



CDDH(2019)R91Addendum7
27/06/2019

COMITÉ DIRECTEUR POUR LES DROITS (CDDH)

Projets de chapitres du futur Rapport du CDDH sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international

adoptés provisoirement par le CDDH
lors de sa 91^e réunion (18–21 juin 2019)

Note préliminaire :

1. 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 *Rapport sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique européen et international*, et qui ont été préparés par le 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)¹ :

- Chapitre du Thème 1, sous-thème i) : Méthodologie d'interactions de l'approche des droits de l'homme et 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

¹ Voir CDDH(2019)R91, § ...

- Chapitre du Thème 1, sous-thème iv) : Interaction entre le droit international humanitaire et la Convention européenne des droits de l'homme
- 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.

2. Dans ces 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 provisoirement adoptés. Ces paragraphes sont les §§ 29 et 35 du Thème 1 sous-thème i), le § 13 du Thème 1 sous-thème iv) et les §§ 32 et 65 du Thème 2.

3. Concernant la compilation des divers chapitres en un texte unique et cohérent qui constitue le futur projet de Rapport à examiner par le DH-SYSC-II lors de la 7^e et dernière réunion en septembre 2019, le DH-SYSC-II a chargé le Secrétariat de rédiger une introduction contenant, entre autres, le mandat du Groupe, le contexte des travaux et la méthodologie. Le Secrétariat a également été chargé de rédiger un résumé ainsi qu'une introduction à chaque chapitre. En outre, les Rapporteurs ont été invités à transmettre au Secrétariat toute mise à jour, conformément à ce qui a été convenu lors de l'adoption provisoire, à l'occasion de ses décisions².

² Voir DH-SYSC-II(2019)R6, § 10.

Chapitre du Thème 1, sous-thème i) :

Méthodologie d'interprétation des droits de l'homme et son approche du droit international

INTRODUCTION

1. 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 (CVDT).

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

3. **L'interprétation** est une activité consistant à donner un sens à un mot, à un groupe de mots ou de phrases dans un traité.

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

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

6. **L'interprétation** est une interprétation effectuée par une entité habituellement désignée par les termes notoires de la Cour permanente de justice internationale¹, «suivant une doctrine constante, le droit international public 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).

7. **L'interprétation** est une interprétation effectuée par les juridictions internationales octroyant un sens, dans le contexte d'un traité.

I. LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS

1. La Convention de Vienne sur le droit des traités

8. 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 le 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;

¹ La Cour permanente de justice internationale a été remplacée ultérieurement par la Cour internationale de Justice.

(b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties et accepté par les autres parties en tant qu'instrument du traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

(a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au traité ou de l'application de ses dispositions;

(b) de toute pratique ultérieurement suivie entre les parties, est établi l'accord des parties à l'égard de

(c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier si cela est l'intention des parties.

Article 32 Moyens complémentaires d'interprétation

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

(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, 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

2. Une version du traité dans une langue authentifiée ne sera considérée comme texte authentique que si le traité le prévoit ou si les parties en sont convenues.

3. Les termes des divers textes authentiques doivent avoir le même sens.

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 de l'article 32 ne permet pas d'éliminer, le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité,

9. En d'autres termes, l'approche entreprise par l'interprète est de forcer d'interpréter les « 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 ont également foi.

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

10. Tout d'abord, il devrait être souligné que l'article 33 s'applique uniquement aux traités conclus entre États (bilatéraux; ou multilatéraux).

11. Deuxièmement, comme le stipule l'article 4 de la CVDT, l'application de toutes règles énoncées dans la

seraient soumis en vertu du droit international indépendamment de ladite Convention, celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par l'égard de ces États. »

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

13. 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'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.

14. En même temps, la CVDT ne fournit aucune orientation quant à la manière dont ces règles d'interprétation (recours au texte, contexte, travaux préparatoires, etc.) sont appliquées afin d'obtenir réparation ou satisfaction, dans quel ordre - tel qu'indiqué dans la CVDT ou à la discrétion des tribunaux - et dans une mesure 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.

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

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

15. Conformément aux dispositions de l'article 3 de la Convention, le champ d'application de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation 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 spécifie pas 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 à la CVDT en tant que droit international coutumier.

16. Il convient de garder à l'esprit qu'une caractéristique 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.

17. La Cour EDH s'appuie explicitement sur les règles de la CVDT pour interpréter les droits substantiels de la CEDH.

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 Cour².
- 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 récemment³.

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

« 29. Cette convention [la CVDT] n'est pas en vertu de l'article 4, qu'elle ne rétroagira pas, mais se réfère à des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru. A ce titre, ils entrent en ligne de compte avec la Convention européenne sous réserve, le cas échéant, de « toute règle pertinente de l'organisation à laquelle elle a été adoptée, le Conseil de l'Europe (article 5 de la Convention de Vienne) ».

2. Règles d'interprétation de la CVDT dans

(a) L'objet et le but de la Convention (Article 1)

19. En définissant les objectifs de son approche interprétative, la Cour a constamment appuyé sur le but et le caractère spécifiques de la Convention en tant que traité relatif aux droits de l'homme et sur son

20. Dans l'arrêt *Golder*, la Cour a précisé que le préambule de la Convention de Vienne, le préambule d'un traité international, offre d'ordinaire une « clé » de l'interprétation de l'instrument.

21. 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 et d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle est, aux termes de son préambule, bénéficiant d'un

22. Dans l'arrêt *Saïngaita* la Cour s'est tournée vers le but 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 le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui soit effective. »

² G. Letsas, *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for International Law*, 2010 vol. 21 No. 3, 509–541.

³ Voir, par exemple, Magdalena Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, 2010, p. 25.

23. Dans un autre arrêt l'al 'Ce surpris' e g é n é a r p a p u y d é e l s a u en affirmant que « toute interprétation des droits et libertés garantis doivent être en accord avec « l'esprit général de la Convention, un instrument qui reflète les idéaux et valeurs d' (arrêts *Kjelson, Bak & Madse* et *o c r a t i o Pedersen* du 7 décembre 1976).

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

24. La pratique ultérieure des États parties à la CEDH joue un rôle très important dans l'appréhension effective que l'entreprind la Cour à l'égard de la pratique ultérieurement suivie de deux façons :

- 1) en tant que confirmation de l'existence d'un CEDH au sujet de certaines dispositions de la CEDH, et ;
- 2) comme l'un des éléments « consensus européen » qui existent selon la Cour, émergé au cours de la mise en

25. 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 un assentiment quasi universel entre les Parties de la Convention ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu ».

26. La série d'affaires *Saering* 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 nationale, sous la forme d'une abolition générale dernière pouvait être considérée comme établie d'abroger l'exception prévue à l'article 2 § 1 (a) (*Saering*, par. 103).

27. Dans son arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (2010) la Cour a conclu que le nombre d'États interdisant la pratique constante des États qui ne observent le moratoire sur la peine capitale, telle la Convention interdit aujourd'hui » (par. 120).

28. 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 Contractants sur la manière d'interpréter un l'article 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 ».

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 parfois en compte la pratique contraire ajoutée un no des références si ce paragraphe doit être conservé⁴

⁴ 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.

30. Dans son arrêt récent *Hassan c. Royaume-Uni*, la Cour a de nouveau confirmé cette approche⁵ en affirmant que :

« 101. Il n'y a eu entre les Hautes Parties contractantes l'interprétation à donner à l'article 31 de la Convention (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. »

31. L'approche de la Cour peut être comparée aux pratiques de la Commission internationale de droit international (CIDI) et d'autres cours et tribunaux internationaux.

32. Comme la CIDI l'explique sur la *meson siginella de nara*, la pratique ultérieure requiert que l'ensemble des parties au traité ou certaines d'entre elles, accepte cette⁶ interprétation.

33. 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 NU par acquiescement, présument l'absence d'objection.

34. L'Organe d'appel de l'OMCCE *Morceaux de poulet* dans le *cas de l'OMC* « 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 "concordante" », exigeant une participation active dans la pratique ultérieure accompagnée du consentement tacite de la partie restante d'adhésion.

35. En parallèle, l'Organe d'appel de l'OMC ne d'interprétation, comme une pratique suffisante des parties à l'OMC existe une pratique contraire des membres de l'OMC à l'OMC (CE/Informatic 93).⁷ WT / DS62 / AB / R,

36. Les règles de la CVDT sont désormais principalement invoquées par la Cour (CEDH) dans des affaires dans lesquelles cette dernière se réfère à d'articles de droit international, ou aux principes généraux de la CVDT et en cherchant à trouver un appui jurisprudence antérieure. À titre d'exemple, dans *Scoppola c. Italie* (n° 2) (2009), la Cour était prête à s'éloigner des *missions* (application rétroactive d'une loi prévoyant une peine plus sévère) pendant ce temps, il y a eu des développements importants au niveau international », se référant par la suite aux dispositions correspondantes de la Convention de la condamnation à la peine de mort.

⁵ DH-SYSC-II: Cette formulation doit être vérifiée en fonction de la formulation du paragraphe 29.

⁶ 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.

⁷ 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 commune des parties au traité. Peut d'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 »).

Charte des droits fondamentaux de l'UE et de la Cour pénale internationale et de la jurisprudence du TPIY.

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

37. En ce qui concerne l'utilisation pratique du droit international aux fins d'interprétation, 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 ».

38. 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 au droit international public », comme élément attestant de l'implication de l'interdiction de la torture. Ainsi, la Cour a appliqué les droits de l'homme et à l'article 7 du Pacte international des droits politiques ainsi qu'à la jurisprudence d'autres

39. À une autre occasion, la Cour a jugé que l'article 31 § 3 (c) 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 l'impact des conflits armés » (*Varnava et autres c. Turquie*, 2009).

40. 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) (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 de la liberté universelle ».

41. Dans son arrêt *Sabeh El Rieid 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 qui implique également tenir compte des principes pertinents du droit international ».

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

Références à la jurisprudence de la CIJ

43. Dans son arrêt *Hassan*, la Cour EDH a déclaré qu'elle doit appliquer la CEDH d'une manière compatible avec la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Dans cette affaire, la Cour s'est référée à la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire relative aux activités armées sur

ainsi qu'à l'Avis CloensuCd rasi é q u ednec elsal ij Qlir di adti iqare s d 'mur dans le territoire palestinien occupé.

44. Toutefois, *Loizidou* (exceptions préliminaires), la Cour a noté que:

« 84. [...] Le contexte dans lequel fonctionne 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 L'objet du l'inter 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 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 ».

45. Dans l'*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 de l'application des mesures provisoires *LaGrado*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies *Contre la Torture* et la Cour interaméricaine des droits de

(d) Travaux préparatoires (article 32 de la CVDT)

46. La Cour a, à de nombreuses occasions, invoqué les travaux préparatoires de la CEDH mais elle n'a ce pendant fait au motif que « le sens du traité demeure ambigu ou conduit à un résultat absurde » comme l'évoque l'article

47. Dans son arrêt *Johnston et autres c. Irlande* (1986), la Cour a invoqué les intentions des rédacteurs de la CEDH (en se référant au Recours a recouru à une lecture restreinte de l'article

« 52. [...] Les travaux préparatoires de l'article 12 (art. 12) une garantie quelconque le divorce ».

48. La décision de la *Beovrovidanes et l'affaire c. Belgique* représente l'un des exemples frappants d'un « internationaliste » dans la jurisprudence de la Cour EDH. 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 n'interprète pas la disposition en cause « travaux préparatoires jugés par 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 Vienne de 1969) ».

49. Dans son arrêt *Sejdin et al. v. Herzégovine* (2015), la Cour s'est référée aux travaux préparatoires 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 ».

50. Dans la même affaire *Mirziyajeva* (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 de la Convention. En cause, il ressort du rapport explicatif relatif au Protocole n° 4, rédigé en 1963, que pour le comité d'experts, l'article 4 devait s'appliquer aux personnes collectives d'étrangers du genre de celles qui ont été créées récemment ».

51. 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 cet article par 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 ».

52. Cependant, à de nombreuses occasions, la Cour s'appuie exclusivement sur les intentions des auteurs de certains termes. Comme évoqué par la Cour dans son arrêt *Loizidou* (1995) « ces dispositions ne sauraient s'interpréter uniquement en fonction de leurs auteurs telles qu'elles furent » (voir aussi *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires)).

53. Dans la récente affaire *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, les travaux préparatoires ont fait l'objet de discussions approfondies qui pourraient être interprétés comme englobant un droit de recours devant 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.⁸

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

54. 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.

55. 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 de la CVDT, la Cour a constaté que :

⁸ 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

« Placée ainsi devant des textes d'un même t... mais ne concordant pas entièrement... Cour... les concilie dans la mesure du possible et soit la plus propre à atteindre le but et réaliser l'objet de ce traité »

56. Dans son arrêt *James et autres c. Royaume-Uni*, face à la nécessité de concilier le sens de l'expression « *le public interest* » et française « pour cause d'utilité publique », la Cour s'est également référée à l'article 1^{er} du Protocole additionnel à l'article

57. La Cour a explicitement invoqué l'article 33 de la CIJ ainsi que l'histoire de la *Stollr* rédaction (2007) lorsqu'elle a examiné les différences de la... en français et en anglais.

« 59. La Cour n'adhère pourtant pas à cette interprétation trop restrictive. Confrontée à deux textes authentiques et qui font également foi mais qui ne sont pas en totale harmonie, elle estime opportun de... de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dont le paragraphe 4 reflète le droit international coutumier... authentifiés en deux ou plusieurs langues (voir *LaGrand, Cour internationale de Justice*, 27 juin 2001, Recueil 2001, § 101)⁹.

60. Selon le paragraphe 3 de l'article 33, « 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... sens qui, compte tenu de l'objet et du but du... des textes.

61. La Cour admet qu'il convient d'interpréter... une ingérence dans les droits découlant de la Convention. Néanmoins, à la lumière du paragraphe 3 de l'article 33 de la Convention... l'absence d'indication contraire dans les traités... lieu d'adopter une interprétation de la... d'informations confidentielles » englobant l'... aussi bien par une personne soumise à un devoir de confidentialité que par une tierce personne, et notamment, comme en l'espe...

3. Autres méthodes d'interprétation développées

58. Depuis les années 70, la Cour a progressivement développé ses propres doctrines d'interprétation, qui ne sont pas explicitement... règles d'interprétation de la CVDT. La doctrine... la Cour dans son arrêt *Engel* de 1976, et le « *instrument vivant* » est apparu dans l'arrêt *Tyre* de 1978.

59. Cependant, la Cour n'est pas la seule à... d'interprétation novatrices. Les deux méthodes...

⁹ Dans son arrêt *LaGrand*, la CIJ a reconnu que l'article 31(4) du droit international coutumier quant à l'interprétation des traités authentifiés...

dans la jurisprudence d'autres cours¹⁰. À l'interprétation dite évolutive ou dynamique à la Cour interaméricaine¹¹. De même, la doctrine des concepts autonomes est couramment appliquée par la CJUE¹² ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme.¹³

60. L'idée principale de coopération est bien Scoppola (2):

« Il est important que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties théoriques et illusoire. Si la Cour n'adopte une attitude évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration ».¹⁴

61. Lorsqu'elle applique la méthode évolutive, la

« [...] la Convention est un instrument vivant à la lumière de la vie actuelles, auxquelles il y a lieu d'intégrer l'évolution de la façon à refléter le niveau d'exigence croissant de l'homme, lequel implique une plus grande fermeté aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. »¹⁵

62. Bien que l'interprétation dynamique ne soit pas la CVDT, on pourrait faire valoir que l'objet et le contenu de l'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 adopté implicitement sur des règles générales d'interprétation de la CVDT avec la logique de ces règles.¹⁶ L'approche évolutive permet à la Cour de prendre en compte l'évolution des conditions dans l'État de droit 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 répondre dans le même sens. Il est à noter que dans sa jurisprudence, la Cour a expressément cherché à les déduire ni à invoquer la méthode d'interprétation de la CVDT. Cependant, le langage de la Cour a opéré tacitement avec les règles générales d'interprétation telles qu'elles sont consacrées dans la CVDT.

¹⁰ Même si la CIJ n'applique pas des traités relatifs aux droits de l'homme, elle a interprété les articles 1 et 2 de la Déclaration américaine des droits de l'homme, *Costa Rica c. Nicaragua et Nicaragua c. Costa Rica*, arrêt du 16 décembre 2015.

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ Voir *Massacre de Mapiripán c. Colombie*, 2005c, § 187 ou *Communauté Awas Tingni de Mayagna (Sumo) c. Nicaragua*, 2001, § 146.

¹⁴ *Scoppola c. Italie* (n° 2), n° 10249/03, arrêt [GC] du 17 septembre 2009, § 104.

¹⁵ Voir, entre autres autorités, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, arrêt [GC] du 12 novembre 2008, § 146; *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, arrêt [GC] du 12 mai 2005, § 163 et *Selmouni c. France*, n° 25803/94, arrêt [GC] du 28 juillet 1999, § 101.

¹⁶ Voir opinion concordante du juge Sicilianos, à laquelle s'est rallié le juge Raimondi, dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, n° 18030/11, arrêt [CG] du 8 novembre 2016.

63. 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*¹⁷, la Cour a établi les limites de son interprétation évolutive comme suit:

« Il est vrai que la Convention et ses Protocoles ont été adoptés dans des conditions d'aujourd'hui [...] , mais la Cour n'interprète pas le droit de manière évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré ».

Déterminer où l'équilibre doit être trouvé est l'interprétation évolutive semble aboutir à la *Demir et Baykara et Magyar*).

64. Il peut donc potentiellement y avoir des frictions entre l'interprétation évolutive de la Cour si cette dernière va au-delà de ce qui est stipulé à 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 *Adhio et Baykara*¹⁸, elle a observé que « dans la recherche de dénominateurs communs parmi les normes de droit international, elle n'a jamais vérifié qu'elles avaient ou non été signées et ratifiées ». En ratifiant d'autres termes, suffisant que des 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.

CONCLUSION : DÉFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES

1. 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.

2. Les droits et libertés garantis par la CEDH sont formulés d'une manière qui a donc, dans certaines situations, besoin d'adaptation. Les articles 31 à 33 de la CVDT.

3. La Cour n'a pas établi de hiérarchie entre les règles de droit international 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.

4. L'exigence de l'article 31 (3) (c) de la CVDT de prise en compte d'autres règles de 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

¹⁷ *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, arrêt en séance plénière du 18 décembre 1986, § 53.

¹⁸ *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, arrêt [GC] du 12 novembre 2008, §§ 78, 85 et 86; voir pour plusieurs exemples d'affaires précédentes dans lesquelles la Cour avait adopté cette position les §§ 78-83 de l'arrêt.

suiuants, il est essentiel pour les États parties que la jurisprudence de la Cour soit claire et cohérente dans le traitement de ces questions.

5. 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 à la nature consensuelle de leurs obligations en vertu du droit international.

6. 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. 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.

* * *

Chapitre du Thème 1, sous-thème iii) :

Interaction entre les résolutions du Conseil de Sécurité et la Convention européenne des droits de

INTRODUCTION – LA CHARTE DES NATIONS UNIES

1. 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 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'Europe et de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)².

2. Le système de la Charte prévoit une structure sophistiquée d'organes assurant 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, en cas de conflit entre les obligations découlant pour les États membres de la Charte et les obligations issues d'autres accords internationaux, les obligations provenant de la Charte prévalent.

¹ 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.

² 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 les droits de l'homme dont ils se réclament

3. 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 103.³ 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.

I. LE CONSEIL DE SECURITE

4. 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."

5. 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).

6. 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 non militaires, telles que des sanctions économiques⁴, et (b) recourt à la force militaire, bien que, 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'ingéniosité considérable dans l'utilisation de ses pouvoirs au titre du Chapitre VII, y compris en servant d'une manière qui n'est 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

³ 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.

⁴ 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 économiques et des moyens de communication ferroviaires, maritimes, aériens, postaux, télégraphiques, radio et autres, ainsi que la rupture des relations diplomatiques.»

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'élément central du système international de maintien de la paix et une source unique de légitimité⁵.

(a) Le Conseil de sécurité et les mesures n'impliquant pas le recours à la force, telles que des sanctions économiques

7. 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 corpus 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'il existe 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.⁶

8. 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 avec un pays ou une région cible, en raison des conséquences imprévues qu'elles peuvent avoir sur la population d'États amis 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'objectif 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.

⁵ Le développement et l'utilisation des pouvoirs par le Conseil 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., *Openheim's International Law United Nations* (Vol I and II) (2017); I. Johnstone "The Security Council 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 intéressés aux limitations juridiques des pouvoirs du Conseil et la manière adéquate : cf. D. A Klarmann *International Court of Justice and the Security Council: Is there room for Judicial Control of Decisions of Political Organizations?* 43 *M. Bejaoui The New World Order and the Security Council: testing the legality of its acts* (1994); B Fassbender "Quis Servavit? The Security Council, Its Powers and Its Obligations" 20 *J. of Energy & Development* 11 (2004); J. E. S. "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 Tzanakopoulos *Disobeying the Security Council* (2011); E de Wet *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (2004).

⁶ 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-Qaïda et les Talibans.

(b) Le Conseil de sécurité et le recours à la force armée

9. 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.

10. 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 de recourir 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 utiliser 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.

II. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES RÉSOLUTIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ

(a) Utilisation de mesures n'impliquant pas le recours à la force, telles que des sanctions économiques

11. L'affaire *Bosphorus*⁷ 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 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 :

⁷ *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 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.

« 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. »

12. 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 1267 (1999) du Conseil de sécurité des Nations Unies 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 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.

13. 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 en 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 la 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'assister à un 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'il prévoit.

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'État défendeur ne pouvait pas valablement se contenter d'avoir 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'adopter un régime des sanctions à la situation individuelle du requérant. »

La difficulté soulignée par certains des juges dans l'une de ses 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.⁸

14. La Cour a ensuite examiné l'existence de recours internes 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'impliquent pas [qu'] un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard 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'ordre des ~~Taliban~~ avec la Convention par les instances suisses. Elle estime de surcroît qu'il a été tenu compte dans les résolutions du Conseil de sécurité n'empêchant 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'ordre des ~~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 *Almeida 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'inclusion du nom du requérant sur la liste annexée à l'ordre des ~~Taliban~~ 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'intérêts.

15. 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

⁸ Voir l'opinion concordante des juges Bratza, Nicolaou et Yudkivska dans l'affaire *Nada c. Suisse*.

⁹ Voir l'opinion concordante du juge Malinverni dans l'affaire *Nada c. Suisse*.

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.

16. 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.¹⁰ Le point de départ du raisonnement de la Cour était de revenir à la présomption selon laquelle le Conseil de sécurité n'a pas tenté d'atteindre intentionnellement aux droits de l'homme énoncée dans *Al-Jedda* :

« 140. Par conséquent, il faut présumer que le Conseil de sécurité n'est pas en mesure d'imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme (Al-Jedda, précité, § 102). En cas de conflit d'obligations, la Cour doit dès lors retenir l'obligation qui est la mieux alignée avec les exigences de la Convention et qui permet d'éviter tout conflit d'obligations. La Cour a jugé que le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les États prennent des mesures particulières susceptibles d'être en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme (ibidem). En conséquence, la 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 l'absence de telles indications, dans un esprit d'harmonisation, elle conclura en principe à l'absence de conflit d'obligations susceptible d'être enfreinte en vertu 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 13 de la Convention ; 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'interdisent explicitement aux tribunaux suisses de vérifier, sous le 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

¹⁰ 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, la juge Lorenzen, à laquelle se sont ralliés les juges Raic et Pejlic, ont déclaré que la Chambre n'avait 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.

aucun autre élément juridique susceptible de légitimer une interprétation aussi restrictive et, partant, de démontrer l'existence d'une interdiction. »

17. La Cour 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 de 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'atteinte aux droits de ces personnes garantis par la Convention, la résolution recommandée 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'évaluer l'impact du contrôle à l'arbitraire en tenant 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 alléguée et défendable formulée par des personnes inscrites sur les listes litigieuses et selon laquelle cette inscription est entachée d'arbitraire. À cet égard, l'importance de ces 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 – physique ou morale – sur une liste de sanctions sans s'être préalablement assuré – ou avoir pu s'assurer – de la pertinence d'arbitraire dans cette inscription, engagerait sa responsabilité sur le terrain de l'arbitraire 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. »

(b) Le recours à la force armée

18. 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 du Conseil de sécurité concernées.

19. 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 2000-2002.¹¹ Pour rappel, la KFOR était une opération de l'OTAN mandatée par la résolution 1244(1999) de l'ONU dans la présence de forces de sécurité pour la Mission d'administration des Nations Unies au Kosovo (MINUK). Lors qu'elle a été créée sur l'administration de la région, 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'en l'absence de compétence *rationae personae* concernant les actes des Etats défendeurs l'ONU agit en son 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 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

¹¹ 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.

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 équivaudrait 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 défendeurs, 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. »

20. 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, qui est jugée différente de celle au Kosovo, la Grande Chambre a rejeté cette affirmation et conclu que l'intéressé était imputable au Royaume-Uni.

21. La Grande Chambre a ensuite rejeté l'argument du 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 qui est énoncé en 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 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'en peut 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 élibellée dans une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'intention qui régit le mieux avec les exigences de la Convention et qui permette d'éviter tout conflit d'obligations. »

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 de ne pas entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme. *(Emphase ajoutée)* »

22. 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'intervenir. 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'impliquent expressément ou implicitement au Royaume-Uni d'intervenir sans limitation de durée ni inculpation, un individu qui, selon les autorités, constituait un risque pour la sécurité en Irak. En l'absence de note contraignante de recourir à l'intervention, 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 51 de la Convention.

110. Dans ces conditions, les dispositions de l'article 51 de la Convention écartées et aucun des motifs de détention énoncés aux alinéas a) à f) ne trouvant à s'appuyer, la Cour conclut que la détention du requérant a emporté violation de l'article 51. *(Emphase ajoutée)*

III. DEFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES

23. L'ensemble des décisions de la Cour rappelée ci-dessus démontre que l'intervention de la Convention et les décisions contraignantes du Conseil de sécurité de l'ONU soulèvent des questions complexes au sujet desquelles la jurisprudence de la Cour EDH est encore récente.

24. Dans certaines affaires, notamment, par exemple, dans l'affaire *Behrami* citée 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 de obligations découlant des résolutions du Conseil de sécurité des NU est au cœur du problème et risque de conduire à un conflit d'obligations.

25. 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'ordre 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.

26. Il est de notoriété publique que la solution donnée par la Charte de l'ONU 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. C'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 103.¹²

27. Plutôt que de 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.¹³ Cependant, la Grande Chambre dans l'affaire *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).

28. Les mêmes considérations d'efficacité sont également pertinentes lors d'examen de l'article 103 de la Charte 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'acte au titre de l'article 48 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'acquiescer de sa responsabilité au titre de la Charte.¹⁴ Bien entendu, accorder la

¹² Voir l'affaire *Lockertie*, Ordonnance sur les mesures conservatoires (1992) CIJ, Rep 4 à la p 15:

« ...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; »

¹³ 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.

¹⁴ Voir par exemple *Frowein et Krisch* *Al-Jedda à la Cour des lords*, d. Bingham

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.

29. 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*¹⁵, qui visait à se concentrer sur les mesures prises par l'UE pour mettre en œuvre les sanctions pertinentes des Nations Unies, dûment citées par la Cour de Strasbourg. La difficulté que cette approche peut entraîner pour les États est qu'au lieu de ce qui concerne les sanctions, les obligations de geler des avoirs ou d'interdire les déplacements 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.

30. 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, l'absence 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.

31. 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'exécution appropriés soient mis en place pour l'inscription et la radiation.¹⁶ 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

¹⁵ 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 droit communautaire se limite à mettre en œuvre les décisions du Conseil de sécurité des Nations Unies et ne prive pas le juge communautaire de sa compétence pour contrôler la validité de ce règlement à la lumière des 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.

¹⁶ La Cour européenne des droits de l'Homme a souligné que, en particulier, la procédure est équilibrée et que les personnes demandant la radiation ont subi des critiques suffisamment nombreuses, sérieuses et répétées pour considérer que ces procédures ne peuvent remplacer un véritable examen judiciaire adéquat. (*Dulimi*, Jugement de la Grande Chambre, § 153).

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.

* * *

Chapitre du Thème 1, sous-thème iv) :

Interaction entre le droit international humanitaire et

la Convention européenne des droits de l'homme

INTRODUCTION

1. 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.

2. Le droit international humanitaire est l'ensemble conventionnel spécifiquement dans les conflits armés.¹ 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.

3. 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 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 inclut également 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).

4. Les Conventions de Genève et leurs Protocoles 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 corpus du DIH pouvant s'appliquer dans une situation donnée et le droit international coutumier est également une source considérable du droit applicable aux CAI. 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.

5. 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 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

¹ 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.

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 CAI. Ces dernières années le développement et l'application du droit international coutumier aux situations de CANI ont connu un important développement.

6. 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 CANI, des standards développés dans le cadre du CAI.

7. Comme indiqué précédemment, le DIH s'est développé comme un corpus de normes juridiques applicables au contexte très particulier 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.

8. 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 corps 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 conflit armé. L'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut y avoir certaines des obligations qu'impose cet instrument, 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 situation, à déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. L'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé ne constitue pas une violation de l'article 4 du pacte, à moins qu'il ne soit contraire à la menace ou de l'emploi d'armes conventionnelles. » (C.I.J. éaires paragraphes 25).

9. Dans la même veine, dans son Avis sur le territoire ul t a t i e n occupé, la CIJ a déclaré :

« la protection offerte par les conventions régissant les conflits armés ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est pas celle figurant à l'article 4 du pacte. Dans les rapports entre droit international public et droit international humanitaire, les situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement du droit international public. » (C.I.J. éaires paragraphes 132-133).

exclusivement des droits de l'homme enfin peuvent relever à des droits ; de l'homme enfin peuvent relever à du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'es p è c e re à e n c o n s i d é r a t i o n les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits spécialisés, le droit de l'homme et le droit international humanitaire. » (C.I.J. Recueil 2004, p.178, paragraphe 106).

10. 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 corps de droit provenant de l'Avis consultatif sur le mur, mais le 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.

11. 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.

I . A P P R O C H E D E L A C O U R E U R O P É E N N E D E S D R O I T S C O N C E R N A N T D E S S I T U A T I O N S D E C O N F L I T A R M É

12. 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. Les dernières années que la Cour a traitées ont vu un certain nombre d'étapes de cette évolution ont été identifiées.

² Voir, par exemple, L.A. Sicilianos, L'articulation entre droit international humanitaire et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue européenne de droit de l'homme*, 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.

(a) Affaires concernant des activités militaires sans référence au DIH

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.³ Par exemple, dans l'affaire *Isayeva c. Russie* (concernant les décès et blessures des PDI causés par la réponse militaire à la violence séparatiste tchétchène 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.⁴

(b) Affaires contenant une référence secondaire au DIH

14. 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 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 » (§ 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 implique que leurs corps soient correctement inhumés et que les autorités collectent et communiquent des informations s' y autorisent des organes tels que le CICR à le faire.

186. En l'espèce, le gouvernement défendeur renseignement concret indiquant que l'un que trouvé mort ou ait été tué dans la zone de conflit sous son contrôle. Cela étant, il n'existe pas d'autres 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 inter étatique, lesquels n' considère que les disparitions litigieuses sont survenues dans des circonstances mettant la vie des intéressés en danger, la conduite des opérations accompagnée d'arrestations et d'homicides en donc à l'Etat défendeur une obligation con disparues et de rendre des comptes à quel les mesures de réparation pourraient alors effectivement être adoptées. »

³ 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.

⁴ Voir *Isaieva c. Russie* n° 57947/00 §§ 180 et 184, 24 février 2005; *Isaieva et autres c. Russie*, n° 57947/00 et deux autres, § 157 et § 181 ; 24 février 2005.

(c) Affaires qui examinent le DIH mais l'excluent

15. 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'absence de danger pour la population des 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 la population des dangers des mines antipersonnel et de l'activité militaire en vertu de l'article 2 de la Convention.

231. Le Gouvernement n'a pas développé d'argumentation 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 civils à leur domicile ou à leurs biens. L'article 49 de la quatrième Convention (ci-dessus) interdit les transferts forcés, en masse ou individuels, et les déportations à l'intérieur d'un territoire occupé ou depuis un territoire occupé à un autre territoire occupé que si la sécurité de la population militaire 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 du défendeur.

232. L'élément pertinent en l'espèce est plus précisément de savoir si le requérant peut regagner volontairement et dans la sécurité leur foyer ou leur lieu de résidence habituel dès que les causes de leur déplacement ont cessé. Cette question est considérée comme une règle de droit international humanitaire coutumier – paragraphe 95 ci-dessus). Cela étant, le point de savoir si les causes du déplacement du requérant ont cessé est une question de fait qui est en 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 l'accès à son domicile.

16. La Cour a ensuite conclu que, alors que le domicile du requérant se trouvait dans une zone d'activité militaire, le Gouvernement a refusé de prendre des mesures pour mettre en place des mesures alternatives afin de rétablir ses droits de propriété ou afin de lui fournir une compensation pour sa perte.

(d) Affaires dans lesquelles le DIH a été directement appliqué par la Cour

17. 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.

18. 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.

19. 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.

20. 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 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 pouvoirs de détention interprétés 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 c
- (c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

21. 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 jugé que l'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 précédents, la Cour juge bien fondée la thèse du Gouvernement selon laquelle l'absence de l'article 15 ne l'empêche pas de tenir compte du droit international humanitaire pour interpréter l'article 5. »

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 sont interprétées à l'aune des règles du droit international. 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, si possible, s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre, et la prise de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève. La Cour est consciente que ce cadre ne cadre pas avec le régime des privations de liberté de la Convention, sauf si le pouvoir de dérogation est exercé conformément à l'article 5 (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 le pouvoir de dérogation peut être interprété comme permettant l'exercice de pouvoirs aussi étendus.

105. À l'instar des motifs de détention autorisés, 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 de violation de l'article 5 § 1. Cela signifie qu'elle doit être régulière et, surtout, au but fondamental de l'interdiction de l'arbitraire (voir, par exemple, *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, le droit international humanitaire doit être interprété d'une manière qui tient compte des garanties procédurales du droit international humanitaire applicables. Les articles 43 et 78 de la quatrième Convention de Genève disposent que les internements « seront l'objet d'un contrôle périodique, si possible semestriel », et que « si possible, le contrôle peut ne pas être réalisable, au cours d'un conflit armé international ». La régularité d'un tel contrôle est généralement requise par l'article 5 § 4 (voir, sur le terme « contrôle », *c. Autriche*, no 67175/01, § 31, CEDH 2005-XII), il faut néanmoins, en matière de conflit armé international, que le contractant puisse être réputé avoir satisfait à l'article 5 § 4 dans ce contexte. De plus, la première révision doit être suivie ultérieurement de révisions fréquentes et ne relève pas de sa catégorie d'internement pour lequel le droit international humanitaire soit libéré sans retard injustifié.

22. 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

⁵ Voir également l'opinion partielle dans laquelle se rallient les juges N. Cabau du juge Bianku et Kalaydjieva, s'écartant de l'approche adoptée par la Cour. Cette approche juridique apparemment contradictoire est en fait 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.

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*.⁶

II. DEFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES

23. 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.

24. Toute conciliation doit tenir compte de ces 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, sur la base d'informations limitées, occasionnellement par les soldats eux-mêmes, dans le contexte de violences en cours, qu'elles soient ou non, 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.

25. L'*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.

26. L'adoption d'une solution similaire en ce qui concerne les CANI peut être envisageable mais elle soulève des questions complexes. Une première difficulté provient des circonstances très différentes dans lesquelles des CANI peuvent survenir. Il peut y avoir des questions préliminaires sur l'existence de CANI, par exemple, les États peuvent être réticents à caractériser une situation sur leur propre territoire comme un CANI. 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 CANI, 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) dans un cadre clair pour éviter l'« accommodation ». Toute « harmonieuse » des obligations relevant du DIH et des droits de l'homme supposerait l'existence de ce socle minimal de droits.

27. 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 15.⁷

⁶ Voir les arrêts dans les affaires *Vasiliauskas c. Lituanie* [GC], no. 35343/05, CEDH 2015; *Maktouf et Da m j a n o v i ć -Herzégovine* [GC], nos. 2312/08 et 34179/08, §§ 55 et 74, CEDH 2013; *Kononov c. Lettonie* [GC], no. 36376/04, §§ 200 ss., CEDH 2010; et *Korbely c. Hongrie* [GC], no. 9174/02, §§ 86 ss., CEDH 2008.

28. Cependant, comme dans *Hassan*, les États n'ont pas dérogé dans le cadre des CAI 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.⁸ 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.

29. 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 de celle-ci, par exemple, ne s'applique pas 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 quel point elles s'appliqueraient. Ce l'elles

30. 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.

* * *

⁷ 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 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).

⁸ Dans la pratique, les États ne semblent pas déroger dans des situations de CANI extraterritoriales.

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

Introduction

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

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

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

B. Coexistence de différents mécanismes internationaux pour la protection des droits de l'homme : approches divergentes en matière de questions procédurales

- (i) Recevabilité
- (ii) Mesures provisoires

II. Défis et solutions possibles

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

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

B. Moyens possibles de contenir la divergence

INTRODUCTION

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

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

3. En octobre 1967 déjà, le Comité des Ministres des droits de l'homme de faire rapport sur les trois traités², identifiés comme « *le double risque que les procédures internationales de garantie des droits de l'homme fonctionnent de manière divergente; et que des conflits peuvent surgir en raison des différentes définitions données dans les divers instruments juridiques établis pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». ³ L'inquiétude semblait justifiée, étant donné qu'au moment de leur entrée en vigueur (1976), cinq des dix-huit États membres du Conseil de l'Europe étaient également parties aux pactes, tandis que huit autres les avaient signés et envisageaient de les ratifier.

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

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

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

4. Aujourd'hui, les quarante-sept États membres du CdE sont tous simultanément liés par la CEDH et les pactes. En outre, depuis 1966, plusieurs autres instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme ont été adoptés: la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (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 facultatifs⁴, 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)⁵, et la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (CED, 2006).

5. Le respect de ces traités par les États parties est contrôlé par des organes spéciaux, composés d'experts 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 des instruments pertinents (les conventions susmentionnées ou les protocoles facultatifs spéciaux),⁶ 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 pour l'œuvre de la convention concernée. 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 des contractantes qui ont explicitement accepté leur compétence à cet égard.⁸ 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.

6. Il convient toutefois de noter que les « constatations » des organes de traités sur les communications individuelles contiennent des recommandations aux États concernés et ne sont pas juridiquement contraignantes, comme cela a été souligné à plusieurs reprises par les États membres du CdE mais également par d'autres États (de même en ce qui concerne les observations finales sur les communications individuelles).⁴¹⁶ Ces constatations d'équivalent dans les textes, conformément à ce qui précède, « constatations » des organes de traités de l'ONU considèrent l'organe de traités compétent et l'État concerné.

⁴ 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 plaintes.

⁵ Voir également le Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

⁶ Voir le PIDCP, articles 28 et 30. Pour une présentation générale, voir Bantekas et Lutz Oette, *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2013, xlvii, 730 p., à 181-218.

⁷ Dans le cas du PIDESC, également la résolution ECOSOC 1985/17 du 28 mai 1985.

⁸ 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.

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 dans son *Observation générale n° 33*⁹, ses constatations montrent « certaines caractéristiques importantes d'une *dyécomprissil'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 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.¹⁰ Il en va de même pour les observations finales sur les rapports périodiques et les observations générales.¹¹ Néanmoins, l'ensemble du système des organes de traités repose sur le dialogue et l'échange d'opinions sur des bases juridiques égales et, bien que cela ne diminue en rien la portée des conclusions conventionnelles de l'ONU, donne lieu à des comparaisons avec 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 des Nations Unies et la possibilité de conflits entre elles¹².

7. 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, « *étant donné que de nombreux États membres du Conseil de l'Europe sont parties à ces traités des Nations Unies, il existe un risque qu'une norme comparable en matière de droits de l'homme soit interprétée différemment à Genève par rapport à Strasbourg* ». ¹³ 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 « *risquent de porter gravement atteinte à la crédibilité et à l'autorité de la Cour* ». ¹⁴ En conséquence, ce chapitre examinera d'abord, Deuxièmement, une analyse indicative des questions de procédure et des questions connexes sera entreprise.

⁹ (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.

¹⁰ Voir le rapport 2014 de la Commission de Venise sur la mise en œuvre des traités des droits de l'homme en droit interne et le rôle des tribunaux, CDL-AD (2014) 036, p. 31.

¹¹ 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 de l'Observatoire des droits de l'homme de l'ONU, *Observation générale n° 15*.

¹² Bien que non contraignantes, les constatations des organes de traités 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 de l'Observatoire des droits de l'homme de l'ONU, *Observation générale n° 15*. Voir aussi le rapport 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, par exemple dans l'arrêt *González Cano v. 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).

¹³ Rapport 2015 du CDDH, *op. cit.*, § 182.

¹⁴ *Ibid.*, § 184.

I. COEXISTENCE ET INTERACTION ENTRE LA CEDH ET LES CONVENTIONS DES NATIONS UNIES RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME DANS LA JURISPRUDENCE ET LA PRATIQUE DE LA COUR EDH ET DES ORGANES DE TRAITES DES NATIONS UNIES

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

8. Dès l'adoption de la CEDH, il était envisagé puisse être une source d'incohérence normative l'uni:v«*Si et quand cette Convention des Nations Unies [c '-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.¹⁵

9. En effet, bien que la CEDH et le PIDCP soient des traités complets en matière de droits de l'homme, ils ne coïncident pas nécessairement l'évolution de la j¹⁶ ont permis ud certain alignement des de u r textes, suggéré ci-dessus. Cependant, un certain nombre de droits et de libertés reconnus par le Pacte ne figurent pas dans la Convention européenne et inversement: on pourrait mentionner l'article 27 du PIDCP et l'article 1

10. De plus, il existe des différences dans les définitions de certains droits protégés à la fois par la CEDH et le PIDCP.¹⁷ Ces différences peuvent être liées même ou aux restrictions ou limitations autorisées. Pour ne donner que quelques exemples :

- (a) L'article 2 § 2 de la CEDH définit les circonstances dans lesquelles la privation de la vie est admissible. Il n'y a pas de disposition correspondante dans le PIDCP.

¹⁵ Points soulevés par M. Davies (Royaume-Uni) et M. Schuman (France) lors d'un 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).

¹⁶ Ces exemples sont, respectivement, l'interdiction de plein droit, comparable à l'article 26 du PIDCP, par le Protocole n° 12 à la CEDH ou 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.

¹⁷ 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

- (b) Aux termes de l'article 7 du Pacte international «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 que dans les domaines 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.

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

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

13. Un examen approfondi de l'ensemble de la jurisprudence et de la pratique de la Cour EDH et des organes de traités des Nations Unies serait impossible à entreprendre dans le contexte du présent rapport.¹⁸ Des points de vue divergents ont été adoptés dans le passé sur des questions telles que l'avortement,¹⁹ le droit de se représenter seul dans les procédures pénales,²⁰ le droit de vote des personnes sous tutelle,²¹ ainsi que la responsabilité des États lors de la mise en œuvre de traités des Nations Unies.²² Il existe néanmoins des domaines, examinés plus en détail ci-dessous,

¹⁸ Pour un examen concis mais approfondi de l'interaction de la CEDH et des organes de traités des Nations Unies, voir L.-A. Sicilianos, «Logue des juges à l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme», dans N. Abu-Isa et C. Kleiner (dir), *Le précédent en droit international, Colloque de Strasbourg de la Société française pour le droit international*, Pédone 2016.

¹⁹ Comparer (CCPR) *Siobhán Whelan c. Irlande*, 2425/14, le 11 juillet 2017 (en particulier §7.7) à la Cour EDH (GC), *A, B et C c. Irlande*, 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.

²⁰ Voir l'affaire *Correia de Matos c. Portugal*, infra, (II) (B) (i).

²¹ Comparer (CEDH), *Alajos Kiss c. Hongrie* (no 38832/06, 20 mai 2010, §§38, 41-42 dans laquelle la Cour a admis qu'une mesure garantissant que seuls des citoyens participent aux affaires publiques pourrait constituer une mesure poursuivant un but légitime, bien qu'une interdiction générale de voter, quelles que soient les raisons, dans une marge d'appréciation limitée (voir *János Fiala, Centre pour les droits des personnes handicapées c. Hongrie* (4/2011, 9 septembre 2013, § 9.4) où le Comité de la Cour EDH a conclu que la restriction du droit de vote sur la base d'un handicap psychosocial personnalisé, constituait une discrimination fondée sur le handicap (article 29 de la CDPH)).

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

dans lesquels les tendances centrifuges semblent 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

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

15. Dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*,²³ 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 ».²⁴ 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.²⁵

16. 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.²⁶ Cela va de pair avec l'opinion de la Cour selon laquelle que les fonctionnaires soient fidèles aux principes constitutionnels sur lesquels il est fondé.²⁷ S'agissant du personnel enseignant en particulier, « qu'il est bien difficile qu'un signe extérieur fort tel que le port du foulard de religion d'enfants en bas âge. [...] on ne peut pas prosélytisme que peut avoir le port du foulard [...] en mettant l'instituteur de manifester sa religion et la protection de la laïcité ».

²³ N° 44774/98 (GC), 10 novembre 2005.

²⁴ Arrêt du 29 juin 2004, § 108.

²⁵ 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.

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

²⁷ *Vogt c. Allemagne*, n° 17851/91, (GC) 26 septembre 1995.

paix religieuse, la Cour estime que dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge et les autorités genevoises n'ont pas outrepassé leur pouvoir qu'elles ont prise n.²⁸ était pas déraisonnable

17. Dans un contexte différent, concernant un État membre dépourvu de législation réglementant le port de symboles religieux, la Cour a jugé que la sanction infligée à une employée d'une compagnie aérienne qui a porté une croix en violation de la politique de la société est disproportionnée. 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.²⁹ 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 lien entre le port de la croix et le 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.

18. Une violation de l'article 9 a également été constatée dans des affaires concernant des personnes expulsées des salles d'audience et condamnées à une amende pour avoir porté des vêtements religieux, alors qu'aucun autre motif n'a été démontré.³⁰

19. En ce qui concerne le port de symboles et de vêtements religieux en public, dans son arrêt de 2010, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*,³¹ 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 : l'ordre public, 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'était pas démontrée, qu'aucune preuve ne permettait de démontrer que les requérants ont manifesté leurs convictions en portant des vêtements spécifiques constituait ou risquait de constituer une menace pour l'ordre public, une forme de pression sur les autres ou qu'ils avaient fait du prosélytisme.

20. Cependant, en 2014, dans *S.A.S. c. France*, concernant l'interdiction (n° 2010-1192) sur la dissimulation du visage dans un lieu public, la Grande Chambre a

²⁸ *Dahlab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, 15 février 2001.

²⁹ *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.

³⁰ *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).

³¹ N° 41135/98, 23 février 2010 au sujet de la condamnation de membres d'un groupe religieux (*Aczimendi tarikati*) 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.

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 manière dictée par sa religion ou ses convictions. La Cour a en outre conclu que le respect des conditions du «vivre ensemble» dans la société était un objectif légitime au regard de la mesure examinée et que l'État disposait d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne cette question sur laquelle les avis divergent considérablement.³² 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 nécessaire dans une société démocratique.³³

21. Il est admis qu'un État peut estimer essentiel de pouvoir identifier des individus afin de prévenir tout danger pour la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude d'identité. La Cour a ainsi rejeté des affaires concernant l'obligation d'enlever des vêtements religieux dans le cadre de contrôles de sécurité,³⁴ d'apparaître tête nue s d'identité pour utilisat³⁵ ou porters un casque protecteur.³⁶ C u m e n t s o f

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

23. En principe, le Comité a déclaré que «la liberté de manifester sa religion comprend le droit de porter en public des vêtements ou des tenues qui sont conformes à la religion ou à la croyance de l'individu. En outersonne de porters t i m e des vêtements religieux en public ou en privé peut constituer une violation du paragraphe 2 de l'article 18, qui interdit toute forme de c o p e r s o n n e d ' a v o i r o u .³⁷ Les politiques ou pratiques qui ont la même n » intention ou le même effet que la contrainte directe, telles que celles limitant l'accès à l'éducation, sont également incompatibles avec l'article 18.³⁸ La liberté de manifester sa religion n'est p e u a t s f a b i s r o d u e ' e t j e t d e l i m i t a t i o n uniquement pour les motifs³⁹ De plus, les limitations à l'article 18 peuvent être appliquées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été prescrites, elles doivent être

³² S.A.S. c. France, n° 43835/11, (GC) 1 juillet 2014, §§125, 153.

³³ N°s 37798/13 et 4619/12, respectivement, arrêts du 11 juillet 2017.

³⁴ 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.

³⁵ *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 i p h o t o d ' i d e n t i t é s a n s f o u l a r d p o u r p o u v o i r o b t e n i r s o n d i p l

³⁶ Commission européenne, X c. Royaume-Uni (déc), n° 7992/77, 12 juillet 1978, concernant un sikh pratiquant.

³⁷ *Raihon Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, 931/2000, 5 novembre 2004, au 6.2 concernant l'expulsion d'une étudiante universitaire portant le "hijab".

³⁸ 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.

³⁹ *Hudoyberganova c. Ouzbékistan*, op.cit, au 6.2.

directement liées et proportionnées à la nécessité sur laquelle elles sont fondées et ne peuvent être imposées de manière discriminatoire.⁴⁰

24. Dans l'affaire *Bikramjit Singh c. France*, relative à l'expulsion de l'auteur pour avoir refusé de découvrir sa tête, le Comité a reconnu que le principe de laïcité est en soi un moyen par lequel un État partie peut chercher à protéger la liberté de religion et que l'adoption d'une loi interdisant les symboles religieux incidents d'ingérence dans la liberté de religion des auteurs 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 que l'auteur aurait menacé les droits et libertés d'autres personnes. L'empiétement sur les droits de l'auteur des symboles religieux était disproportionné ou proportionné aux avantages obtenus.⁴¹ 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 adopte des lois et les a déclarées irrecevables.⁴²

25. Le Comité a également reconnu la nécessité pour un État partie de garantir et de vérifier, pour des raisons de sécurité et d'ordre public, que 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, « que même si l'obligation de porter un turban pour prendre une photographie d'identité ponctuelle, elle entraînera une ingérence potentielle disproportionnée si elle apparaîtrait sans son couvre-chef religieux porté en permanence sur une photographie d'identité et donc pourrait être contrainte à la reconnaissance d'identité ». ⁴³

26. 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 de l'auteur, une femme de ménage privée qui avait refusé de respecter le règlement intérieur du centre imposant la neutralité religieuse aux employés et d'enlever son foulard, était 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. Le refus de porter le foulard par un éducateur dans un centre de la petite enfance dans les circonstances particulières de l'affaire violerait les droits de l'auteur.

⁴⁰ Observation générale n° 22, § 8.

⁴¹ *Bikramjit Singh c. France*, 1852/08, 1 novembre 2012, §§ 8.6, 8.7.

⁴² *Jasvir Singh c. France* (déc), n° 25463/08, 30 juin 2009; *Ranjit Singh c. France* (déc), n° 27561/08, 30 juin 2009.

⁴³ *Ranjit Singh c. France*, 18761/2009, 22 juillet 2011, § 8.4. *Shingara Mann Singh c. France* (1928/2010, 26 septembre 2013), concernant le refus de renouveler le permis de conduire d'un homme faute de carte d'identité à tête nue. Cet auteur avait demandé au Comité le refus de renouvellement de son permis de conduire (voir par. 21 ci-dessus), obligeant 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).

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 puissant symbole extérieur », 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 a un traitement différencié de l'auteur et son licenciement constituait une discrimination inter-sectionnelle fondée sur le sexe et la religion au sens de l'article 26 du PIDCP.⁴⁴

27. Les constatations récentes dans les affaires *Sonia Yaker c. France* et *Miriana Hebbadj c. France* contredisent ouvertement la jurisprudence concernant la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 relative à l'interdiction du visage en public et à la possibilité d'imposer des sanctions conformes pas, y compris les femmes musulmanes qui choisissent de porter le voile intégral.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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.⁴⁷

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

28. L'article 5 § 1 e) de la CEDH prévoit la détention légale des « 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 doit être valablement sans la persistance de pareil trouble* ».⁴⁸

29. Quant à la deuxième condition, « *un trouble mental peut être considéré comme étant d'un degré légitimant l'internement obligatoire si on constate que le confinement de la personne concernée est nécessaire lorsque la personne a besoin d'un traitement, des médicaments ou d'autres traitements cliniques pour soigner ou soulager son état, mais également lorsque la personne a besoin de contrôle et de surveillance, par exemple, de se blesser, elle-même ou de blesser d'autres personnes* ».⁴⁹ 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

⁴⁴ *F.A. c. France*, n° 2662/2015, 16 juillet 2018, §§ 8.8, 8.9, 8.12, 8.13.

⁴⁵ 2747/2016 et 2807/2016, 22 octobre 2018.

⁴⁶ *Yaker c. France*, §8.10, *Hebbadj c. France*, § 7.10.

⁴⁷ *Yaker c. France*, §8.17, *Hebbadj c. France*, § 7.17.

⁴⁸ *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, § 39, Série A n° 33; *Stanev c. Bulgarie* (GC), n° 36760/06, 17 janvier 2012, § 145 ; et *Rooman c. Belgique* (GC), n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 192.

⁴⁹ *Ilseher c. Allemagne*, nos 10211/12 et 27505/14, § 133, 4 décembre 2018.

établissement approprié autorisé à cette fin.⁵⁰ La régularité de la détention exige également l'observation de cet égard, la Convention granvoie essentiellement au droit national et renferme l'obligation de se conformer aux procédures 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

30. La Cour a jugé qu'il incombait aux autorités médicales de décider des mesures thérapeutiques à utiliser, le cas échéant par la force, afin de préserver la santé physique et mentale des personnes détenues. Aussi désagréable soit-il, le traitement thérapeutique ne peut en principe être considéré « inhumain » ou « dégradant » au sens de l'article 3 de la CEDH s'il est démontré de façon convaincante qu'il est nécessaire.⁵²

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

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 et 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 professionnels de santé (y compris les psychiatres) qu'ils obtiennent le consentement 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).⁵³ De même, dans ses Lignes directrices de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2015), le Comité a réitéré sa position selon laquelle⁵⁴ l'interdit la privation de liberté basée sur une déficience réelle ou présumée même si des facteurs de risque ou de dangerosité, le besoin allégué de soins de soi-même ou de protection liés à la déficience ou à un diagnostic de santé, sont aussi invoqués pour justifier la privation de liberté.⁵⁵ Le Comité a constaté une violation de l'article 14 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées dans l'affaire *Malcolm James Noble c. Australie* où il a considéré que le handicap de l'individu n'a pas été évalué par les autorités de l'État partie.

⁵⁰ *Stanev c. Bulgarie*, *op.cit.*, § 147 et les références qui y figurent ; et *Rooman c. Belgique* (GC), n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 193, où la Cour a réitéré qu'un délai important des 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 de la Convention.

⁵¹ *Hadži mejl ić et autres*, n° 34273/05, 3 novembre 2015, § 52, 3 novembre 2015 ; et *Rooman c. Belgique* (GC), n° 18052/11, 31 janvier 2019, § 190.

⁵² *Naumenko c. Ukraine*, n° 42023/98, 10 février 2004, § 112.

⁵³ *Commentaire général n° 1*, 2014, §§ 40-42.

⁵⁴ « 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 liberté de manière 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. »

⁵⁵ *Lignes directrices sur l'article 14 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées* (2015), §§ 6-7 (*traduction du Secrétariat*).

« cause première » de sa détention.⁵⁶ 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 de ne pas autoriser les mandataires spéciaux à donner le consentement au nom de telles personnes.⁵⁷

33. Il convient de noter que le Comité des droits de l'homme a adopté une approche différente en la matière, laissant la place au placement et au traitement non volontaires à la condition qu'ils soient nécessaires et proportionnés afin de protéger la personne concernée des préjudices graves ou de prévenir les blessures d'autrui.⁵⁸ 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"*.⁵⁹

34. Ces interprétations divergentes se manifestent notamment par les difficultés de rédiger de nouvelles normes en la matière⁶⁰ au sein du Con

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

35. Un autre point de divergence concerne des assurances quant aux non-recours à la torture, lors qu' il-ci, dans le cadre des procédures d'extradition ou de l'expulsion, voire même dans les cas de transferts forcés et extrajudiciaires (par exemple, cas de « restitutions extraordinaires »).⁶¹ Les affaires de non-refoulement sont au travaux de la Cour EDH, mais également des organes 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.

36. 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 preuves substantielles 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 tout le matériel disponible, 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.⁶² Dans

⁵⁶ Communication 7/2012, observations du 2 septembre 2016, § 8.7.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ *Commentaire général n° 35, article 9 (Liberté et sécurité de la personne)*, CCPR / C / GC / 35, 2014, § 19.

⁵⁹ (CCPR), *T.V. et A.G. v. Ouzbékistan*, 2044/11, 11 mars 2016, § 7.4.

⁶⁰ Voir le travail de rédaction sur le Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière de bioéthique (<https://www.coe.int/t/09/Convention/Bioethics/psychiatry/about>).

⁶¹ 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.

⁶² Voir *Saadi c. Italie* (GC), n° 37201/06, 28 février 2008, §§ 128-133.

pareil cas, l'article 3 implique d'expulser, y compris dans les cas où la protection de la sécurité nationale est en jeu.⁶³ 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 »⁶⁴ 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 matières d'origine nationale et des matières provenant d'autres sources fiables et objectives.⁶⁵

37. 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 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).⁶⁶ 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

38. 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 États parties tiennent compte de tous les facteurs pertinents, y compris, le cas échéant, « l'existence dans l'État concerné d'un schéma massif des droits de l'homme ». Néanmoins, l'existence d'un tel schéma 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 extradition est de protéger la personne concernée contre personnellement un risque de torture dans le pays de retour.⁶⁸ Bien qu'accordant beaucoup de poids aux conclusions de fait des organes de l'État parties 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

⁶³ Voir *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, 7 juillet 1989, § 88; *Saadi c. Italie* (GC), §§ 117, 125; *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 46827/99, 15 novembre 1996, § 80.

⁶⁴ *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, n°s 9146/07 et 32650/07, 17 janvier 2012, § 131 (traduction du Secrétariat).

⁶⁵ Voir *J.K. et autres c. Suède*, n° 59166/12, 23 août 2016, § 84.

⁶⁶ (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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Par exemple, (CAT), *M.C. c. Pays-Bas*, 569/2013, 13 novembre 2015, § 8.2.

⁶⁹ (CAT) *Observation générale n° 4 (2017) sur la mise en œuvre 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 défendu en affirmant que l'auteur n'était pas en danger car il n'y avait plus de risque. En même temps, le requérant plaide 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).

39. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, de l'importance des assurances d'État dans lesquelles une personne doit être transférée dans les cas où il existe un risque réel de torture ou de mauvais traitements. Dans des arrêts tels que *Chahal c. Royaume-Uni* et *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (GC),⁷⁰ 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 normale et une assurance qui oblige un État à respecter les exigences de son droit mais qui peut ne pas être pleinement ou régulièrement respectée dans la pratique. La Cour EDH a reconnu que les assurances ne sont pas suffisantes en soi pour prévenir les mauvais traitements; par conséquent, elle examine 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.⁷¹

40. Dans l'affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* (expulsion d'un terroriste suspecté vers la Jordanie), la Cour a reconnu qu'« il existe au sein de la communauté internationale une préoccupation générale face à la pratique consistant à solliciter des assurances afin de pouvoir expulser les individus considérés être une menace pour la sécurité nationale »; toutefois, elle s'est abstenue de se prononcer sur les assurances ou d'évaluer les conséquences à long terme. La seule tâche est d'examiner si les assurances obtenues dans une affaire donnée sont suffisantes pour éliminer tout risque réel de mauvais traitements.⁷² 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.⁷³ *Décisions de la Cour EDH dans de rares cas où une préoccupation générale dans un pays fera en sorte qu'aucun État ne fournira des assurances*. Le bilan négatif des droits de l'homme, et en particulier l'interdiction de la torture, n'empêche pas d'identifier néanmoins un facteur permettant de déterminer si ces assurances sont suffisantes.⁷⁴

41. Dans *Alzery c. Suède* (expulsion accompagnée de assurances diplomatiques du gouvernement égyptien), le Comité des droits de l'homme a déclaré que « les assurances diplomatiques, leur contenu ainsi que les mécanismes d'exécution sont à déterminer globalement si existe-t-il un risque réel de mauvais traitements proscriés ».⁷⁵

42. L'approche adoptée par le Comité contre les assurances diplomatiques est plus réticente: « les assurances diplomatiques ne sauraient justifier la

⁷⁰ N^{os} 46827/99 du 15 novembre 1996 et 46951/99 du 4 février 2004, respectivement.

⁷¹ *Saadi c. Italie*, § 148.

⁷² *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n^o 8139/09, 17 janvier 2012, § 186.

⁷³ *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.

⁷⁴ *Ibid.*, §§ 188, 193.

⁷⁵ 1416/2005, points de vue du 10 novembre 2006.

non-application du principe de non-refoulement énoncé à l'article 3.⁷⁶ Par exemple, dans *Abichou c. Allemagne*, les autorités allemandes « savaient ou auraient dû savoir » que le pays demandant l'extradition a couplé la pratique généralisée de la torture à l'encontre des détenus, et que les autres co-accusés du plaignant avaient été torturés.⁷⁷ Dans l'affaire *Agiza c. Suède*, le Comité s'est référé au rapport présenté en 2004 à l'Assemblée des Nations unies sur la torture, qui a fait valoir que, comme point de départ, il ne faut pas avoir recours aux assurances diplomatiques dans des circonstances où la torture est systématique, et que là où une personne est membre d'un groupe spécifique qui est systématiquement ciblé, ce facteur doit être pris en compte.⁷⁸

43. Dans l'affaire *Pelit c. Azerbaïdjan*, le Comité contre la torture a constaté une violation de l'article 3 au motif que l'Azerbaïdjan n'avait pas fourni les assurances contre les mauvais traitements dont il avait assuré le Comité pour que celui-ci procède à leur propre évaluation indépendante, et il n'a pas non plus détaillé avec suffisamment de précision le suivi entrepris et les mesures prises pour en garantir le caractère objectif, impartial et suffisamment digne de confiance.⁷⁹ 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, « les motifs sérieux qui prévalaient » de croire que l'extradition d'un individu comportait un risque de subir des actes de torture.⁸⁰

44. La question des assurances s'est révélée être une question générale de procédure de révision de l'Orbité contre la torture sur l'application de l'article 3 de la Convention (désormais l'Observation générale n° 4). Dans l'Observation générale n° 4, le Comité a explicitement déclaré 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*.⁸¹ Dans le texte final, une position beaucoup plus souple a été retenue, à savoir que « les assurances diplomatiques émanant d'un État partie à la Convention vers lequel une personne doit être expulsée ne devraient pas être utilisées comme une échappatoire pour porter atteinte au principe de non-refoulement prévu à l'article 3 de la Convention, lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'il/elle risquerait d'être soumis à la torture dans cet État ». Cela pourrait être interprété en ce sens que le Comité contre la torture peut s'appuyer sur des assurances diplomatiques, à condition de s'assurer qu'elles ne sont pas utilisées comme une « échappatoire ».

⁷⁶ (CAT), *Abichou c. Allemagne*, 430/2010, 21 mai 2013, §§ 11.5-11.7.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ (CAT), *Agiza c. Suède*, 233/2003, 20 May 2005, §§ 11.16, 13.4.

⁷⁹ 281/2005, opinions du 29 mai 2007, § 11.

⁸⁰ 747/2016, opinions du 9 août 2017, §§ 10.6, 10.7.

⁸¹ 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>.

45. Une question similaire se pose quant au retour des demandeurs d'asile selon le système de Dublin (actuellement le règlement Dublin III⁸²). 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 considération d'une manière qui respecte les normes 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.⁸³ Toutefois, une série d'affaires a suivi où la Cour a déclaré des requêtes portant sur le système de Dublin irrecevables.⁸⁴ 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 « *expériences antérieures des personnes renvoyées dans le premier pays d'asile, ce qui peut souligner les risques particuliers auxquels elles sont susceptibles de faire face et rendre ainsi leur retour dans le premier pays d'asile particulièrement traumatisant pour eux* ». ⁸⁵ 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.⁸⁶

B. Coexistence de différents mécanismes internationaux pour la protection des droits de l'homme : approches divergentes en matière de questions procédurales

46. 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

47. 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.

⁸² *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.*

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ (CCPR) *Hibaq Said Hashi c. Danemark*, 2470/2014, 28 juillet 2017, § 9.7.

⁸⁶ (CAT) *A.N. c. Suisse*, 742/2016, 3 août 2018, §§ 8.6-8.8.

48. 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.⁸⁷

49. Il existe d'importants points de convergence entre les deux systèmes en ce qui concerne la recevabilité, tels l'approche similaire⁸⁸ au rejet de l'acte général de l'*actio popularis*⁸⁹ ou des conceptions convergentes, dans une certaine mesure, quant à la compétence, y compris l'extraterritorialité, malgré des textes normatifs différents.⁹⁰

50. 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 procédure internationale),⁹¹ voire l'absence de délai, comme devant la CED, ou les comités de la CDPH.⁹² Il existe également des exemples de différences 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.⁹³

⁸⁷ Voir le *Guide pratique complet des critères de recevabilité de la Cour*, 4e édition (2017).

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Voir CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/1971, 6 septembre 1978, § 33; (CCPR) *Aumeeruddy-Cziffra et 19 Mauritian Women c. Maurice*, 35/78, 9 avril 1981, § 9.2; (CDPH), *Marie-Louise Jungelin c. Suède*, 5/2011, 2 octobre 2014, § 10.2; (CEDAW) *Dayras et autres c. France*, 13/2007, irrecevabilité, 4 août 2009, § 10.5.

⁹⁰ 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.

⁹¹ L'article 96 (c) du règlement de procédure de la Cour européenne des droits de l'homme prévoit que le droit de plainte si la communication est soumise cinq ans après l'acte ou, selon le cas, trois ans après l'acte, à moins qu'une autre communication n'ait été soumise auparavant, sauf s'il existe des raisons justifiant le retard compte tenu de la nature de l'acte.

⁹² 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». L'examen de la plainte par le Comité ou l'État partie est rendu anormalement difficile».

⁹³ 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 sexuelle est une forme de discrimination à l'égard des femmes». 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).

51. 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 parallèle porte sur d'une question identique ou très similaire.

52. La règle pertinente de la CEDH (article 35 § 2) est ainsi libellée: « *La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en l'appliquant essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée soumise à une autre instance internationale d'enquête 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.⁹⁴

53. À titre de comparaison § 2 a) du Protocole facultatif se rapportant au PIDCP interdit uniquement au Comité des droits de l'homme 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 ait déjà été rendue.⁹⁵ C'est donc possible, compte tenu du large délai imparti pour la présentation d'une communication individuelle (supra, § 53), pour le Comité d'examiner les plaintes déjà examinées par la Cour EDH ou ailleurs. Cela vaut également pour le Comité CERD, où la même règle s'applique, alors que l'absence de la CERD ne conduit son Comité à considérer qu'il pouvait même examiner des communications ailleurs.⁹⁷

54. Pour éviter les requêtes successives, certains États membres du CdE, à la suggestion du Comité des Ministres,⁹⁸ ont formulé des réserves contre la compétence du Comité des droits de l'homme de réexaminer les communications déjà examinées dans le cadre d'une procédure internationale alternative, ainsi que contre la compétence du Comité CERD d'examiner des communications précédemment ou simultanément entendues par un autre organe.⁹⁹ Dans de nombreux cas, ces réserves ont permis de rendre une communication irrecevable. *Kollmann v. Autriche*, affaire au Comité des droits de l'homme, où la réserve de l'Autriche, qui s'appliquait expressément à la Commission européenne des Droits de l'Homme, se

⁹⁴ 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.

⁹⁵ 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 »*.

⁹⁶ Article 31 § 2 (c) CED.

⁹⁷ *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 également l'examen d'une telle communication par un autre organisme international* » (§ 6.3).

⁹⁸ Résolution 70(17), 15 mai 1970.

⁹⁹ 18 États membres concernant le Comité des droits de l'homme, 17 concernant le CERD.

affaires portées devant la Cour, cette dernière ayant succédé aux fonctions de la Commission.¹⁰⁰

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

56. 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*,¹⁰¹ 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 ».¹⁰² C'est également l'approche du Comité CERD et *Koptova c. Slovaquie* et du Comité de la CEDAW dans *Kayhan c. Turquie*.¹⁰³ 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 devant le Comité.¹⁰⁴ 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 et¹⁰⁵ torturé pour obtenir

57. Dans l'affaire *Pindado Martínez c. Espagne* concernant l'article 14 § 5 du PIDCP (droit de recours en matière pénale), le Comité des droits de l'homme a rappelé que « lorsque les droits protégés par la Convention européenne diffèrent des droits énoncés dans le Pacte, une affaire déclarée irrecevable par la Cour européenne du fait de son incompatibilité avec la Convention ou ses Protocoles, ne peut pas être considérée comme ayant été « examinée » au sens de l'article 5, paragraphe 2 du Protocole facultatif, de manière à empêcher le Comité de l'examiner ».¹⁰⁶ L'affaire est considérée comme 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.¹⁰⁷

¹⁰⁰ *Kollar c. Autriche*, 989/01, irrecevabilité, 30 juillet 2003, §§ 8.2-8.3.

¹⁰¹ N° 15472/02, (GC), 29 juin 2007.

¹⁰² *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

¹⁰³ *Koptova c. Slovaquie*, précité; CEDAW, non. 8/2005, irrecevabilité 27 janvier 2006.

¹⁰⁴ *I.E. c. Suisse*, 683/2015, 14 novembre 2017, § 6.1.

¹⁰⁵ *Ali Aarrass c. Espagne*, 2008/2010, 21 juillet 2014, à 9.4.

¹⁰⁶ *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.

¹⁰⁷ *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.

58. Dans l'affaire *Petersen c. Allemagne*, le Comité des droits de l'homme a réaffirmé sa position de longue date selon laquelle « lorsque les organes de Strasbourg fondent une déclaration d'irrecevabilité non seulement sur des motifs de procédure, mais sur des motifs comportant un certain examen du fond de l'affaire, alors la même question est considérée comme « examinée » au sens des réserves respectives à l'article 5, paragraphe 2 (a) du Protocole facultatif ». ¹⁰⁸ « M é m e l ' e x a m e n d ' u n e a f f a i r e c o n s t i t u e u n e x a m e n au sens de la réserve concernée. ¹⁰⁹

59. Le Comité s'est écarté *Maria Cruz Achabal Puertas c. Espagne*, une affaire de torture et d'absence d'enquête, admettant que « la Cour européenne a dépassé de loin l'examen des critères purement formels de recevabilité lorsqu'elle déclare une *aucune violation des droits et libertés consacrés dans la Convention ou ses protocoles* », le Comité a estimé que, dans les circonstances « *le raisonnement* *limité contenu dans les termes succincts de la lettre de la Cour* » ne permettait pas de supposer que l'examen comportait une analyse *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.* ¹¹⁰ 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. ¹¹¹

60. 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. ¹¹² Cependant, dans *M.T. c. Suède* ¹¹³ concernant le non-refoulement, le Comité est parvenu à la conclusion opposée là où la Cour avait auparavant déclaré la requête du requérant *irrecevable* puisque elle *ne présentait aucune apparence de violation des droits et libertés garantis par la Convention ou ses Protocoles*. Le Comité a considéré que la décision uniquement sur les questions d'ordre procédural *fondé de l'affaire* avait été suffisamment exa

(ii) Mesures provisoires

61. 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) ¹¹⁴ les mesures provisoires qui « devraient être adoptées dans l'intérêt des

¹⁰⁸ *Petersen c. Allemagne*, 1115/2002, irrecevabilité, 1 avril 2004, §§ 6.3 à 6.4.

¹⁰⁹ *Mahabir c. Autriche*, § 8.3.

¹¹⁰ *Maria Cruz Achabal Puertas c. Espagne*, 1945/2010, 27 mars 2013, § 7.3.

¹¹¹ Par exemple, *Yaker c. France* et *Hebbadj c. France*, supra, §§ 6.2 et 6.4, respectivement.

¹¹² CAT, *S. c. Suède*, 691/2015, recevabilité, 25 novembre 2016, § 7.5.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ 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).

parties ou du bon déroulement de la procédure ». Malgré l'absence d'un pertinent 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 Convention. Les parties ne doivent pas entraver aucunement l'exercice effectif de leur droit d'entendre son affaire par la Cour.¹¹⁵ Le non-respect des mesures provisoires indiquées par la Cour a été extrêmement rare.

62. L'article 39 entre en jeu lorsqu'il existe un risque de préjudice 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)¹¹⁶ et à l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)¹¹⁷, y compris les ordonnances d'expulsion¹¹⁸, ou dans d'autres situations concernant différents articles de la Convention, telles que la détérioration de la santé ou la destruction d'un élément essentiel à l'examen de la cause¹¹⁹ ou la destruction d'un élément essentiel à l'examen de la cause¹²⁰.

63. 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 des mesures provisoires. Ainsi, outre les cas de l'expulsion de l'exécution de la peine de mort, le Comité a également accordé des mesures provisoires dans des affaires où la santé et le bien-être d'un individu étaient menacés,¹²¹ 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;¹²² dans les affaires où des

¹¹⁵ *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (GC), no 4 février 2005; *Paladi c. la République de Moldova* (GC), no 39806/05, 10 mars 2009. La position initiale de la Cour sur la question (comparer *Cruz Varas et autres c. Suède*, no 15576/89, 20 mars 1991, § 99) a été modifiée après plusieurs arrêts internationaux, en particulier l'arrêt de la CIJ dans affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis)*, 27 juin 2001.

¹¹⁶ 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).

¹¹⁷ Voir *Soares de Melo c. Portugal*, no 72850/14, 16 février 2016, où la Cour a accordé à la requérante le droit de contacter ses enfants, qui étaient pris en charge en vue de leur adoption.

¹¹⁸ Voir *Yordanova et autres c. Bulgarie*, no 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*, no 4577/19, demande de sursis à l'exécution de la décision d'expulser de leur maison à Sabadell (Catalogne) jusqu'à ce que les autorités présentent en vue de leur assurer un logement de remplacement.

¹¹⁹ Voir *Kotsaftis c. Grèce*, no 39780/06, 12 juin 2008, où la Cour a demandé le transfert du requérant dans un centre médical spécialisé.

¹²⁰ Voir *Evans c. Royaume-Uni* (GC), no 6339/05, 10 avril 2007, et la demande visant à empêcher la destruction d'embryons fécondés jusqu'à ce que la Cour soit en mesure d'examiner l'affaire. Voir aussi l'affaire exceptionnelle *Lambert et autres c. France* (GC), no. 46043/14, 5 juin 2015 : demande de surseoir à l'exécution d'une décision d'interrompre la nutrition et l'hydratation d'un patient dans le coma.

¹²¹ 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).

¹²² *Fernando c. Sri Lanka*, 1189/2003, 31 mars 2005.

éléments de preuve devaient être préservés;¹²³ où une nouvelle loi pourrait toucher des personnes qui avaient ou pourraient éventuellement soumettre des communications;¹²⁴ où le mode de vie traditionnel d'une communauté était menacé;¹²⁵ lorsque les auteurs risquaient de devenir des sans-abri;¹²⁶ 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 d'expression) ou 27 (droits des enfants et des minorités) du PIDCP.

64. 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.¹²⁷ 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'individu l'attention, les soins et la prise en compte tenu de son état de santé », ¹²⁸ le même organe a demandé à suspendre l'expulsion *O.G.S. c. Suède*, à l'instar du Comité CRC affaire *Y. c. Israël* dans l'affaire *I.A.M. c. Danemark*.¹²⁹ 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.¹³⁰

65. De même, le Comité des droits de l'enfant (CDDH) (Comité des droits économiques, sociaux et culturels) reçoit souvent des demandes 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 mineurs¹³¹. Dans le deuxième cas de figure, le CESCR reçoit régulièrement des demandes – qui sont accordées automatiquement – de mesures provisoires visant à surseoir aux expulsions judiciaires pour des raisons humanitaires (personnes malades ou enfants vivant dans une maison qui fait l'objet d'expulsion).¹³² [Commentaire par le CDDH] 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.]

¹²³ *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.

¹²⁴ *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.

¹²⁵ Voir *Länsman (Jouni) et al. Finlande*, 1023/2001, 17 mars 2005 concernant l'État partie par les Samis, menacé par une exploitation forestière intensive. Également *Ominayak (bande de Lubicon Lake) c. Canada*, 167/1984, 26 mars 1990.

¹²⁶ « *I Elpida* » - Association culturelle des gitans grecs de Halandri et ses banlieues et *Stylianos Kalamiotis c. Grèce*, 2242/2013, 3 novembre 2016.

¹²⁷ 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).

¹²⁸ (CDPH) 8/2016, 11 avril 2014.

¹²⁹ (CDPH) 28/2015, 18 août 2017; (CRC) 3/2016, 25 janvier 2018.

¹³⁰ (CEDAW) 46/2012, 22 février 2016.

¹³¹ 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.

¹³² 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.

66. Les mesures provisoires prononcées par les constatations et observations finales, juridiquement non contraignantes. Néanmoins, le Comité des droits de « en vertu du Protocole facultatif, les États parties s'engagent implicitement à coopérer de et lui donner les moyens d'examiner les comm [..] indépendamment d'une violation du Pacte qui communication, un État partie contrevient gravement aux obligations qui lui incombent en vertu du Protocole facultatif s'il prend une mesure fin l'examen d'une communication dénonçant une v Comité sans objet et l'expression de [s.e.]¹³³ Il constat a aussi souvent été répété et finalement que¹³⁴ consolidi « 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 ». ¹³⁵ De même, le Comité de la CAT a fait valoir que, en acceptant sa 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, outill « essentiel pour le rôle confié au Comité en vertu de cet article », les États parties « manquent gravement » à leurs obligations.¹³⁶ 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.¹³⁷

¹³³ Voir *Piandiong et al c. Les Philippines*, 866/1999, 19 octobre 2000, §§ 5.1-5.2.

¹³⁴ *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.

¹³⁵ *Weiss c. Autriche*, 1086/2002, 3 avril 2003, § 8.3

¹³⁶ (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 entière, qui constitue une 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.

¹³⁷ Dans *Weiss*, c'est le tribunal régional européen aux mesures provisoires a refusé prononcées par le Comité des droits de l'homme au motif qu « 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 mesures provisoires ne pouvait pas prévaloir sur une obligation des obligations en matière conclue entre les États-Unis de l'Autriche. Dans l' *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 *Dar* affaire c. 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 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. Non regardé et pas ob 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. A l'aide du même raisonnement (Président du tribunal inférieur de La Haye (26 mars 1999) l'État n'avait pas d'obligations provisoires de Comité de la CAT ou de l'ECtHR.

II. DEFIS ET SOLUTIONS POSSIBLES

67. En essayant d'identifier les problèmes découlant de systèmes d'organes de traités et de déterminer international des droits de l'homme, il ne faut 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.

68. Des exemples d'inspiration, explicites ou implicites, ont été brièvement mentionnés ci-dessus, sous (I), et de nombreux autres pourraient illustrer davantage les itinéraires convergents suivis dans de nombreux domaines. Par exemple, les deux systèmes ont initialement refusé l'application des articles 9 CEDH et 18 du PIDCP aux objecteurs de conscience.¹³⁸ Le Comité des droits de l'homme a été le premier à modifier sa position en 1991;¹³⁹ 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.¹⁴⁰ La Cour et le Comité ont depuis lors adopté une approche convergente sur la question du service de remplacement.¹⁴¹

69. La jurisprudence de la Cour a également concerné les pratiques relatives de leurs organes de suivi en ce qui concerne les normes spécifiques qui y sont contenues. Cela devient évident notamment en ce qui concerne la Cour par la Convention par exemple le concept de «l'intérêt supérieur de l'enfant» par la CDPH. En ce qui concerne cette dernière, et dans l'affaire *Guberina c. Croatie*, la Cour «en adhérant aux exigences énoncées dans la CDPH, l'État a à prendre en considération les principes les plus pertinents qui y sont édictés, comme ceux de l'égalité et de la non-discrimination à l'égard des personnes handicapées en ce qui concerne leur

¹³⁸ 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.

¹³⁹ (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*, nos 1321/2004 et 1322/2004, 3 novembre 2006, au 8.3.

¹⁴⁰ *Bayatyan c. Arménie*, n° 23459/03, 7 juillet 2011, au 110.

¹⁴¹ Voir (Cour EDH), *Adyan et autres c. Arménie*, n° 75604/11, 12 octobre 2017; (CCPR), *Shadurdy Uchetov c. Turkménistan*, 2226/2012, 15 juillet 2016.

¹⁴² Voir *Blokhin c. Russie* (GC), n° 47152/06, 23 mars 2016, § 219; *Menesson c. France*, n° 65192/11, 26 juin 2014, § 81.

pleine participation à tous les aspects de la vie sociale [...] mais nationales] n'ont fait aucun cas des obligations respecter.»¹⁴³

70. Ces évolutions de la jurisprudence illustrent la conviction fondamentale de la Cour selon laquelle la Convention « *ne peut être interprétée et appliquée dans le vide* ». ¹⁴⁴ Conformément à l'article 31§3 (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités,¹⁴⁵ 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 ». ¹⁴⁶ La Cour se réfère également à la jurisprudence des juridictions internationales telles que la CIJ ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme (I-ACHR). ¹⁴⁷

71. 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); ¹⁴⁸ 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 sur ces questions (par exemple, la liberté d'exprimer ses opinions et ses idées, *supra*, cf. en particulier le § 27), puis l'a rejeté.

72. Lorsqu'on se penche sur l'interaction entre les 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, la confusion importante quant à l'interprétation de la Convention a été créée par le fait que plusieurs organes conventionnels et, éventuellement, une menace pour l'intégrité de la Convention* », a écrit Philip Alston dans les années 1990. ¹⁴⁹ Dans un rapport de 2012 sur le renforcement du système des organes de traités des Nations Unies relatifs

¹⁴³ *Guberina c. Croatie*, n° 23682/13, 22 mars 2016 § 92.

¹⁴⁴ Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, (GC) 18 décembre 1996, § 43.

¹⁴⁵ Voir Thème I, sous-thème (i) du présent Rapport.

¹⁴⁶ Voir Sicilianos, *op. cit.* pp. 225, 229.

¹⁴⁷ Voir paragraphes 43 – 45 [Thème I sous-thème i) sur la méthodologie] ci-dessus.

¹⁴⁸ 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 *Tyler c. Royaume-Uni* (n° 5856/72 du 25 avril 1978) concernant les châtiments 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.

¹⁴⁹ 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.

aux droits de l'homme, la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a reconnu que « *les neuf principaux traités relatifs aux droits de l'homme ont chacun leur propre champ d'application, mais que certains, voire tous, partagent des dispositions similaires et traitent de problèmes identiques sous des angles différents* » et a appelé les organes de traités « *à s'assurer de la cohérence entre eux sur des questions communes afin de fournir aux États des avis et des orientations cohérents pour la mise en œuvre des traités. Cette cohérence est également exigée en matière de procédures de communication individuelle devant les organes de traités* ». ¹⁵⁰

73. 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*

74. *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. ¹⁵¹

75. 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. ¹⁵² Bien que le gouvernement défendeur ait mis en garde contre « *le risque d'incohérence dans les décisions internationales* », ¹⁵³ 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.

76. La législation portugaise n'a pas été modifiée en vertu de l'article 13 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 des droits de l'homme est contraignante, par le biais d'une modification de la législation nationale « *romprait avec une tradition juridique et causerait d'innombrables et prévisibles perturbations* ». ¹⁵⁴

77. Le requérant s'est adressé à la Cour EDH en 2015, et a demandé que la Cour déclare un nouveau la violation de l'article 6 § 3 (c) de la CEDH. La Grande Chambre, rappelant que « *la Convention, y compris l'article 6, ne peut être interprétée isolément et doit être interprétée autant que possible en harmonie avec d'autres règles de droit international relatives à la protection internationale des droits de l'homme* », a examiné les conclusions du Comité des droits de l'homme sur la question. Le Comité avait pas explicitement exposé son interprétation.

¹⁵⁰ Navanethem Pillay, *Strengthening the United Nations human rights treaty body system*, 2012, p. 25

¹⁵¹ Voir, en ce qui concerne la question des affaires examinées, 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 adopté le 01 décembre 2015 » § 134. droits de l'homme

¹⁵² (Cour EDH), *Correia de Matos c. Portugal*, n° 4188/99, déc. 15 novembre 2001.

¹⁵³ (CCPR) *Carlos Correia de Matos c. Portugal*, 1123/2002, 28 mars 2006 au 4.1.

¹⁵⁴ (Cour EDH) *Correia de Matos c. Portugal*, doc. 46402/12, GC du 4 avril 2018, au 72, citant la Cour suprême du Portugal.

n° 32 sur l'article 14 du PIDCP. Néanmoins, soulignant que, même lorsque les dispositions des deux traités sont presque identiques, l'interprétation du même droit peut ne pas toujours correspondre, la Cour a reconnu l'existence d'une large marge d'appréciation des États parties sur la question en cause, a constaté que les raisons fournies par le gouvernement défendeur pour justifier l'obligation de l'assistance obligatoire dans son ensemble et, dans la présente affaire, étaient à la fois pertinentes et suffisantes et a conclu, encore une fois, à l'absence de violation de l'article 6 § 3 (c) de la Convention.¹⁵⁵

78. 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* ». ¹⁵⁶ Cette préoccupation est parfaitement compréhensible. Elle est le fait que les textes des articles 6 § 3 (c) et 14 § 3 (d) du PIDCP énoncent ce droit dans des termes identiques.

(ii) Analyse

79. Comme le mon *Correia de Matos*, l'existence de mécanismes de protection des droits de l'homme, qui sont généralement conçus pour le renforcement de la protection universelle des droits de l'homme, est une source d'incertitude pour les États parties quant à la meilleure façon de respecter leurs engagements en matière de droits de l'homme, surtout lorsqu'il s'agit de déterminer la portée 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.

80. 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), ou de traités régionaux, 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 des traitements inhumains ou dégradants sont en jeu dans une affaire donnée).

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

¹⁵⁵ (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 de ce critère dans l'arrêt *Correia de Matos*.
¹⁵⁶ Quatrième rapport périodique du Portugal, CCPR / C / PRT / 4 (2011), au 274.

soit examinée d'abord par la Cour EDH, puis par un ou plusieurs organes de traités des Nations Unies.

82. Les préoccupations connexes vont au-delà de la duplication et du gaspillage de ressources (déplorablement limités). Une communication aux organes de traités des Nations Unies d'une affaire déjà rejetée par la Cour EDH pourrait apparaître comme une sorte de « recours », voué à saper l'autorité de la Cour. L'absence d'un délai pertinent des organes de traités est également préoccupante, parce que plus la période écoulée depuis les faits ayant abouti à la communication est longue, plus il est difficile de déterminer ce qui s'est réellement - à vis des archives de la Cour. Et vis 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 de l'homme.

83. Confrontés à des divergences, voire à des conflits, les États parties peuvent avoir du mal à connaître le contenu exact et à lire en droits de l'homme de l'homme, ce qui est un facteur d'insécurité juridique de leurs politiques nationales.¹⁵⁷ 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 points de vue des organes de traités, pour autant le suivi de ces constatations axé sur le dialogue avec ces derniers leur impose inévitablement un fardeau politique.¹⁵⁸

84. 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 son affaire à la Cour EDH en raison préférée du caractère contraignant des arrêts de la Cour 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.¹⁵⁹ La cause en question peut être large, liée à des problèmes 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

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ Voir pour la nature juridique des constatations des organes de traités des NU paragraphe 6 ci-dessus.

¹⁵⁹ 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 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.

85. 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 t h spécifique.

B. Moyens possibles de contenir la divergence

86. 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.

87. 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.¹⁶⁰ 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.

88. 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 de l'homme. Il est vrai que la CEDH ets à la juris majorité des États parties aux conventions des Nations Unies. Toutefois, comme il a été démontré ci-dessus, les auteurs et les gouvernements des États non européens qui ont répondu au questionnaire n'hésitent de la Cour dans faire leurs débats.

89. L'intensification des rencontres entre les de l'ONU pourrait constituer un des moyens pou 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 p dossier, afin d'éviter que les mêmes griefs ne Cour EDH et par les organes de traités des Nations Unies.¹⁶¹ 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 régiona qui devrait continuer et se développer.

¹⁶⁰ Sicilianos, *op. cit.*, p. 241.

¹⁶¹ Tous les organes de traités des Nations Unies partagent le même Secrétariat.

90. Parallèlement, au sein de l'ONU, des réunions inter-comités et des présidents ont eu lieu depuis 2002 et 1988 respectivement.¹⁶² 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.¹⁶³ 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 des organes conventionnels ». Néanmoins, parmi les mesures proposées, comme 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 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 être plus actifs dans la discussion ultérieure en vue de renforcer le fonctionnement du système des organes de traités en matière de droits de l'homme de manière plus constructive avec le système de la Convention.

91. 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 et deux membres de l'OHCHR ont passé chacun un mois en Europe. Une autre mesure adoptée le 24 mars 2017 le Conseil des droits de l'homme a demandé à l'OHCHR de coopérer avec les mécanismes régionaux des droits de l'homme en créant, dès 2018, un programme de coopération visant à tirer l'expérience dans le système des droits de l'homme et à promouvoir le renforcement des capacités et la coopération entre eux. Cependant, aucun autre échange n'a eu lieu depuis 2012.

92. 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 d'opinions, de rapports périodiques ou lors de la rédaction d'observations générales, comme illustré dans

¹⁶² Voir doc. A/73/140, 11 juillet 2018, Mise en œuvre des initiatives 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.

¹⁶³ Pour plus de détails, voir www.geneva-academy.ch/geneva-humanrights-platform/treaty-body-members-platform.

l'Observation générale n° 4 de la CAT), pourraient continuer à attirer l'attention des organes de traités à l'approche des problèmes fondamentaux de la CEDH telle qu'interprétée par la Cour EDH. En outre, ils pourraient s'efforcer de renforcer sur les opinions exprimées par les organes de traités des Nations Unies, associant leurs institutions nationales des droits de l'homme éventuellement leurs politiques de dialogue avec le 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.

93. Tout en comprenant que la modification des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme n'est pas ¹⁶⁴ un certain renforcement du Règlement intérieur des organes de traités dans le sens général de clairs et, autant que possible, uniformes, dans la mesure permise par les traités respectifs et sans limiter les droits individuels, réduirait les cas de chevauchement de compétences. À son tour, cela minimiserait le risque d'interprétation contradictoire des normes relatives aux droits de l'homme et limiterait ainsi la possibilité de faire un forum-shopping. Par exemple, il serait avantageux d'introduire, dans la mesure du dépôt des communications.

94. 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 et 35 de la CEDH peut contribuer à réduire le nombre de constatations contradictoires, en permettant aux organes de traités de l'ONU même de « résoudre la question » sans en effet déjà être suffisamment examinée par la Cour.¹⁶⁵

95. 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 droits de l'homme peut être une source d'enrichissement pour l'homme. Les organes internationaux et régionaux de suivi, devraient néanmoins veiller à ne pas créer de 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.

* * *

¹⁶⁴ Voir le Rapport 2018 sur la situation du système des organes de traités du Secrétaire général, *supra*, § 82.

¹⁶⁵ Voir le Rapport 2015 du CDDH, à la p. 188 et le rapport de 2015 *Le processus d'Interlaken et la Cour*, p. 4.