ci-dessus) concernant la responsabilité continue des Parties contractantes au titre de l'article 1^{er} de la CEDH pour tous les actes et omissions de leurs organes après un transfert d'une partie de leur souveraineté. Elle a relevé qu'il serait contraire au but et à l'objet de la CEDH d'exonérer les Parties contractantes de toute responsabilité au regard de celle-ci dans le domaine d'activité concerné : les garanties prévues par la CEDH pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective⁴²⁶.

434. La Cour a ensuite estimé que toute mesure prise par l'État en exécution des obligations juridiques découlant de son appartenance à une organisation internationale à laquelle il a transféré une partie de sa souveraineté, doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la CEDH. La Cour a insisté sur le fait que par « équivalente », elle entendait « comparable » ; toute exigence de protection « identique » de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivie. La Cour a également mis en exergue que tout constat de « protection équivalente » de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux. Selon elle, si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un État respecte les exigences de la CEDH lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation. Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la CEDH est entachée d'une insuffisance manifeste⁴²⁷.

435. Quant à savoir s'il y avait à l'époque des faits une présomption de respect de la CEDH et si une telle présomption avait été renversée en l'espèce, la Cour a relevé que si les traités constitutifs des Communautés européennes ne renfermaient initialement pas de dispositions expresses protégeant les droits fondamentaux, la CJUE a reconnu par la suite que ces droits faisaient partie des principes généraux du droit communautaire dont les Communautés [de l'époque] assuraient le respect et que la CEDH avait une « importance particulière » en tant que source de ces droits. Le respect des droits fondamentaux était ainsi devenu « une condition de légalité des actes communautaires ». Rappelant que l'effectivité des garanties matérielles des droits fondamentaux dépendait des mécanismes de contrôle mis en place pour en assurer le respect, la Cour a évoqué les compétences de la CJUE et jugé que les recours exercés devant celle-ci par les institutions ou par un État membre constituaient un contrôle important du respect des normes communautaires, qui bénéficie indirectement aux particuliers. La Cour a également précisé que c'était essentiellement par l'intermédiaire des juridictions nationales que le système de l'UE fournissait aux particuliers un recours leur permettant de faire constater qu'un État membre ou un autre individu avait enfreint le droit de l'UE⁴²⁸.

⁴²⁶ Ibid., paragraphe 154.

⁴²⁷ Ibid., paragraphes 155 et 156.

⁴²⁸ Ibid., paragraphes 159 à 164.

436. Au vu de ces considérations, la Cour a conclu que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit de l'UE était, et avait été à l'époque des faits, « équivalente » à celle assurée par le mécanisme de la CEDH et que, par conséquent, on pouvait présumer que l'Irlande ne s'était pas écartée des obligations qui lui incombaient au titre de la CEDH lorsqu'elle avait mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à l'UE⁴²⁹. Enfin, la Cour a jugé, compte tenu de la nature de l'ingérence litigieuse, de l'intérêt général que poursuivaient la saisie et le régime des sanctions, et de l'arrêt rendu par la CJUE, qu'il n'y avait eu aucun dysfonctionnement du mécanisme de contrôle du respect des droits garantis par la CEDH. La Cour a donc estimé que l'on ne saurait considérer que la protection des droits de la société requérante garantis par la CEDH était entachée d'une insuffisance manifeste, de sorte que ladite présomption de respect de la CEDH par l'État défendeur n'avait pas été renversée.

437. Depuis l'arrêt rendu dans l'affaire *Bosphorus*, l'application de la présomption de protection équivalente a été examinée dans de nombreux cas. À titre d'exemple, dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*⁴³⁰, la Cour s'est intéressée à une plainte d'un demandeur d'asile qui avait été transféré de la Belgique vers la Grèce en application du Règlement dit de Dublin qui détermine l'État membre chargé de l'examen de la demande d'asile. La Cour a rappelé qu'un État demeure entièrement responsable au regard de la CEDH de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'il a exercé un pouvoir d'appréciation⁴³¹. La Cour a considéré que les autorités belges auraient pu s'abstenir de transférer le demandeur d'asile vers un autre État membre si elles avaient considéré que le pays de destination, ne remplissait pas ses obligations au regard de la CEDH⁴³². Pour ces raisons, la Cour a constaté que la présomption de protection équivalente n'était pas applicable en l'espèce, s'est penchée sur le bien-fondé des griefs et a conclu que la Belgique avait violé les articles 3 et 13 de la CEDH.

438. Dans l'affaire *Michaud c. France*⁴³³, la Cour a donné de nouvelles précisions concernant la présomption de protection équivalente ; elle a relevé que cette présomption visait à éviter qu'un État partie soit confronté à un dilemme lorsqu'il lui faut invoquer les obligations juridiques qui s'imposent à lui, en raison de son appartenance à une organisation internationale non partie à la CEDH, à laquelle il a transféré une partie de sa souveraineté, pour justifier, au regard de la CEDH, ses actions ou omissions résultant de cette appartenance⁴³⁴. La Cour a indiqué que la présomption tendait également à déterminer les cas où la Cour peut, au nom de l'intérêt de la coopération internationale, réduire l'intensité de son contrôle du respect des engagements résultant de la CEDH par les États parties, que lui confie l'article 19 de la CEDH. Elle en a conclu qu'elle n'était prête à cet aménagement que dans la mesure où les droits et garanties dont elle assure le respect ont bénéficié d'un contrôle comparable à celui qu'elle opérerait⁴³⁵. À cet égard, la Cour a fait remarquer que sa conclusion de l'arrêt *Bosphorus*, selon laquelle l'UE offrait une protection équivalente sur le plan des garanties substantielles, s'appliquait *a fortiori* depuis le 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur de l'article 6 du TUE qui confère à la Charte des droits fondamentaux de l'UE la même valeur que les traités et qui donne aux droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH et qu'ils découlent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, le statut de principes généraux du

⁴²⁹ *Ibid.*, paragraphe 165.

⁴³⁰ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2001.

⁴³¹ *Ibid.*, paragraphe 338.

⁴³² *Ibid.*, paragraphe 340.

⁴³³ *Michaud c. France*, n° 12323/11, 6 décembre 2012.

⁴³⁴ *Ibid.*, paragraphe 104.

⁴³⁵ *Ibid.*

droit de l'UE. Toutefois, dans le cadre de l'appréciation des faits, la Cour a jugé que l'affaire *Michaud* portait sur la mise en œuvre, par la France, des directives qui lient les États membres quant au résultat à atteindre, mais leur laissent le choix des moyens et de la forme. Considérant ce pouvoir discrétionnaire et le fait que le Conseil d'État avait décidé de ne pas saisir la CJUE à titre préjudiciel, ce qui impliquait que le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la CEDH, n'avait pas pu déployer l'intégralité de ses potentialités, la Cour a estimé que la présomption de protection équivalente n'était pas applicable en l'espèce.

439. Dans l'affaire *Avotiņš c. Lettonie*⁴³⁶ quant à savoir si l'exécution en Lettonie d'un arrêt rendu à Chypre en l'absence du débiteur violait l'article 6 de la CEDH, la Cour a rappelé que l'application de la présomption de protection équivalente était soumise à deux conditions : à savoir, l'absence de marge de manœuvre au profit des autorités nationales et le déploiement des potentialités intégrales du mécanisme de contrôle établi par le droit de l'UE. En l'espèce, la Cour a jugé que la présomption de protection équivalente était applicable, étant entendu que les deux conditions susmentionnées étaient remplies. Premièrement, les dispositions pertinentes du règlement de l'UE applicable ne permettaient de refuser la reconnaissance et l'exequatur d'un jugement étranger que dans des limites très précises et sous réserve de certaines conditions préalables, ce qui impliquait que la Cour suprême de Lettonie n'avait bénéficié d'aucune marge de manœuvre. Ensuite, la Cour suprême de Lettonie n'avait pas saisi la CJUE à titre préjudiciel quant à l'interprétation et l'application des dispositions pertinentes du règlement de l'UE. Néanmoins, la Cour a constaté que le requérant n'avait avancé aucun point précis lié à l'interprétation des dispositions pertinentes du règlement et sa compatibilité avec les droits fondamentaux qui permettrait de considérer qu'il aurait été nécessaire de procéder à un renvoi préjudiciel devant la CJUE, il n'avait en outre présenté aucune demande de renvoi préjudiciel auprès de la Cour suprême de Lettonie. Par ces motifs, la Cour a considéré que l'absence de renvoi préjudiciel n'était pas un facteur déterminant en l'espèce⁴³⁷. Ayant conclu que la présomption de protection équivalente était applicable, la Cour a ensuite jugé que la protection des droits fondamentaux offerte par la Cour suprême de Lettonie n'était pas entachée d'une insuffisance manifeste susceptible de renverser la présomption de protection équivalente, en ce qui concernait tant la disposition du droit de l'UE appliquée en l'occurrence que sa mise en œuvre dans le cas particulier du requérant. Elle a ainsi conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 de la CEDH.

iii. Avis 2/13 de la CJUE sur la compatibilité du projet d'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH avec les traités de l'UE

440. L'éventuelle adhésion de l'UE à la CEDH faisait l'objet de discussions dès la fin des années 1970. L'adhésion tend à renforcer la protection des droits de l'homme, à contribuer à la création d'un espace juridique européen commun et à améliorer la cohérence de la protection des droits de l'homme en Europe au moyen d'un renforcement du système de la CEDH en matière de participation, de responsabilité et d'opposabilité. Après examen de la question en 1996, la CJUE a adopté l'avis 2/94⁴³⁸ et a constaté qu'en l'état du droit communautaire à cette époque, la Communauté n'avait pas compétence pour adhérer à la CEDH.

⁴³⁶ *Avotiņš c. Lettonie* [GC], n°17502/07, 23 mai 2016.

⁴³⁷ *Ibid.*, paragraphes 105 à 111.

⁴³⁸ Avis 2/94, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 28 mars 1996.

441. Les modifications apportées par le traité de Lisbonne ont introduit une nouvelle disposition dans les traités (l'article 6(2) du TUE) exigeant que l'UE adhère à la CEDH. Cette disposition précise qu'une telle adhésion « ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ». En outre, le protocole (No 8) affirme que l'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH « doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union ». En ce qui concerne la CEDH, l'article 59, paragraphe 2 de la CEDH, tel que modifié par le Protocole n ° 14 à la CEDH, prévoit que l'Union européenne peut adhérer à la CEDH.

442. Le 26 mai 2010, les Délégués des Ministres ont adopté des mandats *ad hoc* afin que le CDDH élabore, en collaboration avec les représentants de l'UE et au plus tard en juin 2011, des instruments juridiques établissant les modalités d'adhésion de l'UE à la CEDH, y compris la participation de celle-ci dans le système de la CEDH et, dans ce contexte, examine toute question connexe. Conformément à ces mandats *ad hoc*, le CDDH a décidé de confier cette tâche à un groupe informel composé de 14 membres, choisis sur la base de leur expertise (CDDH-UE). Le CDDH-UE a organisé au total huit réunions de travail entre juillet 2010 et juin 2011. Le CDDH a soumis un rapport au Comité des Ministres sur le travail effectué par le CDDH-UE, avec des projets d'instruments juridiques annexés, le 14 octobre 2011. Le 13 juin 2012, le Comité des Ministres a donné un nouveau mandat au CDDH en vue de poursuivre les négociations avec l'UE, au sein d'un groupe *ad hoc* « 47+1 », afin de finaliser les instruments juridiques fixant les modalités d'adhésion de l'UE à la CEDH. Dans le cadre des réunions du CDDH-UE et du groupe « 47+1 », trois échanges de vues ont été organisés avec des représentants de la société civile, qui ont présenté régulièrement des commentaires sur les documents de travail. Le groupe « 47+1 » a tenu cinq réunions de négociation avec la Commission européenne⁴³⁹.

443. Les projets révisés d'instruments sur l'adhésion de l'UE à la CEDH ont été finalisés le 5 avril 2013. Ils consistent en un projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, le « projet d'accord d'adhésion »), un projet de déclaration de l'UE, un projet de règle à ajouter aux Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables dans les affaires auxquelles l'UE est partie, un projet de modèle de memorandum d'accord, et un projet de rapport explicatif à l'Accord d'adhésion⁴⁴⁰.

444. Conformément à l'article 218(11) du TFUE, la Commission européenne a sollicité l'avis de la CJUE au sujet de la compatibilité du projet d'accord d'adhésion avec le TUE et le TFUE.

445. Le 14 décembre 2014, la CJUE a émis l'avis 2/13 déclarant que le projet d'accord d'adhésion n'était pas compatible avec l'article 6(2) du TUE et le Protocole (No 8). Dans cet avis, la CJUE a affirmé que le projet d'accord d'adhésion était incompatible avec les traités aux motifs suivants :

- a. il était susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques et à l'autonomie du droit de l'Union, dans la mesure où il n'assurait pas la coordination entre l'article 53 de la CEDH et l'article 53 de la Charte des droits

⁴³⁹ Rapport final au CDDH du groupe de négociation *ad hoc* du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, document 41+1(2013)008rev2, 10 juin 2013.

⁴⁴⁰ Rapport final au CDDH du groupe de négociation *ad hoc* du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, document 41+1(2013)008rev2, 10 juin 2013.

fondamentaux de l'UE, ne prévenait pas le risque d'atteinte au principe de la confiance mutuelle entre les États membres dans le droit de l'Union et ne prévoyait aucune articulation entre le mécanisme institué par le protocole n° 16 à la CEDH (qui permet aux plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante d'adresser à la Cour EDH des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits définis par la Convention ou ses protocoles) et la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 du TFUE ;

- b. il était susceptible d'affecter l'article 344 du TFUE, dans la mesure où il n'excluait pas la possibilité que des litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'UE, relatifs à l'application de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'UE, soient portés devant la Cour européenne des droits de l'homme ;
- c. il ne prévoyait pas des modalités de fonctionnement du mécanisme du codéfendeur et de la procédure de l'implication préalable de la CJUE qui permettent de préserver les caractéristiques spécifiques de l'UE et de son droit ;
- d. il méconnaissait les caractéristiques spécifiques du droit de l'UE concernant le contrôle juridictionnel des actes, actions ou omissions de l'UE en matière de PESC (Politique étrangère et de sécurité commune), dans la mesure où il confiait le contrôle juridictionnel de certains de ces actes, actions ou omissions exclusivement à un organe externe à l'UE.

446. Selon l'article 218(11) du TFUE, en cas d'avis négatif de la CJUE, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités de l'UE.

447. En octobre 2015, le Conseil de l'UE a réaffirmé la volonté de l'UE d'adhérer à la CEDH et a invité la Commission à travailler sur une analyse des enjeux juridiques soulevés par la Cour. Le 15 mai 2017, la Commission européenne a publié la « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Rapport 2016 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »⁴⁴¹, et il était rappelé dans le document d'accompagnement que l'UE était tenue d'adhérer à la CEDH, mettant en exergue que l'adhésion de l'UE à la CEDH restait une priorité pour la Commission européenne. Cependant, ce document indiquait également que l'avis de la CJUE de décembre 2014 avait soulevé un certain nombre de questions importantes et complexes. La Commission européenne reconnaissait qu'en conséquence, une série de points du projet d'accord d'adhésion devrait être renégociée. La Commission européenne a confirmé qu'en qualité de négociateur de l'UE, elle continuait à consulter le groupe de travail compétent du Conseil pour trouver des solutions permettant de remédier aux différents problèmes soulevés par la CJUE.

448. Au sein du Conseil de l'Europe, en 2018, la déclaration de Copenhague⁴⁴² a appelé les institutions de l'UE à prendre les mesures nécessaires en vue de compléter l'adhésion à la CEDH le plus vite possible. En décembre 2018, le Conseil de l'UE a fait le point sur l'état de la situation et les prochaines étapes concernant l'adhésion de l'UE à la CEDH.

⁴⁴¹ https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59189

⁴⁴² La Déclaration de Copenhague a été adoptée par les États membres du Conseil de l'Europe lors de la conférence à haut niveau qui s'est tenue à Copenhague les 12 et 13 avril 2018 sur la réforme du système de la CEDH.

c. Analyse des défis

449. Comme l'a indiqué le Président de la Cour EDH, M. Dean Spielmann, « [e]n décidant que l'Union adhérerait à la Convention européenne des droits de l'homme, les auteurs du traité de Lisbonne ont clairement voulu parachever l'espace juridique européen des droits de l'homme ; [...] [I]ls voulaient, surtout, faire en sorte qu'une seule et même interprétation des droits de l'homme puisse prévaloir sur la totalité du continent européen, assurant un niveau minimum commun de protection ».⁴⁴³ Cependant, l'interaction entre deux systèmes complexes - celui de l'ordre juridique de l'UE et celui de la CEDH - peut soulever de nombreux défis dans différents domaines. Les paragraphes suivants s'intéressent à ces défis, en prenant comme exemples les affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme et par la CJUE.

450. La première série de défis peut résulter de la coexistence de deux instruments relatifs aux droits de l'homme dans la même zone géographique. La coexistence de différents instruments relatifs aux droits de l'homme peut être une source d'enrichissement mutuel. En même temps, elle peut constituer un défi si les différents instruments sont interprétés, en ce qui concerne la substance et la méthodologie, d'une manière qui crée des obligations contradictoires pour les États. Cela peut donc potentiellement conduire à une fragmentation du droit international (des droits de l'homme). Bien que la CEDH et la Charte des droits de l'homme fondamentaux de l'UE soient, en substance, très proches et que l'article 6(3) du TUE et l'article 52(3) de la Charte établissent un lien étroit entre elles, elles ne sont pas identiques. Ainsi, la Charte des droits fondamentaux de l'UE inclut des droits et des libertés qui n'étaient pas encore reconnus au moment de l'adoption de la CEDH en 1950, notamment le droit à une bonne administration (article 41 de la Charte), le droit d'accès aux documents (article 42 de la Charte)⁴⁴⁴, ou l'interdiction du clonage reproductif d'êtres humains (article 3 (2) de la Charte) Au surplus, certains droits sont formulés différemment, par exemple, le droit à la vie (article 2 de la CEDH et article 2 de la Charte). Comme indiqué précédemment ([voir ci-dessus paragraphe 422 \[ancien 27\]](#)), des efforts ont été faits en vue de promouvoir la cohérence.

451. Néanmoins, considérant que l'ordre juridique de l'UE dispose désormais de son propre catalogue de droits de l'homme, c'est-à-dire, la Charte des droits fondamentaux de l'UE, l'on constate que la CJUE ne fait plus autant référence à la CEDH dans sa jurisprudence qu'elle ne le faisait avant que la Charte n'obtienne la même valeur juridique que les traités de l'UE. Ainsi, entre 1998 et 2005, la CJUE a fait référence à la CEDH 7,5 fois plus qu'à tout autre instrument relatif aux droits de l'homme sur lequel elle s'appuie, y compris la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Entre décembre 2009 et décembre 2012, la CJUE a fait référence aux dispositions de la Charte ou s'en est inspirée dans au moins 122 arrêts, tandis qu'elle n'a cité la CEDH que dans 20 cas⁴⁴⁵. Bien qu'il soit naturel pour la CJUE de se référer principalement à son propre instrument des droits de l'homme, la question se pose de savoir si le fait que la CJUE fait moins référence à la CEDH et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme affaiblit le lien entre les deux systèmes et révèle une divergence plutôt qu'une convergence.

⁴⁴³ Allocution d'ouverture du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Dean Spielmann, lors de l'audience solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire, Strasbourg, 30 janvier 2015.

⁴⁴⁴ Martin Kuijer, *The challenging relationship between the European Convention on Human Rights and the EU legal order: consequences of a delayed accession*, The International Journal of Human Rights, 2018, <https://doi.org/10.1080/13642987.2018.1535433>.

⁴⁴⁵ Gráinne de Búrca, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator*, New York University School of Law, Public law & legal theory research paper series, Working paper no.13-51, septembre 2013.

452. En outre, les différences de formulation des textes pertinents associées à des références croisées moins nombreuses dans la jurisprudence pourraient signifier que les normes en matière de droits de l'homme sont interprétées différemment quant au fond et à la méthode appliquée, ce qui pourrait entraîner des niveaux de protection différents pour les individus et un manque de clarté pour les États membres quant au contenu de leurs obligations. À titre d'exemple, dans les affaires soulevant la question du respect par l'État concerné du principe de non-refoulement, la CJUE a estimé dans un certain nombre d'affaires, qu'il convenait d'interpréter l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE intitulé « Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants » en ce sens qu'il incombe aux États membres de ne pas transférer des demandeurs d'asile vers l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée au titre du règlement de Dublin « lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les *défaillances systémiques* de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains et dégradants » (*pas d'italique dans l'original*)⁴⁴⁶. Dans des affaires comparables la Cour européenne des droits de l'homme, notamment dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*⁴⁴⁷ qui portait sur le transfert d'une personne de la Suisse vers l'Italie, a toujours renvoyé à l'obligation de l'État défendeur d'examiner, outre la situation générale, la situation individuelle de la personne. D'après la Cour, l'origine du risque encouru ne modifie en rien le niveau de protection garanti par la CEDH et les obligations que celle-ci impose à l'État auteur de la mesure de renvoi. En d'autres termes, le fait que la situation générale ne soit pas jugée problématique « ne dispense pas cet État d'examiner de manière approfondie et individualisée la situation de la personne objet de la mesure et de surseoir au renvoi au cas où le risque de traitements inhumains ou dégradants serait avéré » (*pas d'italique dans l'original*)⁴⁴⁸. L'on pourrait dès lors faire valoir que, du point de vue de l'individu, le niveau de protection varie, ce qui irait à l'encontre de l'idée d'un espace juridique européen commun. La CJUE a toutefois récemment tenu compte de la situation spécifique d'un individu. Mentionnant l'affaire de *M.S.S. Belgique et Grèce*, la CJUE a fait valoir que le transfert d'un demandeur d'asile pourrait être exclu lorsqu'un demandeur a démontré l'existence de circonstances exceptionnelles qui lui sont propres et qui impliqueraient qu'après son transfert, il pourrait se trouver dans des circonstances de pauvreté extrême.⁴⁴⁹ Cette approche de la CJUE pourrait indiquer un dialogue judiciaire concluant conduisant à une plus grande cohérence de la jurisprudence des deux juridictions.

453. Du point de vue d'un État membre de l'UE, il semble particulièrement difficile de concilier la nécessité de respecter simultanément les principes de reconnaissance et de confiance mutuelles tels qu'établis par le droit de l'UE et l'obligation de procéder à l'examen individualisé susmentionné. Comme indiqué précédemment (*voir paragraphes 419-420 [24 et 25] ci-dessus*), la reconnaissance et la confiance mutuelles délimitent en substance la mesure dans laquelle un État membre peut procéder à un examen individualisé sans courir le risque d'être reconnu coupable d'une violation de ses obligations telles qu'elles découlent du droit de l'UE. Dans l'affaire *Avotiņš c. Lettonie*, la Cour a estimé entièrement légitimes au regard de la CEDH, dans leur principe, la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice en Europe et l'adoption des moyens nécessaires à cette fin. Néanmoins, la Cour a précisé que :

⁴⁴⁶ *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, *op. cit.* note 405, paragraphes 86 à 94.

⁴⁴⁷ *Tarakhel c. Suisse* [GC], n° 29217/12, 4 novembre 2014.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, paragraphe 104.

⁴⁴⁹ Voir l'affaire C-163/17.

« les modalités de la création de cet espace ne peuvent se heurter aux droits fondamentaux des personnes concernées par les mécanismes ainsi mis en place – cette limite est d'ailleurs confirmée par l'article 67 § 1 du TFUE. Or il apparaît que l'objectif d'efficacité poursuivi par certaines de ces modalités conduit à encadrer strictement le contrôle du respect des droits fondamentaux, voire à le limiter. Ainsi, la CJUE a récemment indiqué dans son avis 2/13 que « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible (...), sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union ». Or limiter aux seuls cas exceptionnels le contrôle par l'État requis du respect des droits fondamentaux par l'État d'origine de la décision de justice à reconnaître pourrait, dans des situations concrètes, aller à l'encontre de l'obligation qu'impose la Convention de permettre au moins au juge de l'État requis de procéder à un contrôle adapté à la gravité des allégations sérieuses de violation des droits fondamentaux dans l'État d'origine afin d'éviter une insuffisance manifeste dans la protection de ces droits. »⁴⁵⁰

454. Le recours à la présomption de protection équivalente pourrait soulever une nouvelle série d'importantes difficultés. Premièrement, afin d'établir si la présomption est applicable et si elle est susceptible d'être renversée, la Cour est tenue d'interpréter les dispositions du droit de l'UE. Par conséquent, afin d'établir si la première condition d'application de la présomption de protection équivalente est remplie, c'est-à-dire, si les autorités nationales disposaient ou non d'une marge de manœuvre, la Cour examine en substance l'acte juridique applicable de l'UE. L'on pourrait faire valoir qu'un tel examen de fond des dispositions du droit de l'UE ne relève pas de la compétence la Cour européenne des droits de l'homme telle que définie à l'article 19 de la CEDH. Ce qui pourrait, par ricochet, soulever des questions quant à l'autorité de la jurisprudence de la Cour.

455. L'application de la présomption de protection équivalente, permettant à la Cour dans certains cas de « réduire l'intensité de son contrôle »⁴⁵¹ et la nécessité pour le requérant de prouver une insuffisance manifeste constituent des difficultés supplémentaires et pourrait conduire à un niveau de protection non uniforme des droits des personnes dans différents États membres du Conseil de l'Europe. D'autre part, les droits des requérants sont protégés par le droit de l'UE.

456. Une autre série de difficultés est susceptible de survenir eu égard à la recevabilité des affaires portant sur des questions transfrontières impliquant l'application du droit de l'UE lorsque, conformément aux principes de reconnaissance et de confiance mutuelles, les décisions et actes d'un État membre de l'UE sont intrinsèquement liés à ceux d'un autre ou tributaires de ceux-ci. De telles situations surviennent principalement dans les affaires portées devant la Cour dans lesquelles le requérant fait valoir que ses droits au titre de la CEDH n'ont pas été respectés en raison de la manière dont a été exécuté un mandat d'arrêt européen ou dont a été reconnu et exécuté dans un État membre un jugement rendu en matière civile ou pénale dans un autre État membre. Dans ces cas-là, l'obligation d'épuiser les recours internes assortie du délai de six mois fixé par l'article 35 de la CEDH impliquent dans les faits que le requérant peut uniquement contester les décisions et actes de l'État membre d'exécution, bien que l'origine de ses griefs soit, au moins partiellement, liée à l'État

⁴⁵⁰ Avotiņš c. Lettonie, *op. cit.* note 436, paragraphes 113 et 114.

⁴⁵¹ Voir *Michaud c. France*, n° 12323/11, §104, 6 décembre 2012,

membre d'émission⁴⁵². Cela pourrait créer une situation dans laquelle on ferait face au « mauvais État défendeur » ; ce qui compliquerait à tout le moins les choses pour la Cour en matière d'évaluation exhaustive des causes de la violation alléguée.

457. Enfin, en ce qui concerne le retard dans l'adhésion de l'UE à la CEDH, l'on peut recenser plusieurs défis distincts. L'effet le plus important du retard pris dans l'adhésion est que les individus ne peuvent pas contester devant un tribunal des droits de l'homme les décisions et actions de l'UE qui affectent leurs droits fondamentaux tels qu'ils sont protégés par la CEDH. Cette préoccupation a été exprimée par les présidents successifs de la Cour européenne des droits de l'homme, avant et après l'avis 2/13.⁴⁵³ Le Secrétaire général, M. Jagland, a récemment exprimé des préoccupations similaires en 2019. Il a insisté sur le fait que, si l'adhésion de l'UE à la CEDH n'intervient pas rapidement, il y a un risque de voir deux jurisprudences distinctes se développer en matière de droits de l'homme, ce qui créerait un nouveau clivage préjudiciable en Europe.⁴⁵⁴ Par conséquent, tant que l'UE n'est pas une Partie contractante à la CEDH et ne fait dès lors l'objet d'aucun contrôle extérieur, l'on peut arguer qu'il existe un déficit de protection.

458. Ce retard d'adhésion retarde également la mise en place d'un lien formel entre les procédures portées devant la Cour EDH et la CJUE, et la possibilité de relayer officiellement les points de vue de la CJUE en tant que juridiction compétente pour interpréter les dispositions du droit de l'UE dans le cadre de procédures devant la Cour EDH. Comme indiqué ci-dessus (voir paragraphe 454 [ancien 58] ci-dessus), le fait que la Cour européenne des droits de l'homme interprète elle-même les dispositions du droit de l'UE est susceptible de poser des difficultés quant à l'autorité des décisions de la Cour EDH.

459. Un autre défi concerne les arguments mis en avant par la CJUE dans son avis 2/13. Il a été suggéré par certains commentateurs que ces arguments placent l'effectivité du système de l'UE au-dessus de la protection des droits fondamentaux.⁴⁵⁵ Il a également été suggéré qu'une adhésion de l'UE à la CEDH conformément à l'avis de la CJUE « diminuerait de manière significative » la protection des droits de l'homme au sein de l'ordre juridique de l'UE⁴⁵⁶.

⁴⁵² Voir, par ex., l'affaire *Avotiņš c. Lettonie*, *ibid.*, paragraphe 4.

⁴⁵³ Voir notamment le discours de Jean-Paul Costa, à l'époque Président de la Cour EDH, lors de l'ouverture de l'année judiciaire en 2010, dans « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010* », p. 34; le discours de Sir Nicholas Bratza, alors Président de la Cour EDH, lors de l'ouverture de l'année judiciaire en 2012, dans « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2012* », p. 29; et le discours du Président de la Cour EDH à l'époque, Dean Spielmann, à l'ouverture de l'année judiciaire en 2013, dans « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2013* », p. 32-33. À la suite du prononcé de l'avis 2/13 par la CJUE, lors de l'ouverture de l'année judiciaire en 2015, le président de la Cour EDH à l'époque, Dean Spielmann, a exprimé ses regrets devant l'avis 2/13 donné par la CJUE, soulignant en outre les nécessité de veiller à ce qu'il n'y ait pas de vide juridique en matière de protection des droits de l'homme sur le territoire de la CEDH, que la violation puisse être imputée à un État ou à une institution supranationale. Il a souligné : « Pour ma part, ce qui m'importe, c'est qu'il n'y ait pas de vide juridique dans la protection des droits de l'homme sur le territoire de la Convention, que la violation soit le fait d'un État ou d'une institution supranationale », voir « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2015* », p. 46.

⁴⁵⁴ Rapport du Secrétaire Général pour la session ministérielle à Helsinki, 16-17 mai 2019, « *Relever les défis à venir – Renforcer le Conseil de l'Europe* », SG (2019)1, 1er avril 2019, p. 10.

⁴⁵⁵ Voir, entre autres, Martin Kuijer, *The challenging relationship between the European Convention on Human Rights and the EU legal order: consequences of a delayed accession*, *The International Journal of Human Rights*, 2018, <https://doi.org/10.1080/13642987.2018.1535433>, p. 7; and Martin Scheinin, 'CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances', *VerfBlog* 2014/12/26, <http://www.verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances/>.

⁴⁵⁶ [Traduction du Secrétariat]. Steve Peers, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, *EU Law Analysis*, 18 December 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>. Voir également Antoine

d. Solutions possibles

460. Parmi les réponses possibles aux défis énumérés dans la partie précédente, le dialogue judiciaire devrait être cité comme l'un des outils les plus puissants pour garantir une coopération harmonieuse entre la Cour et la CJUE et améliorer la cohérence de la jurisprudence. Ainsi, toutes mesures qui renforcent un tel dialogue et permettent d'entretenir des discussions constructives au sujet de la jurisprudence récente et des évolutions au sein des deux systèmes sont les bienvenues et devraient être encouragées. À cet égard, la visite de travail d'une délégation de la CJUE à la Cour européenne des droits de l'homme le 16 octobre 2017 doit être considérée comme un exemple positif de dialogue.

461. Ensuite, outre le dialogue entre les juges des deux Cours, les États membres du Conseil de l'Europe qui sont également membres de l'UE peuvent jouer un rôle constructif à la fois en sensibilisant aux affaires portées devant la Cour EDH qui concernent le droit de l'UE, ainsi que pour attirer l'attention des institutions de l'UE sur la jurisprudence de la Cour EDH.

462. En outre, la participation des institutions de l'UE, à savoir, de la Commission européenne en qualité de tierce partie, comme ce fut le cas plus récemment dans l'affaire *Avotiņš c. Lettonie*, pourrait servir d'outil pour aider la Cour EDH dans les affaires qui concernent l'interprétation et l'application des dispositions du droit de l'UE.

463. Quant à l'adhésion de l'UE à la CEDH, il convient tout d'abord de rappeler qu'il s'agit d'une obligation prévue dans un instrument du droit primaire de l'UE. Combiné aux assurances contenues dans les récentes publications de la Commission européenne et le Conseil de l'UE (voir paragraphe 448 [ancien 52] ci-dessus), cela laisse présager que les consultations reprendront dans un avenir proche. Cependant, il reste à déterminer comment répondre, dans le projet d'accord d'adhésion, aux préoccupations exprimées par la CJUE dans son avis 2/13 et dans quelle mesure les changements apportés à ce projet d'accord sont susceptibles d'être acceptés par les États membres du Conseil de l'Europe qui ne sont pas membres de l'UE. Parallèlement, les instruments mentionnés dans les paragraphes précédents, notamment, le dialogue judiciaire, la participation des institutions de l'UE, ainsi que les efforts des États membres du Conseil de l'Europe qui sont aussi membres de l'UE devraient servir à éviter toute fragmentation des droits de l'homme en Europe.

3. INTERACTION ENTRE LA CONVENTION ET L'UNION ÉCONOMIQUE EURASIATIQUE

a. Brève description de l'UEE

464. L'UEE est une organisation internationale d'intégration économique régionale composée de cinq États membres⁴⁵⁷, dont deux - la Fédération de Russie et la République d'Arménie - sont également membres du Conseil de l'Europe.

Buyse, 'CJEU Rules: Draft Agreement on EU Accession to ECHR Incompatible with EU Law', ECHR Blog 2014/12/20, <http://echrblog.blogspot.nl/2014/12/cjeu-rules-draft-agreement-on-eu.html>.

⁴⁵⁷ Arménie, Biélorussie, Kazakhstan, Kirghizistan, Fédération de Russie.

i. Origines et structure actuelle de l'UEE

465. L'UEE a été établie par le Traité sur l'Union économique eurasiatique qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015 ; elle remplace la Communauté économique eurasiatique qui a existé entre 2000 et fin 2014.

466. Les principales institutions de l'UEE sont : le Conseil économique suprême eurasiatique qui se compose des Chefs d'État des États membres et agit en qualité de principal organe politique de l'organisation ; le Conseil intergouvernemental eurasiatique qui rassemble les chefs de gouvernement des États membres ; la Commission économique eurasiatique, organe supranational de régulation permanent de l'UEE qui compte deux commissaires pour chaque État membre et qui agit comme le principal organe exécutif de l'organisation ; et la Cour de l'Union économique eurasiatique.

ii. Sources, adoption et application du droit de l'UEE

467. En vertu de l'article 6 du traité sur l'UEE, les sources du droit de l'UEE sont les suivantes : le traité sur l'UEE ; les traités internationaux conclus au sein de l'UEE ; les traités internationaux conclus entre l'UEE et une tierce partie ; les décisions et règlements adoptés par les institutions de l'UEE dans le cadre de leurs compétences respectives. En outre, le paragraphe 50 du Statut de la Cour annexé au traité sur l'UEE énonce qu'aux fins de l'administration de la justice, la Cour de l'UEE applique également les principes généraux reconnus et les normes du droit international ; les accords internationaux auxquels sont Parties les États parties au litige ; et la coutume internationale en tant que preuve de la pratique générale acceptée comme norme juridique.

468. L'article 6 du traité sur l'UEE établit aussi une hiérarchie des sources du droit de l'UEE et affirme que le traité prévaut en cas de conflit entre celui-ci et les traités internationaux conclus au sein de l'UEE. L'article 6 précise que les décisions et règlements de l'UEE sont conformes au traité sur l'UEE, aux traités internationaux conclus dans le cadre de l'UEE et que les traités internationaux conclus entre l'UEE et des tiers ne doivent pas contredire les objectifs, principes et règles fondamentaux du fonctionnement de l'UEE. Enfin, l'article 6 indique que les décisions des institutions de l'UEE sont exécutoires par les États membres conformément à la procédure prévue par leur législation nationale.

469. Le traité sur l'UEE ne contient aucune règle explicite concernant l'application du droit de l'UEE eu égard à la législation interne. Cependant, la Cour de l'UEE a établi dans sa jurisprudence le principe de primauté des dispositions pertinentes du droit de l'UEE. À titre d'exemple, dans l'affaire *Kaliningrad transit*⁴⁵⁸, la Cour de l'UEE a jugé que l'un des accords applicables en l'espèce faisait partie du droit de l'UEE et l'emportait sur les contrôles douaniers. En d'autres termes, la Cour a affirmé que les États membres devaient appliquer les dispositions pertinentes du droit de l'UEE, et non les règles nationales contraires à celui-ci⁴⁵⁹. Dans la même affaire, ainsi que dans son avis consultatif rendu dans l'affaire *Vertical Agreements*⁴⁶⁰, la Cour de l'UEE a également énoncé les principes de l'application et de l'effet directs des dispositions pertinentes du droit de l'UEE.

⁴⁵⁸ Affaire SE-1-1/1-16-BK, *Russie c. Belarus (Kaliningrad Transit)*, arrêt du 21 février 2017.

⁴⁵⁹ Voir aussi avis SE-2-3/1-17- BK, *Adilov*, 11 décembre 2017.

⁴⁶⁰ Avis SE-2-1/1-17-BK, *Vertical Agreements*, 4 avril 2017.

iii. Rôle et compétence de la Cour de l'UEE

470. Selon l'article 19 du traité sur l'UEE, la Cour de l'UEE est un organe judiciaire permanent de l'organisation. Son Statut, annexé au traité sur l'UEE, précise que l'objet de ses activités consiste à garantir que les États membres et les institutions appliquent de manière uniforme le traité sur l'UEE, les traités internationaux conclus au sein de l'UEE et par celle-ci avec des tiers, ainsi que les décisions des institutions de l'UEE.

471. Le Statut de la Cour de l'UEE prévoit que celle-ci résout les différends relatifs à la mise en œuvre du traité sur l'UEE, des traités internationaux conclus au sein de l'UEE ou des décisions des institutions de l'UEE. Ce faisant, la Cour :

- a. est compétente pour tous les litiges entre les États membres de l'UEE et entre ces derniers et les institutions en matière de respect du droit de l'UEE ;
- b. est compétente pour connaître des plaintes portées par des entreprises commerciales (par exemple, des personnes morales ou physiques enregistrées en tant qu'entités économiques au titre des lois d'un État membre de l'UEE) au sujet de la conformité des décisions ou actes (omissions) de la Commission de l'UEE par rapport au traité sur l'UEE ou aux traités internationaux conclus au sein de l'UEE, pour autant que ces décisions ou actes (omissions) impactent les droits et les intérêts légitimes de l'entreprise commerciale en question ;
- c. peut rendre des avis consultatifs concernant l'interprétation et l'application du traité sur l'UEE et des décisions des institutions de l'UEE.

472. La Cour de l'UEE se compose de deux juges de chaque État membre élu pour un mandat de neuf ans.

b. Aperçu des dispositions légales et de la jurisprudence pertinentes

473. Le traité sur l'UEE ne contient aucune disposition expresse portant sur la protection des droits fondamentaux. Néanmoins, son préambule énonce que les États membres de l'UEE sont « guidés par le principe de l'égalité souveraine des États, la nécessité inconditionnelle de respecter la primauté des droits et des libertés constitutionnels d'un homme et ressortissant ». Dans son avis relatif à l'interprétation des dispositions consacrées aux pensions des employées des institutions de l'UEE⁴⁶¹, la Cour de l'UEE a fait référence à ces dispositions du préambule pour conclure que le niveau de protection des droits et des libertés offert par l'UEE ne pouvait être inférieur à celui garanti par ses États membres⁴⁶².

474. Au sujet de la jurisprudence, l'absence susmentionnée de dispositions relatives aux droits de l'homme dans le traité fondateur explique pourquoi la Cour de l'UEE, tout comme sa prédécesseure (la Cour de la Communauté économique eurasiatique), s'est rarement penchée sur des questions ayant trait aux droits de l'homme. Toutefois, la Cour de l'UEE a évoqué, ne serait-ce que de manière sporadique, la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme. À titre d'exemple, dans l'avis expliquant certaines dispositions adoptées par la Commission économique eurasiatique au sujet de l'évaluation des performances des employés⁴⁶³, la Cour de l'UEE a cité l'arrêt *Pellegrin c. France*⁴⁶⁴ rendu par la Cour européenne des droits de

⁴⁶¹ Avis CE-2-2/7-18-BK, 20 décembre 2018.

⁴⁶² *Ibid.*, paragraphe 3.1.

⁴⁶³ Avis CE-2-3/1-16-BK, 3 juin 2016.

⁴⁶⁴ *Pellegrin c. France*, n° 28541/95, 8 décembre 1999.

l'homme afin de faire valoir que les fonctionnaires ne relevaient pas du champ d'application de la réglementation en matière de droit du travail⁴⁶⁵. Au surplus, à plusieurs occasions, les juges de la Cour de l'UEE ont cité la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans des opinions dissidentes⁴⁶⁶.

475. Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme a cité l'UEE (plus précisément, l'organisation qui l'a précédée) dans une seule affaire : *Gyrlyan c. Russie*⁴⁶⁷ au sujet d'une plainte au titre de l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la CEDH. En l'espèce, le requérant faisait valoir que la décision des autorités nationales, dans une procédure administrative pour infraction, de lui confisquer 90 000 \$US en raison d'un défaut de déclaration d'une somme de 100 000 \$US aux services douaniers était excessive et disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi. Dans sa description du droit interne pertinent, la Cour européenne des droits de l'homme a pris acte du traité relatif à la procédure de transfert, par des individus, d'argent liquide ou d'instruments monétaires au-delà des frontières douanières de l'Union, approuvé par le Conseil interétatique de la Communauté économique eurasiatique le 5 juillet 2010.

c. Analyse des défis

476. Pour l'heure, l'interaction entre le système de la CEDH et l'UEE est limitée quant au contentieux et ne semble pas soulever de difficultés immédiates en matière de fragmentation des droits de l'homme.

477. Cependant, si la Cour de l'UEE continue à renvoyer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il est indispensable qu'elle renvoie à sa jurisprudence récente. Par exemple, eu égard à la référence susmentionnée à l'arrêt *Pellegrin*, il convient de noter que les conclusions de la Cour européenne des droits de l'homme en l'espèce concernant l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH ont été renversées dans l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*⁴⁶⁸.

d. Solutions possibles

478. Tout comme l'interaction entre la CEDH et l'ordre juridique de l'UE, l'interaction entre la CEDH et l'UEE pourrait tirer parti d'un dialogue judiciaire vif et constructif qui permettrait aux juges d'échanger des informations quant aux évolutions pertinentes des deux systèmes et permettrait de garantir que les deux systèmes disposent de références croisées appropriées.

479. En outre, les États membres du Conseil de l'Europe qui sont également membres de l'UEE pourraient, le cas échéant, porter la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme à l'attention des institutions de l'UEE et, ainsi, faciliter l'élaboration d'une jurisprudence harmonieuse dans les deux systèmes.

⁴⁶⁵ Avis CE-2-3/1-16-BK, 3 juin 2016, paragraphe 12.

⁴⁶⁶ À titre d'exemple, l'opinion dissidente du juge Zholymbet Baishev sur la décision de la Cour de la Communauté économique eurasiatique dans l'affaire n° 2-4/8-2014 du 27 février 2014 ; l'opinion dissidente du juge Denis G. Kolos concernant l'arrêt de la Cour de l'UEE dans l'affaire n° CE-1-1/1-16-BK du 25 février 2017 ; les opinions dissidentes de la juge Tatiana N. Neshataeva concernant la décision de la Cour de la Communauté économique eurasiatique dans l'affaire n° 1-6/1-2013 du 10 juillet 2013, sur la décision de la Cour de la Communauté économique eurasiatique dans l'affaire n° 2-4/10-2014 du 7 octobre 2014, concernant l'arrêt de la Cour de l'UEE dans l'affaire n° CE-2-1/3-17-BK du 17 janvier 2018.

⁴⁶⁷ *Gyrlyan c. Russie* [GC], n° 35943/15), 9 octobre 2018.

⁴⁶⁸ *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00), 19 avril 2007.

CONCLUSION

480. L'architecture européenne de protection des droits de l'homme a été décrite comme une « maison bondée »⁴⁶⁹. L'existence de mécanismes de protection parallèles sera normalement une source d'enrichissement et de renforcement de la protection universelle des droits de l'homme. Toutefois, lorsque l'interprétation des dispositions des différents instruments relatifs aux droits de l'homme est perçue comme étant peu claire ou incohérente, ces mécanismes risquent également de devenir une source d'incertitude pour les États parties quant à la meilleure façon de remplir leurs engagements en matière de droits de l'homme et pour les individus quant à la portée exacte de leurs droits. Cela peut à son tour constituer une menace à la fois pour la cohérence du droit des droits de l'homme et pour la crédibilité des institutions des droits de l'homme.

481. Comme la Cour EDH l'a elle-même constaté à maintes reprises, ainsi qu'il ressort de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, la CEDH ne peut être interprétée dans le vide et doit être interprétée autant que possible en harmonie avec les autres règles de droit international dont elle fait partie, y compris celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme⁴⁷⁰. La sécurité juridique en ce qui concerne, en particulier, les règles applicables en matière d'interprétation de la CEDH ainsi que les règles applicables dans les relations avec d'autres règles de droit international relatives à la responsabilité des États ou avec le droit international humanitaire revêt une grande importance pour les États parties, en particulier dans les situations de conflit armé.

482. Compte tenu des différences importantes entre le système régional et le système universel de protection des droits de l'homme, il est peu probable que l'on parvienne à une harmonie absolue dans le droit international des droits de l'homme. Afin d'éviter un risque de fragmentation de l'ordre juridique international, la Cour EDH, à l'instar de tous les autres systèmes constituant l'architecture européenne de protection des droits de l'homme, devrait toutefois s'efforcer de développer leurs pratiques respectives en pleine connaissance des autres systèmes. Il serait souhaitable que les organes internationaux et régionaux des droits de l'homme, qu'ils soient judiciaires ou de contrôle, procèdent, dans la mesure du possible, vers une harmonisation de leur pratique. A cette fin, le dialogue judiciaire est l'un des outils les plus puissants pour renforcer la cohérence de la jurisprudence et de la pratique de ces différents organes et devrait être davantage encouragé⁴⁷¹.

483. En ce qui concerne en particulier le risque que deux jurisprudences distinctes se développent dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et de la CEDH, créant un clivage en Europe, il est souhaitable que les négociations concernant l'adhésion de l'UE à la CEDH soient reprises et achevées prochainement.

⁴⁶⁹ [Traduction du Secrétariat]. Jörg Polakiewicz, *EU Law and the ECHR: Will EU Accession to the European Convention on Human Rights Square the Circle?* 26 septembre 2013. Disponible via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2331497> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2331497>.

⁴⁷⁰ Voir, entre autre, *Correia de Matos c. Portugal* [GC], n° 56402/12, § 134, 4 avril 2018.

⁴⁷¹ Voir à ce sujet les conclusions du rapport du CDDH sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme, document CDDH(2015)R84, Addendum I, §§ 193 et 202, 11 décembre 2015.

ANNEXE : LISTE DES ABBREVIATIONS

AREFII	Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite
CAI	conflit armé international
CANI	conflit armé non-international
CAT	Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants
CCPR	Comité des droits de l'homme (des Nations Unies)
CDDH	Comité directeur pour les droits de l'homme
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant
CdE	Conseil de l'Europe
CDI	Commission du droit international
CDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées
CED	Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées
CEDAW	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CERD	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale
CESCR	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CIJ	Cour internationale de Justice
CIMW	Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cour	Cour européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités

DDCA	droit des conflits armés
DH-SYSC	Comité d'experts sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme
DH-SYSC-II	Groupe de rédaction sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international
DIH	droit international humanitaire
NU	Nations Unies
OMC	Organisation mondiale du commerce
PDI	personnes déplacées à l'intérieur
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
RCSNU	Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies
« RMT »	« République moldave de Transnistrie »
« RTCN »	« République turque de Chypre du Nord »
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UE	Union européenne
UEE	l'Union économique eurasienne