



HAL
open science

Le droit international général, outil de développement de la Cour européenne des droits de l'homme

Nicolas Riou Kang-Riou

► **To cite this version:**

Nicolas Riou Kang-Riou. Le droit international général, outil de développement de la Cour européenne des droits de l'homme. Droit. Université de Strasbourg, 2014. Français. NNT : 2014STRAA006 . tel-01151341

HAL Id: tel-01151341

<https://theses.hal.science/tel-01151341>

Submitted on 12 May 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE

Institut de recherche Carré de Malberg

THÈSE présentée par :

Nicolas Kang-Riou

soutenue le : **25 janvier 2014**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline / Spécialité : Droit public

**Le droit international général, outil de
développement de la Cour européenne des
droits de l'homme**

THÈSE dirigée par :

Mme Florence Benoit-Rohmer Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

M. Fabrizio Marrella Professeur, Université Ca'Foscari de Venise

M. Jim Murdoch Professeur, Université de Glasgow

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. Jean Dhommeaux Professeur émérite, Université de Rennes I

Le droit international général, outil de
développement de la Cour européenne
des droits de l'homme

Résumé :

La Cour européenne des droits de l'homme a clairement intégré le droit international général au sein de la CEDH en l'utilisant à de nombreuses reprises. Ce faisant, elle n'a pas adopté de méthode unique pour résoudre les tensions entre les interprétations du droit international général et les spécificités de la CEDH. Elle a mélangé différentes approches : application des opinions dominantes issues du droit international, utilisation du droit international pour renforcer ses pouvoirs juridictionnels, priorité aux droits de l'homme et enfin transformation du droit international selon la version reprise par la Cour dans sa jurisprudence. Toutes ces approches possèdent un objectif commun. Le droit international a été utilisé pour renforcer la Cour en tant qu'institution, pour lui permettre d'accroître sa capacité à influencer la politique juridique des États membres du Conseil de l'Europe.

Mots clés : CEDH, droit international général, droits de l'homme.

Summary:

The European Court of Human Rights has consistently applied general international law to the ECHR. However, it did so without a clear theory as to how to solve the inherent tensions between the interpretations derived from international law and the objectives specific to the ECHR. The Court has employed various methods: interpretation according to the dominant views within international law, use of emerging international principles to increase its institutional powers, prioritisation of human rights principles within international law, and finally transformation of international law according to how it has been incorporated in the Court's case-law. All these approaches enable a reinforcement of the Court as a judicial institution. They all increase the Court's capacity to influence the legal policies of the Council of Europe member States.

Key-words: ECHR, general international law, human rights.

Remerciements :

Au Seigneur,

à ma femme,

à mes parents et ma famille,

à Florence BENOIT-ROHMER pour tout mais en particulier pour son soutien indéfectible,

à Martti KOSKENNIEMI pour ses précieux conseils,

à Peggy, Solenn, Servane, Laure, Mathieu, David et Evelyne pour leur aide, incluant leur participation à la relecture,

et finalement à tous ceux qui ont contribué d'une manière ou d'une autre à cette thèse qui sont trop nombreux pour être nommés individuellement.

Liste des abréviations

Recueil des cours :

Recueil des cours de l'Académie de droit européen : *RCADE*

Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye : *RCADI*

Revue en français

AFDI : Annuaire français de droit international

AFRI : Annuaire Français de Relations Internationales

APD : Archives de philosophie du droit

JCP : Juris-classeur périodique

JDI : Journal du droit international (Clunet)

RBDI: Revue belge de droit international

RCADE : Recueil des cours de l'académie de droit européen

RCADI : Recueil des cours de l'Académie de La Haye

RDH: Revue des droits de l'homme

RDP : Revue du Droit public et de la science politique

RGDIP : Revue générale de droit international public

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RQDI : Revue québécoise de droit international

RRJ : Revue de recherche juridique et de droit prospectif

RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'Homme

RUDH : Revue universelle des droits de l'Homme

Revue en anglais :

AJIL : American Journal of International Law

BYBIL : British Yearbook of International Law

EHRLR : European Human Rights Law Review

EJIL : European Journal of International Law

GYBIL : German Yearbook of International Law

HRLR : Human Right Law Review

Harv. L. Rev.: Harvard Law Review

HRQ : Human Rights Quarterly

N.Y. Univ. j. int. law polit. : NYU Journal of International Law and Politics

ICLQ : International Comparative Law Quarterly

ItYIL : Italian yearbook of international Law

JICL : Cardozo Journal of International and Comparative Law

LJIL : Leiden Journal of International Law :

NQHR : Netherlands Quarterly of Human Rights :

Netherlands YbIL : Netherlands Yearbook of International Law

Tex Int'l L J : Texas International Law Journal

Table des matières générale

| | |
|---|-----|
| Introduction | 9 |
| Première partie. La réception discrétionnaire du droit international général par la Cour | 32 |
| Titre 1. L'application de principe du droit international général..... | 34 |
| Chapitre 1. Le droit international intégré à la CEDH | 35 |
| Chapitre 2. Le droit international vu comme ensemble de positions dominantes .. | 77 |
| Titre 2. Un droit international adapté aux spécificités de la Convention | 114 |
| Chapitre 1. Les méthodes d'interprétation du droit international, fondement des positions européennes..... | 115 |
| Chapitre 2 : L'ordre public, fondement d'une exception « européenne » des droits de l'homme | 145 |
| Deuxième partie. Le droit international, outil de renforcement de la légitimité et des pouvoirs de la Cour | 182 |
| Titre 1. Un outil de renforcement du système européen de supervision..... | 184 |
| Chapitre 1. L'épuisement des voies de recours internes, mécanisme de protection de la Cour | 186 |
| Chapitre 2. La compétence <i>ratione temporis</i> ou la difficile promotion de l'état de droit..... | 225 |
| Chapitre 3. Les mesures provisoires, outil d'accroissement des pouvoirs de la Cour | 269 |
| Titre 2. Un outil de renforcement de la légitimité de la Cour au regard des activités externes à la CEDH | 312 |
| Chapitre 1. L'extension progressive de la compétence extra-territoriale de la Cour justifiée par le droit international | 314 |
| Chapitre 2. Les immunités internationales, outil de gestion des interactions avec les autres acteurs internationaux | 345 |
| Conclusion générale. | 389 |
| Bibliographie | 401 |

« Le discours n'est pas simplement ce qui traduit les luttes ou les systèmes de domination, mais ce par quoi on lutte, le pouvoir dont on cherche à s'emparer ».

Michel FOUCAULT, *L'ordre du discours*¹

Introduction

La Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, plus communément appelée Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), signée le 4 novembre 1950², a représenté l'espoir que le droit international ne traite plus uniquement des affaires entre États mais considère l'individu comme base et principal bénéficiaire du système international³. Cette perspective autorisait à penser les droits de l'homme comme un outil de transformation du droit international. Elle s'inscrivait dans le mouvement, à l'origine du droit international, voulant des limites juridiques à la liberté d'action des États. Cette conception des droits de l'homme tient dans la formule de « souveraineté du droit » sur laquelle Pierre-Henri TEITGEN, un des « pères » de la Convention⁴, a proposé de s'appuyer. Pour lui, il était possible de concilier le respect de la souveraineté des États avec un contrôle du respect de leurs obligations par un tribunal international :

« Je comprends, Monsieur le Président, qu'un État souverain refuse d'incliner sa souveraineté devant un autre État souverain. [...] Je ne comprends pas au contraire, qu'un État de l'Europe occidentale refuse d'incliner sa souveraineté devant celle d'une Cour de Justice offrant toutes les garanties d'équité, d'impartialité et de conscience. En l'occurrence, ce n'est pas la souveraineté

¹ Gallimard, 1971, p. 12.

² Elle fut entrée en vigueur le 3 novembre 1953.

³ Voir par exemple René-Jean DUPUY, « La Commission européenne des Droits de l'Homme », *AFDI*, 1957, p. 458 ; Arthur H. ROBERTSON, « The European Convention for the Protection of Human Rights », *BYBIL*, 1950, p. 162.

⁴ Pierre-Henri TEITGEN, ministre et professeur de droit, fut la figure politique française clé lors de la rédaction de la Convention, en tant que Rapporteur de la Commission juridique de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Voir, Mikael Rask MADSEN, *La genèse de l'Europe des droits de l'homme*, Presses universitaires de Strasbourg, 2010, p. 114-117.

de l'État qui se dresse contre la souveraineté d'un autre État, c'est la souveraineté de l'État qui prétend se dresser contre la souveraineté du droit et je dis que cela est profondément choquant. »⁵

Même si ce n'était originellement que de manière facultative, les individus ont pu pour la première fois saisir directement un mécanisme juridictionnel international chargé de traiter de violations de droits de l'homme, alors que ces situations ressortent essentiellement des affaires intérieures des États⁶. Il n'est désormais plus besoin de faire un lien avec un État qui serait indirectement lésé, comme c'est le cas en matière de protection diplomatique ; seule compte la violation d'un droit individuel. Et il existe un organe officiel chargé de dire le droit, sanctionnant les dérives des politiques étatiques. Le traité original a en effet créé une Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour⁷) et une Commission européenne des droits de l'homme (ci-après la Commission⁸) pour traiter des recours individuels et interétatiques.

La fonction du mécanisme de supervision a été clairement énoncée : il s'agit « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles »⁹. Ce mécanisme doit pouvoir répondre à « toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises »¹⁰ dans le cadre des recours individuel et interétatique, ou dans la procédure d'avis. La fonction des organes de contrôle se limite à vérifier le respect des engagements. L'idée de souveraineté du droit, par opposition à la liberté politique, transparaît ainsi dans le texte de 1950.

Cependant, le texte n'indique pas comment la Cour doit produire ses décisions concernant « l'interprétation et l'application ». Cette question n'a jamais été débattue lors des travaux préparatoires, comme si la fonction juridictionnelle allait de soi. Or

⁵ Pierre-Henri TEITGEN, *Travaux préparatoires CEDH*, vol. I, p. 297.

⁶ Art. 2 (7) Charte des Nations Unies.

⁷ Les termes « la Cour » renverront exclusivement à la Cour européenne des droits de l'homme.

⁸ De même que pour « la Cour », « la Commission » renvoie uniquement à la Commission européenne des droits de l'homme.

⁹ Art. 19 CEDH. Cette formule était déjà utilisée dans l'ancien article 19 CEDH à propos de la Commission et de la Cour. Elle a été reprise par le Protocole n°11.

¹⁰ Art. 32 CEDH. C'était également affirmé par l'ancien article 45 CEDH concernant la Cour, et le rôle juridictionnel de la Commission était quant à elle de traiter de la recevabilité des requêtes par application des anciens articles 25 à 31.

les nombreux écrits relatifs à l'interprétation et à la fonction de juger, quelle qu'en soit l'approche, montrent au contraire que cette activité reste problématique¹¹.

Dans ce contexte, la création d'une cour était source d'inquiétudes multiples : concurrence avec la Cour internationale de Justice (ci-après CIJ) et risque de fragmentation du droit international, mais surtout peur qu'elle vienne mettre des limites inacceptables à la liberté des États.

Certains critiques doutaient de la nécessité d'ajouter une institution pouvant concurrencer la Cour de La Haye¹². Henri ROLIN avait bien noté lors des travaux préparatoires de la Convention que la CIJ « est bien cette institution judiciaire suprême qui nous donne, pour le droit des gens, cette condition indispensable : l'unité de jurisprudence »¹³. Cette remarque laissait déjà poindre la crainte liée à la multiplication des juridictions internationales, établies par des régimes spéciaux, de voir ces cours « privilégier leurs disciplines propres »¹⁴, créant un « danger grave : celui que soient oubliées les perspectives d'ensemble »¹⁵ représentées par le droit international.

Ce thème de la « fragmentation du droit international » se développe¹⁶, au point d'avoir été porté à l'ordre du jour de la Commission du droit international (ci-après la

¹¹ Voir ainsi l'étude de Benoît FRYDMAN sur les nombreuses théories de l'interprétation qui jalonnent l'histoire de la « raison juridique », Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant-LGDJ, 2005.

¹² Voir par exemple les commentaires d'Henri ROLIN lors des travaux préparatoires de la Convention. Il ne voulait pas créer « une sinécure » pour des juges à plein temps. Ainsi l'idée de doter une cour internationale d'une compétence générale pour tous les litiges entre États européens avait été opposée, afin que la saisine de la CIJ ne perde pas son intérêt. *Travaux préparatoires CEDH II*, p. 149.

¹³ *Ibid.*, p. 151.

¹⁴ Guillaume GILBERT, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *RIDC*, 2003, p. 28.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Voir entre autres : Jonathan I. CHARNEY, « Is international law threatened by multiple international tribunals? », *RCADI*, t. 271, 1998, p. 129-134 ; Pierre-Marie DUPUY, « La multiplication des juridictions internationales menace-t-elle le maintien de l'unité de l'ordre juridique international », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 611-638 ; Andreas FISHER-LESCANO et Günther TEUBNER, « Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 999-1046 ; Andrea GATTINI, « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP*, 2006, p. 303-335 ; Rosalyn HIGGINS, « The ICJ, the ECJ and the Integrity of International Law », *ICLQ*, 2003, p. 1 and « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the bench », *ICLQ*, 2006, p. 791-804 ; Alexandre C. KISS, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? », *Mélanges Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 493-505 ; Martti KOSKENNIEMI et Paivi LEINO, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *LJIL*, 2002, p. 553-579 ; Rapport du Groupe d'Étude de la Commission du droit international, Établi sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, 13 Avr. 2006, ci-après, Rapport KOSKENNIEMI ; Monica PINTO

CDI), donnant lieu en avril 2006 à un rapport très détaillé¹⁷. Les quatre derniers présidents de la CIJ se sont également prononcés sur la fragmentation du droit international, non seulement dans des publications scientifiques mais également dans leur discours à l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁸.

Un des exemples cités par le juge Robert JENNINGS¹⁹ concernant les risques de fragmentation à travers la divergence de jurisprudence est l'arrêt *Loizidou* de la Cour de Strasbourg²⁰. En y ajoutant l'arrêt *Belilos*, fixant la position de la Cour envers les réserves, une partie de la doctrine y a vu la naissance d'un « droit-de-l'homme »²¹, une tendance à utiliser des interprétations militantes, et plus largement un mouvement privilégiant les droits de l'homme contre les solutions acceptées en droit international.

C'est toutefois le risque d'atteinte à la souveraineté étatique qui génère les plus grandes appréhensions. Certains États souhaitent un traité sans système de contrôle ambitieux, sans cour et sans recours individuel. Ainsi M. FAYAT, représentant belge à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe en 1949, pouvait-il affirmer qu'il n'y avait pas d'urgence à instaurer une cour, car « dans la plupart de nos pays, la liberté a été traditionnellement mieux défendue que dans n'importe quelle région du monde »²².

Pour certaines chancelleries européennes, l'élaboration de la Convention était certes un outil de protection des sociétés européennes mais surtout un exercice

« Fragmentation or unification among international institutions : human rights tribunals » *N.Y. Univ. j. int. law polit.*, 1999, p. 833-842 ; Stephan M. SCHWEBEL « The Proliferation of International Tribunals: Threat or Promise? », in *Judicial Review in International Perspective, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, 2000, p. 3-22 ; Bruno SIMMA « Self Contained Regimes », *Netherlands YbIL*, 1985, p. 111-136.

¹⁷ Rapport KOSKENNIEMI, « Fragmentation du droit international », *op. cit.*

¹⁸ Ainsi Martti KOSKENNIEMI et Päivi LEINO remarquaient-ils déjà en 2002 que c'est ce thème qui avait été choisi et traité dans trois discours successifs de 1999 à 2001. Ce mouvement a continué depuis.

Voir le site internet de la CIJ pour l'intégralité des discours des présidents depuis 1994 <http://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/cstatements.htm>. Et KOSKENNIEMI et LEINO, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *op. cit.*

¹⁹ Robert JENNINGS, « The role of the International Court of Justice », *BYBIL*, 1997, p. 60.

²⁰ La Cour comme la Commission sont basés à Strasbourg, siège du Conseil de l'Europe.

²¹ Néologisme (créé et) popularisé par Alain PELLET, « La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme » in *Droit international et droits de l'homme - La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, H. Thierry et E. Decaux, (dirs.), Montchrestien, 1990, p. 126.

²² *Travaux préparatoires CEDH*, Vol. I, p. 91.

« symbolique »²³. Le Royaume-Uni, mais également la France et les États-Unis ou même l'URSS, développaient une « théorie des droits de l'homme pour l'export »²⁴ : « les droits de l'homme étaient pour les étrangers qui n'en bénéficiaient pas, et pas pour les Britanniques qui en bénéficiaient de toute façon »²⁵. Ils étaient utilisés comme une arme diplomatique permettant de critiquer les autres États. Ceci fut affirmé de manière plus lyrique par Sir MAXWELL-FYFE pour qui « une telle convention serait [...] un phare pour nos amis qui se trouvent maintenant dans les ténèbres du totalitarisme »²⁶.

Pour ces raisons, le système de supervision a dès lors été mis en place de manière facultative²⁷, laissant le soin à chaque État d'évaluer si le contrôle juridictionnel international en matière de droits de l'homme était compatible avec son idée de la souveraineté et du rôle du juge.

Dans ce contexte, la Commission et la Cour ont immédiatement fondé leur action sur le droit international, un droit débordant matériellement et géographiquement le cadre de la CEDH et permettant de conférer des limites et un contenu à la souveraineté du droit.

Ce choix a conduit les organes de la Convention à rendre des décisions²⁸ dans un nombre croissant de domaines²⁹ de la vie des Européens³⁰.

Ces décisions interviennent aussi dans des pans d'activités essentiels, comme les interventions militaires externes ou les relations diplomatiques, habituellement régulés par le droit international³¹.

²³ « It was then believed that human rights were adequately respected in member states; the convention's function was [...] in part symbolic, and in part an exercise in conservation », SIMPSON, *Human Rights and the End of the Empire*, *op cit.* p. 5.

²⁴ *Ibid.*, p. 347-348.

²⁵ « Human rights were for foreigners, who did not enjoy them, not for the British, who enjoyed them anyway », *ibid.* p. 347.

²⁶ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. VI p. 83. Voir également, *Travaux préparatoires CEDH*, Vol. I. p. 118.

²⁷ Sur les difficultés d'un compromis sur le contrôle institutionnel de la Convention voir Mikael RASK MADSEN, « The Protracted Institutionalisation of the Strasbourg Court: From the Diplomacy of Law to Integrationist Jurisprudence », in J. Christoffersen, and M. R. Madsen (eds), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011, p. 43-60.

²⁸ Entre 1959 et 1998, la Cour a rendu 837 arrêts. Depuis 2005, elle en rendu plus de 1000 par an. Pour les dernières statistiques, voir le site internet de la Cour.

<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data/>

²⁹ Voir par exemple, Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme : Contentieux européen*, 2010, 4ème éd., LGDJ, pour une vue d'ensemble des évolutions.

³⁰ Européens entendus comme tous ceux qui se trouvent dans la juridiction d'un des pays membres du Conseil de l'Europe.

Toutefois, en ce qui concerne la CEDH, la séparation du droit international général n'est pas à l'ordre du jour. La Convention est historiquement connectée au système juridique international et participe de son évolution. Surtout, la Cour s'est fermement inscrite dans le droit international et y a multiplié les références, tout en développant certains principes généraux relatifs à son intégration.

Depuis l'entrée en vigueur du mécanisme de supervision, la Cour et la Commission ont en effet fait appel à divers éléments du droit international, comme les principes du droit international, des traités internationaux ou la jurisprudence internationale... Depuis 1998, la nouvelle Cour issue du Protocole n°11, continuatrice à la fois de la Commission et de la Cour, a multiplié les appels au droit international dans des décisions marquantes qui concernent des domaines aussi divers que le caractère obligatoire des mesures provisoires, les liens avec le *jus cogens*, l'immunité des États ou la juridiction des États, à tel point qu'une rubrique de l'*Annuaire français de droit international* est consacrée à ce thème depuis la fin des années 1990³².

La position de la Cour est désormais claire : « les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide »³³. La Convention doit « s'interpréter, dans toute la mesure du possible, en harmonie avec les autres principes du droit international, dont elle fait partie »³⁴. Pour la Cour, la CEDH est bien un traité international faisant partie d'un environnement normatif plus large, le droit international, ce qui est d'ailleurs unanimement confirmé par la doctrine³⁵. Son

³¹ Voir *infra*.

³² Chronique de Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS dans l'*AFDI* commencée en 1998 et intitulée « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », reprise en 2010 par Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD et Sébastien TOUZÉ suite au décès du très regretté Professeur FLAUSS.

³³ Voir parmi d'autres, CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (fond), GC, 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI, § 43 ; CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, (déc.), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII, § 57 ; CourEDH, *Öcalan c. Turquie*, GC, 12 mars 2003, Rec. 2003-III, § 190.

³⁴ CourEDH, *Banković*, *op. cit.*, § 57.

³⁵ En plus de la chronique de l'*AFDI*, voir Lucius CAFLISCH et Antônio A. CANÇADO TRINDADE, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004, p. 5-61 ; Gérard COHEN-JONATHAN « Conclusions générales : La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque SFDI, Pédone, 1998, p. 307-341 ; Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, « The place of the European Convention in international law », in *The European system for the protection of human rights*, R.St.J. Macdonald, F. Matscher et H. Petzold, (éd.), Nijhoff, 1993, p. 15-24 ; Jean-François FLAUSS, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, 1998, Colloque SFDI, Pédone, p.11-79 et « Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, G. Cohen-Jonathan et J.F. Flauss (éd.), Bruylant, 2004, p. 73-120 ; Hans KÖCHLER,

importante production jurisprudentielle offre un champ d'analyse substantiel, tant par la diversité des questions abordées que par leur impact.

La conception du droit international général retenue par la Cour est donc identique à celle de la CPJI dans l'*affaire du Lotus* où elle a affirmé que

« le sens des mots “principes du droit international”, ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu’il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale »³⁶.

Le droit international est intégré par principe. Mais encore faut-il savoir si ce droit international invoqué par la Cour est le même que celui « en vigueur entre toutes les nations ».

L'objectif doit alors être d'établir comment le droit international, en tant qu'élément extérieur au texte de la CEDH et entendu comme le droit applicable à tous les acteurs du droit international que ce soit les États ou les organisations internationales³⁷, a été utilisé par la Cour.

Si certains de ces arrêts ont même été identifiés comme faisant partie des « grands arrêts » de la Cour³⁸, l'affaire *Al-Adsani*³⁹ nous a incité à nous poser une question connexe mais distincte de celle de la fragmentation : comment la Cour tranche-t-elle le contenu du droit international lorsque celui-ci est discuté ? Comment fait-elle pour que ce dernier ne soit pas simplement réinterprété en sa faveur ?

Dans cette affaire, la Cour a dû statuer sur les conséquences de la qualification de l'interdiction de la torture de norme impérative du droit international vis-à-vis du maintien de l'immunité juridictionnelle des États. Bien qu'ayant été torturé au Koweït, le requérant fut débouté par les tribunaux civils britanniques car ces derniers avaient

The principles of international law and human rights : the compatibility of two normative systems, International Progress, 1981 ; Bruno SIMMA, « International Human Rights and General International Law : A Comparative Analysis », *RCADE*, 1993, vol. 4(2), p. 153-236 ; Paul TAVERNIER, « La Cour européenne des droits de l'homme applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite*, P. Tavernier (éd.), Bruylant, 1996, p. 17-37 ; Philippe WECKEL, « Les droits fondamentaux et le droit public international (Glücklich des Heimatsloser !) », in *Recueil d'études en la mémoire de Jacques Schwob*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 123-139.

³⁶ CPJI, *Lotus* (France c. Turquie), 7 septembre 1927, Série A 10, p. 28

³⁷ La définition du droit international général sera abordée avec plus de détails dans la première partie.

³⁸ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6ème éd., PUF, 2011.

³⁹ CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI.

appliqué l'immunité de juridiction au Koweït en vertu du droit international. Son recours était fondé sur la violation de l'article 6 CEDH garantissant le droit d'accès aux tribunaux. À l'unanimité, la Cour a décidé de qualifier de *jus cogens* l'interdiction de la torture. Pour autant, la Grande chambre s'est divisée sur les conséquences à en tirer en droit international (neuf voix contre huit).

C'est dans les opinions individuelles concordantes et l'opinion dissidente de la minorité des juges que se trouvent les éléments les plus éclairants du débat. Les juges se sont opposés sur la question de la structuration de l'ordre juridique international, certains estimant que l'intégralité du droit international devait céder devant les normes impératives, tandis que pour les autres la pratique des États allait à l'encontre d'une telle conclusion. Pour ces derniers, la hiérarchisation du droit international serait incomplète.

Les conséquences de ce choix sont importantes. La majorité a décidé que le droit international ne pouvait permettre d'écarter la règle de l'immunité des États, même si cela devait diminuer l'efficacité de normes impératives du droit international. C'est ainsi en se référant au droit international qu'elle a exclu la possibilité de compensation pour des actes de torture.

Si les deux positions sont critiquables, la majorité comme la minorité ont développé leurs arguments avec le professionnalisme requis de juristes internationaux. Pour tous, le respect de l'article 6 CEDH dépend de la validité des exceptions en droit international. Toutefois, selon la minorité, il fallait privilégier les objectifs de la norme et, selon la majorité, la volonté commune des États ; opposition classique et structurante du droit international.

Cette décision illustre bien l'incapacité de la Cour à dépasser les incertitudes sur la détermination du contenu du droit international. Elle aurait très bien pu être tout autre si le tirage au sort des juges de la Grande chambre avait été différent. Ce fait, associé à la pratique de la Cour d'aborder chaque thématique de manière casuistique, conduit à douter de l'existence d'une préférence systématique de la Cour envers une doctrine particulière.

Mais une autre analyse est possible, celle du recours au droit international comme outil de développement de la Cour. Pour pouvoir la justifier, il faut pouvoir établir deux éléments. Premièrement, un choix politique doit être structurellement ouvert à

une juridiction internationale voulant appliquer le droit international. Deuxièmement, il faut pouvoir continuer à justifier en quoi le droit international peut être employé de manière prévisible, sans quoi il serait incapable d'être du droit.

Le travail novateur, relativement « ignoré du public francophone »⁴⁰, de Martti KOSKENNIEMI⁴¹, le théoricien et internationaliste finlandais, et Niklas LUHMANN⁴², le sociologue allemand permettent d'expliquer ces deux mécanismes. Il nous faudra dès lors étudier comment, selon le premier, il est possible de voir dans l'utilisation de l'ambivalence structurelle du droit international un mouvement « hégémonique » où une instance essaye de faire passer son point de vue particulier pour le point de vue global et comment, pour le second, le droit est créateur de systèmes dont chacun tente de préserver au mieux son fonctionnement. En combinant les deux, nous souhaitons démontrer que la Cour a pu imposer sa vision de l'intégration du droit international à son profit.

Si l'œuvre de Martti KOSKENNIEMI est à certains égards encore controversée⁴³, comme l'affirme Emmanuelle JOUANNET, elle a « révolutionn[é] en profondeur [...] la compréhension que l'on peut avoir du discours internationaliste »⁴⁴. Il a très clairement démontré pourquoi le droit international naviguait irrémédiablement « entre utopie et apologie »⁴⁵ : il est intrinsèquement ambivalent. Sa structure même permet de produire des arguments valables pour des résultats opposés.⁴⁶

⁴⁰ Emmanuelle JOUANNET, « Présentation critique », in Martti KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, Pédone, 2007, p. 7, concernant l'œuvre de Martti Koskenniemi et Juan Antonio GARCIA AMADO, « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », *Droit et Société*, 11/12, 1989, p. 15-52, concernant celle de Niklas LUHMANN.

⁴¹ Pour un recueil d'articles traduit en français voir, Martti KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, *op. cit.*

⁴² Voir le dossier spécial « Niklas Luhmann : autorégulation et sociologie du droit », *Droit et Société*, 11/12, 1989 et Jean CLAM, *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, Presse Universitaire de France, 1997.

⁴³ Voir par exemple, Pierre-Marie DUPUY, « Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi. », *EJIL*, 2005, p. 131-137 mais elle est également acceptée comme étant essentielle à la compréhension du droit international.

⁴⁴ JOUANNET, « Présentation critique », *op. cit.*, p. 8.

⁴⁵ KOSKENNIEMI, « Entre utopie et apologie », *op. cit.*

⁴⁶ Pour une analyse complète, voir Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument, (Reissue with a new epilogue)*, CUP, 2005. Pour un résumé en français voir, « Entre utopie et apologie, la politique du droit international », in Martti KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 51. Il s'agit d'un recueil de différents textes publiés en anglais et traduits en français dont nous utiliserons les traductions. David KENNEDY a également développé une thèse similaire dans son : *International Legal Structures*, Nomos, 1987. Pour une analyse approfondie de l'apport de *From Apology to Utopia* à la compréhension du droit international, voir le numéro spécial « From Apologia to Utopia: A Celebration of Martti Koskenniemi's Scholarship in International Law », *German Law Journal*, 2006.

En effet, une des fonctions du droit est de pouvoir s'opposer à la politique, aux préférences partisans, ce qu'implique par exemple la formule de « souveraineté du droit » de TEITGEN. Or le choix du droit international comme fondement des solutions juridiques se heurte à un défi majeur : la démonstration de la normativité des règles d'une manière qui soit à la fois acceptable par les parties, mais également suffisamment distante de leurs préférences.

On sait que deux grandes écoles⁴⁷ s'affrontent sur les grandes questions du droit international, dont celle de la démonstration de son contenu, et qu'elles n'ont pu se départager. Si leurs positions sont bien connues, l'analyse de leurs différences permet d'illustrer en quoi le problème n'est pas dans l'incomplétude de ces théories mais dans la contradiction interne au droit international.⁴⁸

Selon une approche dite « volontariste », le droit international reposerait sur la volonté des États au motif qu'il servirait avant tout à gérer les relations entre États souverains. Le droit international serait basé sur le principe de l'égalité souveraineté des États mais aussi sur celui de l'absence d'institution supérieure. La principale spécificité de cet ordre juridique serait, dès lors, son absence de hiérarchie⁴⁹. En conséquence, pour l'école volontariste le droit international serait « par nature intersubjectif et ne tolère[rait] logiquement aucune atteinte à son fondement essentiel, la souveraineté »⁵⁰. Or la souveraineté implique que les États puissent déterminer librement la meilleure conduite à adopter pour défendre et promouvoir leurs intérêts : « Le droit international [...] ne peut se composer que de règles que les États souverains se donnent à eux-mêmes afin de réglementer leurs inter-relations »⁵¹. Ainsi pour connaître son contenu, il faudrait surtout s'intéresser à la pratique étatique.

Le professeur CHAUMONT avait également, avant eux, procédé à une analyse des contradictions du droit international, mais il en avait proposé un dépassement. Charles CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1970-I, t. 129, p. 335. Pour une analyse, voir Emmanuelle JOUANNET, « La pensée juridique de Charles Chaumont », *RBDI*, 2004, p. 258-289.

⁴⁷ Martti KOSKENNIEMI utilise un vocabulaire distinct (approche formelle et approche téléologique) mais nous allons conserver les appellations classiques de la doctrine francophone. KOSKENNIEMI, « Entre utopie et apologie », *op. cit.*, p. 61-62.

⁴⁸ Cette section tente de retracer les arguments du Professeur KOSKENNIEMI. Pour une vue précise, il faut se référer à la démonstration originale. Les erreurs et approximations sont de notre seule responsabilité.

⁴⁹ Serge SUR, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, 1986, p. 105.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Luigi CONDORELLI, « La Coutume », in *Droit international. Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui (éd.), t. 1, Pédone-UNESCO, 1991, p. 187.

La seconde approche privilégie les objectifs du droit international, auxquels les États seraient assujettis en tant que membres de la communauté internationale. Pour les « objectivistes », le contenu du droit serait basé sur ses fonctions exprimées à travers la théorie du droit naturel, la théorie normativiste ou l'école sociologique⁵². Les États ne sauraient librement déterminer le rôle du droit international. Dès lors, son contenu serait d'abord lié aux objectifs poursuivis.

Aucune de ces deux approches ou de leurs variantes n'a pu s'imposer totalement⁵³. Chacune a besoin de l'autre pour pouvoir surmonter ses propres faiblesses car, comme le relève M. KOSKENNIEMI, « on doit nécessairement partir, soit de l'idée (réaliste mais apologétique) de la souveraineté comme étant la base du système normatif, soit de l'idée (très puissante mais utopique) de l'existence autonome de critères pour faire la distinction entre l'autorité souveraine et le pouvoir. »⁵⁴

L'invocation des fondements volontaristes du droit international tend à justifier tous les comportements des États. En effet, le principe de souveraineté est un principe matériellement flexible ; il constitue la transposition dans l'ordre international du principe de liberté individuelle. À lui seul, ce principe ne permettra jamais à une juridiction de trouver une solution à un problème d'interprétation, devant justement fixer la limite de cette liberté. Se baser uniquement sur la liberté ou la souveraineté sans évoquer son pendant, le respect des obligations légales, est par conséquent totalement apologétique. Dès lors, les volontaristes doivent également faire appel à des valeurs situées hors de la volonté exclusive des États pour décider du contenu des normes. Pour déterminer le contenu du droit international, les volontaristes voient dans la pratique des États l'élément à privilégier, celui qui rend le mieux compte de ce que les États souhaitent. Or il est bien connu des juristes que les faits ne peuvent, à eux seuls, fonder une norme. Un critère supplémentaire est indispensable pour pouvoir isoler les faits qui relèvent du droit mais il ne peut procéder de la pratique.

Réciproquement, les objectivistes ont besoin de la volonté des États pour ne pas produire un droit international utopique, complètement déconnecté de la réalité. Pour

⁵² Voir par exemple, Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, 1992, t. 237, p. 70-71.

⁵³ Pour une présentation succincte, voir Patrick DAILLIER, Alain PELLET, Mathias FORTEAU, *Droit international public*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2009, p. 111-118.

⁵⁴ KOSKENNIEMI, « Entre utopie et apologie », *op. cit.*, p. 68.

cette école, il faut partir des intérêts supérieurs aux États pour identifier les normes du droit international. Mais pour contrer les critiques d'idéalisme, il faut que ces intérêts puissent être liés à leur pratique. Donc pour avoir recours aux valeurs allant au-delà des intérêts des États, il faut faire appel aux pratiques étatiques influencées par leurs intérêts souverains.

Ainsi, si la souveraineté est privilégiée, il faut tout de même avoir recours à un principe objectif, et, inversement, si les objectifs prévalent, il faut néanmoins faire référence à la pratique des États, indice de leur volonté. Le droit international doit à la fois être normatif en pouvant s'imposer aux États qui le réfutent mais également concret, tiré de la pratique, du consentement des États.⁵⁵

Martti KOSKENNIEMI démontre qu'aucune théorie ou variante de ces théories ne peut dépasser le consensus fondé sur le libéralisme⁵⁶. En effet, la doctrine libérale souhaite créer des règles communes fondées sur un principe de liberté individuelle. Mais dès lors qu'aucun cadre externe n'est universellement accepté pour poser des limites à la liberté hors du consentement du débiteur de l'obligation, la réconciliation règle-liberté est insurmontable. Le droit international, à l'instar de tout le droit fondé sur ces prémices libérales, est fondamentalement ambivalent dans ses objectifs et son mode d'argumentation⁵⁷. Il est toujours possible de produire une argumentation juridique qui aille dans un sens opposé tout en respectant les codes généraux de l'argumentation du champ en question.

Les opinions séparées dans l'arrêt *Al-Adsani* révèlent cette tension. La majorité a affirmé qu'il n'y avait pas de preuve étatique de l'abandon du principe d'immunité lorsqu'une norme de *jus cogens* entrait en jeu, qu'il fallait faire attention aux conséquences d'une décision inverse et qu'enfin « lorsqu'on aborde des questions clés du droit international général, notre Cour doit se montrer très prudente avant de faire figure de précurseur »⁵⁸. Il s'agissait d'une position privilégiant la volonté des États telle que révélée par leur pratique.

Au sein de la minorité, l'argument principal tenait à l'obligation de tirer les conséquences téléologiques de la qualification de *jus cogens*. L'objectif du droit

⁵⁵ KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia, op. cit.*, p. 342.

⁵⁶ *Ibid.* p. 71.

⁵⁷ Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication – Fin de siècle*, Harvard University Press, 1997. Pour une application en droit international, KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia, op. cit.*, p. 71-89.

⁵⁸ Opinion concordante des juges PELONPÄÄ et BRATZA.

international impératif est de créer une hiérarchie de normes. Comme le principe d'immunité des États n'est pas une norme impérative et il doit en conséquence être écarté en cas de conflit avec une norme impérative qui serait hiérarchiquement supérieure. Il s'agit d'une position typiquement objectiviste.

Si le droit international est lui-même divisé, il est dès lors douteux qu'il puisse permettre d'imposer des solutions à la Cour et servir à mettre en œuvre la « souveraineté du droit ». Au contraire, le droit international grâce à sa structure peut permettre de justifier n'importe quelle solution. Cela ne veut pas dire que toute solution sera acceptée mais que chacune d'entre elles peut être défendue par des arguments juridiques. Il n'est donc pas étonnant que la Cour ait pu être divisée sur l'interprétation à choisir ou bien changer d'interprétation. L'intégration du droit international ne peut être résumée à une application du droit qu'il suffirait de déterminer grâce à une approche scientifique.

Pour autant, tout système juridique doit être suffisamment prévisible pour répondre à sa fonction. Les acteurs juridiques doivent pouvoir être généralement capables de déterminer si leur action est légale ou non car dans le cas contraire le droit ne pourrait modifier des comportements. Or, si ce n'est pas l'argumentation juridique qui le permet alors il doit s'agir d'autre chose.⁵⁹ Afin de comprendre comment l'indétermination peut coexister avec la prévisibilité, nous avons eu recours à des concepts externes à la dogmatique juridique. Les outils de la sociologie, notamment celle de Niklas LUHMANN, permettent d'expliquer comment l'application du droit est rendue suffisamment prévisible en étant « un système de protection des attentes »⁶⁰.

Admettre que l'indétermination du droit international est structurelle paraît peu conciliable avec le fait que certaines solutions juridiques aillent de soi. Il existe des instances où les juristes sont unanimes et certaines solutions donnent l'impression de « s'imposer au juge »⁶¹. Par exemple, nul ne conteste que l'immunité des États soit un principe de droit international général ni que la prohibition de la torture fasse

⁵⁹ Par exemple, Duncan KENNEDY un de ceux qui a le plus clairement exposé les raisons de l'indétermination du droit accepte l'existence de solutions juridiques sans toutefois les expliquer. *A Critique of Adjudication, op. cit.*

⁶⁰ Niklas LUHMANN, « Le droit comme système social », *Droit et Société*, 1994, p. 57.

⁶¹ Voir les commentaires de l'ancien Président de la CIJ, Gilbert GUILLAUME qui cite deux exemples « dans lesquels une solution s'imposait au juge ». Gilbert GUILLAUME, *Discutant*, « Les techniques interprétatives de la Cour Internationale de Justice », *RGDIP*, 2011, p. 418.

partie du droit international impératif⁶². Dans l'affaire *Al-Adsani*, la Cour a partiellement fait des constats non-controversés. Il doit alors être possible de réconcilier indétermination structurelle et solutions juridiques uniques. « Comment des conduites peuvent-elles être réglées sans être le produit de l'obéissance à des règles ? »⁶³

Tout d'abord, la prévisibilité ne signifie pas qu'il soit impossible de produire un argument raisonnable proposant un résultat différent même en présence d'une règle acceptée. Par exemple, si tout le monde s'accorde sur la nature de la CEDH comme traité international, il est possible de développer une argumentation juridique allant à l'encontre des conséquences de cette qualification. En insistant, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁴, sur la qualification de la Convention comme traité « constitutionnel de l'ordre public européen », le droit international n'est plus pertinent. Il est également possible de mettre en cause le caractère contraignant de la convention, à travers un argument propre au droit international. Par exemple, un État pourrait estimer qu'il n'avait consenti à être lié que par l'adjonction d'une réserve. L'invalidation de cette dernière annulerait donc son consentement et le caractère obligatoire du traité.

Des mécanismes sociaux permettent de réduire l'indétermination du droit de manière cruciale. Pour prendre une décision, la Cour doit pouvoir identifier précisément où se situe la frontière entre application et inapplication d'une règle. Il est impossible qu'une requête soit simultanément recevable et irrecevable ou qu'une situation viole et ne viole pas un droit garanti par la CEDH. Le code du droit est binaire, fondé sur la distinction entre légal et illégal, et il ne supporte qu'une seule solution⁶⁵. Pour que la solution ne dépende pas uniquement du bon vouloir des juges, il est impératif que des mécanismes de stabilisation de l'application du droit existent. La théorie des systèmes développée par Niklas LUHMANN permet de les mettre à jour.

⁶² Certains auteurs nient la pertinence de la catégorie mais personne ne nie que si ce droit impératif existe, alors la prohibition de la torture en fait partie. Voir *infra*, Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2.

⁶³ Pierre BOURDIEU, *Choses dites*, Seuil, 1987, p. 81.

⁶⁴ Voir par exemple, CJUE, arrêt du 15 juillet 1964, affaire 6/64, *Costa c. ENEL*, Rec. 1141.

⁶⁵ Il n'existe pas de troisième voie, du moins pas devant la Cour, où l'argument de non-justiciabilité est inopérant, à comparer avec la CIJ et la possibilité de *non-liquet*.

Pour le sociologue et théoricien allemand, la prévisibilité est la conséquence du caractère auto-poïétique ou auto-créateur⁶⁶ du système juridique.

« Un système auto-créateur constitue les éléments dont il se compose par le moyen des éléments dont il se compose, et par là il établit des limites qui n'existent pas dans la complexité de l'infrastructure formant l'environnement du système ». ⁶⁷

Ces systèmes sont autonomes. Ils ont leurs propres procédures et ressources pour pouvoir produire leurs éléments. La limite du système juridique est composée par l'utilisation du couple légal/illégal. Toute communication ⁶⁸ juridique tendant à expliquer l'application de ce couple participe à la production/reproduction du système. Ces conclusions peuvent s'appliquer aussi bien au droit international qu'à la CEDH. Seuls les éléments inclus dans le système de la Convention ou du droit international sont utilisés pour la création de nouvelles décisions. Ainsi, le droit international est applicable car la Cour en a déterminé les modes d'identification.

Niklas LUHMANN décrit un système comme étant capable de reproduire ses éléments à travers plusieurs phases : l'auto-observation, l'auto-description et la production⁶⁹. Les deux premières phases sont produites par la rationalisation des communications sur le droit. En droit international, cela revient à systématiser les affirmations tendant à définir le contenu des normes. Ce processus est accompli à la fois par la doctrine et par les juridictions lorsqu'elles font œuvre de jurisprudence. L'observation de ce mécanisme à travers des communications permet de produire des opinions dominantes donnant de la prévisibilité au droit. Ainsi l'appel au droit international permet-il de respecter l'impératif de prévisibilité, non par une interprétation unique des termes, mais par la création d'interprétations dominantes.

Dans la CEDH, les opinions dominantes sont produites en plusieurs étapes. La généralisation des comportements, la systématisation de l'espace juridique créé par

⁶⁶ Cette théorie a été appliquée au droit dans *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1993 et traduit en anglais comme *Law as a Social System*, OUP, 2004. Les références suivantes seront faites à ses articles présentant ces thèses de manière concise en français. Niklas LUHMANN, « L'unité du système juridique », *APD*, 1986, p. 163-188 et « Le droit comme système social », *Droit et Société*, 1994, p. 53-67.

⁶⁷ LUHMANN, « L'unité du système juridique », *op. cit.*, p. 166.

⁶⁸ Par communication, il ne faut pas uniquement entendre les actes du droit positif, mais également les observations sur le droit tels qu'effectuée par la doctrine, ou les juges dans leurs opinions séparées.

LUHMANN, « L'unité du système juridique », *op. cit.*, p. 169.

⁶⁹ *Ibid.*

l'ensemble des décisions de la Cour et de la Commission, se font avant tout à travers un processus réflexif.

Lorsqu'elle rend un arrêt de principe, la Cour commence par rappeler les exigences qui découlent de la Convention, avant de citer sa propre jurisprudence et les adaptations liées aux circonstances. Elle recherche d'abord les principes d'interprétation disponibles et tente de généraliser son propos. Elle fait cette opération réflexive de manière désormais très visible dans la partie « Principes applicables en l'espèce » de ses arrêts. Pour mener ce travail à bien, il est essentiel que la Cour fasse une analyse de sa propre jurisprudence. Il faut qu'elle « s'auto-observe ». Contrairement à la tradition française d'*imperatoria brevitatis*, la Cour a donc adopté une démarche plus explicative de ses motivations, de sorte que les arrêts sont assez longs, voire trop longs pour une partie de la doctrine française rétive aux influences externes⁷⁰. La plupart des arguments sont passés en revue, même si inévitablement la rédaction se fait à rebours : la justification devant venir appuyer le résultat approuvé par la majorité⁷¹. Au-delà d'une simple étude comparée des arguments, la Cour généralise, hiérarchise et systématise ses conclusions.

Du point de vue de l'auto-référence, la Cour et la Commission ont pris très tôt l'habitude d'évacuer les problèmes considérés comme déjà traités à travers une citation de leur jurisprudence⁷². Comme le rappelle Niklas LUHMANN, la phase d'auto-observation et auto-description doit être « fortement simplificatrice, afin de permettre l'établissement suffisamment rapide de liaisons suffisamment simplifiées (partenaires, thèmes, informations, messages, ainsi que toutes les abstentions qui y correspondent) pour la formation d'éléments ultérieurs »⁷³.

Ainsi, la Cour affirme que « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes

⁷⁰ Les arrêts de la Cour « ont une longueur sans limites ; vingt, trente pages ; bienheureux celui que cette logorrhée n'exaspère pas ! », Philippe MALAURIE, « Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Petites affiches*, n°166, 21 août 2006, p. 5.

⁷¹ Pour cette raison, notre objet d'étude inclut le texte de la CEDH, les divers règlements de la Commission et de la Cour, ainsi que les décisions, arrêts, rapports de la Commission et de la Cour. Et concernant le droit international, tous les matériaux auxquels la Cour a elle-même eu recours ont été utilisés.

⁷² Luzius WILDHABER, « Precedent in the European Court of Human Rights », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1529-1545.

⁷³ LUHMANN, « L'unité du système juridique », *op. cit.*, p. 169.

de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »⁷⁴.

Si cette pratique peut être problématique en ce qu'elle ensevelit la controverse originale dans une des synthèses possibles, celle qu'effectue la Cour, elle simplifie et réduit le champ des arguments possibles. Ne pouvant plus faire référence aux arguments développés à l'origine, il s'agit de s'appuyer sur les formulations toutes faites. La Cour le dit d'ailleurs clairement :

« [elle] ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures [...]. Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. »⁷⁵

De fait, comme l'affirme François OST, « la Cour attache une autorité renforcée à ses arrêts »⁷⁶. En 2002, elle a reformulé sa position dans l'affaire *Chapman*⁷⁷ et a rajouté à l'objectif de sécurité juridique et de cohérence, qui doit être implicitement poursuivi par une juridiction, celui « d'égalité devant la loi »⁷⁸. Elle a également précisé les conditions qui permettent le changement car « la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre »⁷⁹. Frédéric SUDRE y a vu justement une volonté de « démontrer l'existence d'une véritable "jurisprudence", c'est-à-dire d'une solution stable à une question de droit fournie par des décisions concordantes »⁸⁰.

Les « principes pertinents » applicables au problème en cours sont aussi, en plus d'être une auto-observation, l'occasion d'amples auto-citations. La rédaction des principes pertinents peut avoir des aspects nouveaux, mais elle peut aussi être une synthèse de la jurisprudence. Il s'agira alors d'un travail de sélection, de ce qui est (ou n'est plus) considéré comme un principe important dans les arrêts précédents.

⁷⁴ CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Série A 25, § 154.

⁷⁵ CourEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, Ass. plénière, 27 septembre 1990, §35.

⁷⁶ François OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ? », in *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989, p. 246.

⁷⁷ CourEDH, *Chapman c. Royaume-Uni*, GC, 18 janvier 2001, Rec. 2001-I.

⁷⁸ *Ibid.* § 70.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Frédéric SUDRE, « À propos de l'autorité d'un "précédent" en matière de protection des droits des minorités », *RTDH*, 2001, p. 906.

Cette autoréférence et la systématisation de la jurisprudence qu'elle engendre, empêchent qu'un arrêt puisse constituer un cas isolé. La Cour a reconnu dans l'affaire *Pretty* qu'il lui était impossible de ne pas généraliser :

« si l'article 34 de la Convention donne effectivement pour mission à la Cour non de formuler des avis dans l'abstrait, mais d'appliquer la Convention aux faits concrets des espèces dont elle est saisie, les arrêts rendus dans les affaires individuelles constituent bel et bien, dans une mesure plus ou moins grande, des précédents, et la décision en l'occurrence ne saurait, ni en théorie ni en pratique, être articulée de façon à empêcher qu'elle ne soit appliquée dans d'autres espèces »⁸¹.

Cette activité de rationalisation est faite par l'ensemble des acteurs juridiques⁸². Pour autant, la Cour demeure l'observateur privilégié de son action.

La systématisation de la jurisprudence, sa simplification, empêche que les contradictions des argumentations juridiques possibles ne l'emportent dans un maelström de décisions composées de justifications choisies parmi l'ensemble des arguments possibles. Cette systématisation n'interdit aucunement que des politiques juridiques soient à l'œuvre, au contraire elle permet leur continuité. Par exemple, la Cour a reconnu explicitement qu'elle développait une « politique juridique »⁸³ visant « la nécessité de maintenir l'égalité entre États Parties et le besoin d'assurer l'effectivité de la Convention »⁸⁴. Le caractère exceptionnel de cette affirmation est révélateur, à la fois de son activité et du déni qu'elle pratique de manière plus régulière.

Hervé ASCENSIO a observé à propos des juridictions pénales internationales que leur jurisprudence participe à la création du droit de manière similaire à celle en vigueur au sein de la *common law*.

« Les décisions judiciaires étaient déjà considérées comme “mode auxiliaire de détermination des règles de droit” dans le Statut de la CIJ. Leur force argumentative se formalise de plus en plus en contrainte d'argumentation,

⁸¹ CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, Rec. 2002-III, § 75.

⁸² Les parties dans chaque affaire, les juridictions nationales et la doctrine participent également du processus.

⁸³ CourEDH, *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004, Rec. 2004-II, § 142.

⁸⁴ *Ibid.*

voire en obligation juridique, au point d'aboutir, dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, à effacer toute différence significative entre la notion de jurisprudence issue du modèle de droit romano-germanique et celle de précédent issue du modèle de droit anglo-saxon »⁸⁵.

Ce constat est également applicable à la Cour.

Ronald DWORKIN a utilisé la métaphore du juge « écrivain à la chaîne »⁸⁶ pour expliquer cette continuité. Si cette figure de style ne peut expliquer en quoi la politique peut être exclue de la fonction de jugement, elle montre comment la cohésion d'un discours repose sur la projection d'un récit collectif ayant pour horizon des valeurs propres, vues comme les valeurs dominantes de cet espace particulier. La métaphore est également utile car elle rappelle que le sens attribué à la norme n'est pas le seul fait de la Cour mais procède également des différents auditoires auxquels celle-ci s'adresse.⁸⁷

La systématisation n'empêche aucunement des variations de la jurisprudence entre différentes formations de la Cour, et même au sein de la même section⁸⁸. L'insertion du jugement dans un langage spécifique, que ce soit celui du droit international général ou du droit européen des droits de l'homme, n'impose ni carcan, ni « bonne » décision au juge. La systématisation crée des conditions où il est plus simple de rester dans le discours convenu, en reproduisant les opinions dominantes,

⁸⁵ Hervé ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, colloque SFDI, Pédone, 2003, p. 189.

⁸⁶ Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, vol. I, p. 61 et s. La chaîne du droit est une métaphore où chaque juge est identifié à un écrivain participant à l'écriture d'un roman collectif. Ce roman serait constitué par l'ensemble des décisions.

⁸⁷ Sur le rôle des auditoires dans l'interprétation judiciaire, voir en particulier, Gérard TIMSIT, *Les figures du jugement*, Presses universitaires de France, 1993.

⁸⁸ Un exemple frappant concerne l'articulation de l'article 3 et de l'article 13. Pendant le mois de juillet 2007, la Cour a rendu plusieurs décisions concernant le lien entre l'article 3 (interdiction de la torture et autres traitements inhumains et dégradants) et l'article 13 (droit à un recours effectif). La question posée est formelle. Il s'agit de savoir en cas d'absence d'une enquête sérieuse visant des situations de violation de l'article 3 s'il y a une violation de l'article 3, une violation de l'article 13 ou des deux. La politique usuelle de la Cour est de privilégier une solution à une autre et de s'y tenir. Ce n'est pas le cas ici. Dans l'affaire *Aşan et autres c. Turquie* du 31 juillet 2007, la Cour a trouvé à l'unanimité une violation de l'article 3 sur le fond et de l'article 13 pour l'absence d'enquête sérieuse. Dans l'affaire *Diri c. Turquie*, décision pour laquelle les mêmes juges (à l'exception d'un seul) ont délibéré le même jour – l'arrêt a également été publié le 31 juillet –, la Cour a trouvé une violation au fond et une violation formelle de l'article 3 et une absence de raison de statuer sur l'article 13. Quelques jours plus tôt, le 26 juillet dans l'affaire *Cobzaru c. Roumanie*, une décision rendue par une autre section, les juges ont constaté une violation de l'article 3 sur le fond et sur la forme et une violation de l'article 13 pour les mêmes raisons.

plutôt que de s'en départir.⁸⁹ Si chaque juge est libre de transformer le récit ou de l'ignorer dans un cas précis⁹⁰, le récit doit conserver une certaine continuité⁹¹ pour remplir sa fonction de stabilisation des attentes, fonction essentielle du droit⁹².

En créant des « positions dominantes », la Cour développe une perception propre de sa finalité et de son existence en tant que juridiction.

« Si la Cour doit adopter une démarche souple et dynamique pour interpréter la Convention, qui est un instrument vivant, il lui faut aussi veiller à ce que toute interprétation qu'elle en donne cadre avec les objectifs fondamentaux poursuivis par le traité et préserve la cohérence que celui-ci doit avoir en tant que système de protection des droits de l'homme. »⁹³

Cette démarche produit la formation d'un système, d'un champ juridique poursuivant des politiques spécifiques.

Ainsi décrits, les arguments, ou communications sur le droit, cherchent à devenir les « opinions dominantes ». Une fois un tel statut acquis, elles deviennent ce que les juristes appellent le droit.

Un moyen de comprendre les facteurs de production des opinions dominantes est d'envisager comment les intérêts des différents acteurs présents participent à la transformation du droit de la CEDH. Il s'agit de conceptualiser les stratégies mises en œuvre. Pour cela, les outils de « champ »⁹⁴ et de « jeu » proposés par Pierre BOURDIEU sont utiles en tant que complément de la théorie des systèmes. Cette dernière étant volontairement analytique, elle n'inclut pas les dynamiques de pouvoir à l'œuvre⁹⁵. Elle permet d'expliquer comment une solution est devenue prééminente

⁸⁹ WILDHABER, « Precedent in the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 1529.

⁹⁰ C'est par exemple ce qui s'est produit lors de la création de la branche des relations internationales, une nouvelle façon de parler des relations interétatiques hors des contraintes posées par le langage juridique. Voir par exemple la rupture opérée par Hans MORGENTHAU, « Positivism, Functionalism, and International Law », *AJIL*, 1940, p. 260-280.

⁹¹ LUHMANN, « Unité du système juridique », *op. cit.*, p. 170.

⁹² LUHMANN, *Law as a social system*, *op. cit.*, p. 148.

⁹³ CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, Rec. 2002-III, § 54.

⁹⁴ La différence entre le *champ* et le *système* est la porosité du premier aux intérêts externes. De notre point de vue, cette différence ne produit pas de conséquences pratiques. Même au sein du système, les intérêts externes sont intériorisés, la différence est que l'intériorisation est décidée uniquement par les agents du système et non par les acteurs externes.

⁹⁵ Pour Pierre BOURDIEU, « la théorie des systèmes pose "l'auto-référence" des "structures légales", en confondant sous ce concept les structures symboliques (le droit proprement dit) et les institutions sociales dont elles sont le produit. [...] Faute de distinguer l'ordre proprement symbolique des normes et des doctrines (c'est-à-dire le champ des prises de position ou espaces des possibles) [...] et l'ordre

mais pas pourquoi. Les outils bourdieusiens sont eux centrés sur les questions de pouvoir :

« Les pratiques et les discours juridiques sont en effet le produit du fonctionnement d'un champ dont la logique spécifique est doublement déterminée : d'une part, par les rapports de force spécifiques qui lui confèrent sa structure et qui orientent les luttes de concurrence ou, plus précisément, les conflits de compétence dont il est le lieu et, d'autre part, par la logique interne des œuvres juridiques qui délimitent à chaque moment l'espace des possibles et, par là, l'univers des solutions proprement juridiques »⁹⁶.

Ainsi, il faut non seulement combiner les arguments internes à la logique juridique avec les éléments constitutifs du système mais aussi y ajouter une analyse des luttes à l'œuvre autour de la maîtrise du langage.

Il peut être inquiétant que le droit international n'ait pas offert de solution à la question posée dans l'affaire *Al-Adsani*, et qu'au final la décision ne se soit pas faite sur la qualité technique des arguments juridiques mais davantage sur l'approche choisie. La CEDH n'a été d'aucune utilité décisive pour régler une affaire traitant de torture, une atteinte à l'un des droits indérogeables qu'elle consacre. Le « droit » invoqué par Pierre-Henri TEITGEN ne semble pas être si « souverain » que cela.

Pour autant, le droit international est capable de produire une jurisprudence stable et donc d'être, du moins en partie, prévisible. Il se trouve que la Cour a intégré le droit international en tant que système produisant lui-même des opinions dominantes qu'elle aurait pour rôle d'identifier puis d'intégrer à la CEDH. Mais cela se fait en interaction avec la CEDH comme système connecté mais distinct.

Nous aurions pu, comme de nombreux auteurs, nous mettre dans la position de la Cour et tenter de décider quel était, dans chaque cas, la meilleure solution juridique dans l'intégration du droit international. Pour autant, nous serions alors vulnérables à

des relations objectives entre les agents et les institutions en concurrence pour le monopole du droit de dire le droit, on ne peut comprendre que, même s'il reçoit de l'espace des prises de position le *langage* dans lequel s'expriment ses conflits, le champ juridique trouve en lui-même, c'est-à-dire dans les luttes liées aux intérêts associés aux différentes positions, le principe de sa transformation ». Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, n° 64, p. 4.

⁹⁶ BOURDIEU, « La force du droit », *op. cit.*, p. 3-4.

la critique, soit d'apologie soit d'utopie, selon que l'on insiste sur les objectifs ou la pratique. Le problème est qu'il n'existe pas de raison intrinsèque au droit international pour privilégier l'une ou l'autre approche. Or, ce choix est inévitable pour pouvoir décider qu'elle solution est conforme au « droit ». Nous n'affirmons pas qu'il soit impossible de proposer une grille d'évaluation de ces différentes solutions, au contraire⁹⁷, mais que toute suggestion possède une dimension intrinsèquement politique.

Nous n'avons pas voulu nous limiter à un point de vue interne au débat, celui du juge, mais avons choisi de nous placer en observateur « externe modéré »⁹⁸, pour considérer les mécanismes de décision internes d'un point de vue extérieur au droit.

Portée par les deux prémisses d'indétermination du droit international et des effets structurants de l'institutionnalisation, notre analyse suggère que la Cour possède une liberté beaucoup plus importante que celle que les juges et une partie de la doctrine lui reconnaissent, tout en étant sujette à des contraintes internes. Pour comprendre la cohérence des différents choix effectués, nous proposons d'y voir une véritable stratégie, même si celle-ci ne résulte pas obligatoirement d'un processus explicite, ni même délibéré, de la part des juges de la Cour.

La citation de FOUCAULT placée en épigraphe insiste sur l'importance du langage comme « ce par quoi on lutte, le pouvoir dont on cherche à s'emparer ». L'intégration du droit international est une zone stratégique d'affrontement. Elle est une ressource importante pour pouvoir décider en dernier ressort ce que signifie une violation des droits de l'homme.

Comme le dit Martti KOSKENNIEMI, « il y a toujours, derrière toute notion de droit international général, une opinion particulière qui s'exprime par l'intermédiaire d'un acteur particulier dans une situation particulière »⁹⁹. Dans le contexte de la CEDH, la Cour a mis en place une intégration du droit international permettant le renforcement soit de ses propres valeurs (majorité des juges), soit de ses pouvoirs (en tant

⁹⁷ Nous esquisserons d'ailleurs une telle possibilité dans la conclusion.

⁹⁸ Un point de vue externe modéré « consiste à rendre compte des phénomènes juridiques en tenant compte de la signification que leur attribuent les acteurs du système juridique – auxquels, à quelque degré que ce soit, le théoricien appartient toujours lui-même –, tout en soumettant ceux-ci à une réflexion critique de nature explicative. », François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, 1992, p. 217.

⁹⁹ « Droit international et hégémonie : une reconfiguration », in *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 295.

qu'institution). Il permet de promouvoir la Cour en tant que bureaucratie des droits de l'homme et en tant que voix suprême en Europe.

Notre étude critique la vision d'une Cour porteuse de la « souveraineté du droit ». Au contraire, la Cour a fait des choix éminemment politiques et conflictuels. Si elle a parfois cherché à protéger les intérêts des individus dans son interprétation et application du droit international, à d'autres occasions, ce sont les intérêts des États qui ont été privilégiés. Nous soutenons qu'au final, dans un cas comme dans l'autre, la Cour, en tant qu'institution, en est finalement bénéficiaire. Elle a surtout utilisé le droit international général afin de servir ses propres intérêts. Notre étude vise à démontrer qu'il s'agit de la clé de lecture la plus à même de rendre compte d'une régularité de ses comportements dans l'utilisation du droit international.

Pour ce faire, la première partie retrace, d'un point de vue général, la réception du droit international par la Cour. À cause ou grâce à la contradiction interne du droit international, cette réception est elle-même ambivalente, en permettant à la Cour d'intégrer la Convention au droit international tout en laissant la possibilité d'une interprétation divergente. Mais elle n'est pas faite de manière désordonnée du fait des mécanismes propres à tout système.

Dès lors, la deuxième partie établit que l'ambivalence doit être dépassée. Il existe une continuité des interprétations qu'elles soient ou non en conformité avec l'interprétation dominante du droit international : le renforcement de la Cour en tant qu'institution judiciaire statuant sur les droits de l'homme.

Première partie. La réception discrétionnaire du droit international général par la Cour

Lorsqu'un tribunal interne s'interroge sur l'application d'une loi particulière, il le fait dans un contexte plus large constitué par l'ensemble du droit national. La Cour internationale de Justice dispose, quant à elle, de l'article 38 de son Statut pour l'aider à discerner le droit international applicable. La CEDH ne contient aucun équivalent à l'article 38 et le contexte est incertain.

Pour compléter la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme peut soit faire des emprunts aux ordres juridiques nationaux ou au droit international, soit se forger son propre discours. Le contexte sélectionné reflète une vision différente du rôle de la Cour : voir la CEDH en tant que convergence des pratiques nationales, en tant que partie du droit international ou finalement, en tant qu'instrument nouveau et spécial.

La justification du choix ne peut se faire que selon une logique circulaire que l'on peut exprimer des trois manières suivantes. La CEDH est une projection des bonnes pratiques des États desquelles la Cour doit s'inspirer. La CEDH est spéciale donc le droit applicable l'est aussi. Le droit international s'applique parce que la CEDH appartient au droit international. Chacun de ces raisonnements s'appuie sur une narration différente, sur une autre manière d'appréhender le contexte de la création de la Convention.

La Cour et la Commission ont tranché en faveur du droit international. C'est le choix le moins controversé et regroupant potentiellement les trois options. D'une part, il permet de se rattacher aux principes existants du droit international et de s'appuyer sur des règles déjà acceptées des États. D'autre part, il a pour conséquence de fonder un discours juridique spécial. Le droit international est essentiellement dispositif¹⁰⁰ ; hors *jus cogens*, il est toujours possible d'invoquer la spécialité de la CEDH pour pouvoir écarter une règle contraire du droit international. Enfin le droit

¹⁰⁰ La question du *jus cogens* est considérée en rapport avec le droit des immunités. Voir infra Deuxième partie.

national peut continuer à être une source d'inspiration à travers les principes d'interprétation de la CEDH.

Cette option possède également d'autres avantages. Le respect du droit international implique de se conformer à des obligations, certes nombreuses, mais qui ne concernent qu'indirectement l'interprétation de la Convention. Le droit international général s'attache avant tout à réguler les activités des sujets de droit principaux que sont les États et les organisations internationales. Pour la plupart des droits garantis, du moins jusqu'au développement plus récent du droit international des droits de l'homme, les normes du droit international n'ont eu qu'un impact incident. Lorsqu'elles interagissent directement avec la CEDH, il est possible de les transformer pour les rendre compatibles avec les objectifs de protection des droits de l'homme. Ce n'est qu'exceptionnellement que le droit international est susceptible de produire des situations problématiques pour la Cour.

Le respect des droits de l'homme par les États peut soulever des questions externes au cadre européen pour lesquelles le droit international offre des solutions. En même temps, le recours à ce droit n'interdit pas d'afficher et de défendre les valeurs fondant la Convention. Il rend possible une approche en apparence conciliatrice qui accepte aussi bien de faire appel au droit international que de fonder un discours spécial.

La première partie analyse ce processus ambivalent. La Cour a d'abord rendu le droit international applicable (Titre 1), avant de l'utiliser pour justifier des positions européennes spéciales (Titre 2).

Titre 1. L'application de principe du droit international général

Le recours au droit international est juridiquement utile. Il se justifie par un souci d'interprétation de la Convention et parce qu'il possède un contenu identifiable.

Il s'agira donc d'analyser dans un premier temps comment la Cour a justifié cette insertion de la CEDH au sein du droit international vis-à-vis du texte (Chapitre 1).

Pour que cet appel au droit international ait un sens et puisse produire des résultats concrets, il faut fixer le contenu des normes du droit international. Malgré l'indétermination structurelle de ce dernier, l'appel au droit international par la Cour lui impose toutefois de véritables contraintes interprétatives. En effet, la pratique de la Cour a été d'assimiler le droit international général aux positions dominantes de la communauté des juristes internationaux (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le droit international intégré à la CEDH

Nul doute que la Cour de Strasbourg, contrairement aux comités de contrôle de traités internationaux de droits de l'homme¹⁰¹, est bien une juridiction devant statuer en droit pour déterminer si un État a violé les obligations issues de la CEDH. Les indices parsèment la Convention. L'article 19 CEDH, le seul qui traite de la fonction de la Cour en tant qu'organe juridictionnel, affirme qu'elle se doit « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles ». D'autres articles de la Convention insistent sur le caractère juridique de la procédure de supervision. Ils indiquent qu'il s'agit d'une « Cour »¹⁰² composée de « juges »¹⁰³ rendant des « décisions »¹⁰⁴ et des « arrêts »¹⁰⁵ « obligatoires »¹⁰⁶. De telles assertions confirment le caractère juridictionnel du mécanisme de protection des droits de l'homme en Europe, caractère perçu comme une évidence par la doctrine. Celles-ci ne permettent pas pour autant de déterminer la nature du droit que la Cour doit utiliser pour trancher les affaires qui lui sont soumises et pour déterminer l'étendue des obligations issues de la Convention.

Malgré cela, la Cour a décidé d'inscrire la Convention dans les limites des règles d'un « droit international général » (Section 1). Comme le droit international général peut généralement être écarté par le biais de l'opération de règles spéciales, comme celles issues d'un traité, la Cour peut rejeter son application si elle constate que les objectifs poursuivis par la Convention sont distincts de celui-ci. Toutefois, elle a, de manière conciliatrice, non seulement décidé que les objectifs poursuivis par le droit international étaient compatibles avec la Convention mais que la CEDH participait de la réalisation des objectifs du droit international (Section 2).

¹⁰¹ Pour Hervé ASCENSIO, ces comités sont « situés dans une zone grise du point de vue de leur juridictionnalisation ». ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », *op. cit.*, p. 176.

¹⁰² Titre II CEDH.

¹⁰³ Art. 20, 21, 22, 24, 27, 51 CEDH.

¹⁰⁴ Art. 28, 29, 39, 45 CEDH.

¹⁰⁵ Art. 42, 44, 45, 46 CEDH.

¹⁰⁶ Art. 46 CEDH.

Section 1. La réception du droit international général dans la CEDH

Le choix du recours au droit international ne repose sur aucun raisonnement juridique décisif. Les explications de ce choix se trouvent davantage dans la possibilité de rendre une interprétation permise par la Convention (§ 1), respectant les attentes des acteurs (§ 2) et justifié par le droit international lui-même (§ 3).

§ 1. Un texte compatible avec le droit international

Il existe plusieurs moyens d'évaluer en quoi la CEDH est compatible avec le droit international. Le premier est de rechercher la raison de l'absence de renvoi au droit international en utilisant les travaux préparatoires, donc d'évaluer l'intention des auteurs (A). Le second est l'étude des références existantes dans le texte de la Convention (B).

A. L'absence de renvoi global vers le droit international

Le premier projet de statut de la Cour européenne des droits de l'homme adopté par le Mouvement européen¹⁰⁷ prévoyait en son article 32 que :

« a) La Cour, dont le rôle est de rendre sentence *conformément au Droit international* ... devra appliquer :

Les dispositions prévues par la Convention des Droits de l'Homme.

Les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées.

La juridiction et les enseignements des autorités les plus qualifiées des divers pays, en tant que moyen subsidiaire pour déterminer les règles du Droit.

Les conventions internationales, générales ou particulières, qui établissent des règles expressément reconnues par tous les États en cause.

b) Ces dispositions ne portent pas atteinte à la faculté pour la Cour de statuer *ex aequo et bono*. »¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. I, p. 313.

¹⁰⁸ Italiques ajoutés.

Cet article s'inspirait de l'article 38 du Statut de la CIJ. La Cour doit statuer conformément au droit international. Les sources ont été adaptées pour mettre au même niveau la CEDH et les principes généraux du droit.

Dans les projets suivants, cet article a été supprimé sans explication. Il est donc impossible de savoir si cette disparition est due à une volonté de rejeter le droit international ou parce qu'une telle affirmation était implicite. La seule référence conservée est l'utilisation des principes généraux du droit. Cette approche a été promue lors de la première session de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe (qui deviendra l'Assemblée parlementaire) par la Commission des affaires juridiques, dans une motion adoptée à l'unanimité.

« Bien qu'il soit de la compétence de chaque État de fixer les règles suivant lesquelles les droits de l'homme sont protégés sur son territoire, la garantie collective doit avoir pour objet d'assurer la conformité de ces règles et de leur application avec les principes généraux du droit reconnus par la nations civilisées »¹⁰⁹.

Le renvoi aux principes généraux du droit a été repris dans l'article 7 du premier « projet de résolution tendant à fixer les lignes générales de la Convention souhaitée »¹¹⁰ et dans la recommandation adoptée par l'Assemblée parlementaire le 8 septembre 1949 présentée au Comité des ministres du Conseil de l'Europe¹¹¹. Il apparaît encore dans le premier avant-projet de traité proposé par le Comité d'experts désignés par les gouvernements qui s'est réuni en février et mars 1950¹¹². Mais il a été abandonné juste après. Au final, les principes généraux du droit sont uniquement mentionnés à l'article 7 CEDH.

¹⁰⁹ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. I, p. 167.

¹¹⁰ « En outre, la garantie collective aura pour objet d'assurer la conformité, d'une part des règles édictées par chaque État pour organiser sur son territoire l'exercice des libertés et des droits garantis, d'autre part de l'application de ces règles, aux "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" visés par l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale », *Travaux préparatoires CEDH*, vol. I, p. 209.

¹¹¹ « Article 7. La garantie collective aura pour objet d'assurer la conformité, aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » visés par l'article 38 c), du Statut de la Cour internationale de Justice, tant des règles édictées par chaque État pour organiser sur son territoire l'exercice des libertés et des droits garantis que de l'application de ces règles », *Travaux préparatoires CEDH*, vol. II, p. 279.

¹¹² *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III, p. 241.

Cela peut être expliqué par l'opposition entre deux approches de rédaction des droits lors travaux préparatoires¹¹³. La première défendait le recours à des formulations générales. Elles auraient dû être complétées par une clause de renvoi à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux principes généraux du droit. Cette vision était surtout défendue par l'Europe continentale avec en tête la Belgique et la France¹¹⁴. La référence aux « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées »¹¹⁵ était entendue comme un moyen de concrétiser les droits garantis dans la future convention, en se référant à la pratique nationale convergente et non pas à la pratique internationale des États. La jurisprudence comme la doctrine¹¹⁶ reconnaissent cette dimension nationale des « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées », même s'ils peuvent aussi inclure des principes du droit international¹¹⁷. Cette approche insiste sur le rôle de la Cour dans la construction d'une jurisprudence.

Néanmoins, la seconde approche a été prépondérante. Le Royaume-Uni souhaitait que la Convention donne « une définition aussi précise que possible [des] droits »¹¹⁸ inscrits dans le futur traité, en suivant l'esprit des déclarations britanniques telles que l'Habeas Corpus. Cette méthode tente de renforcer la prévisibilité du texte et de diminuer le rôle du juge.

Les amendements proposés ont donné naissance à deux versions d'avant-projet de Convention : l'une avec une définition minimale des droits et un renvoi général aux principes généraux du droit¹¹⁹, l'autre avec une définition plus extensive des droits mais sans références à ces principes¹²⁰. Le problème a été renvoyé par le Comité des ministres à une nouvelle enceinte composée de hauts fonctionnaires qui se sont réunis en juin 1950. Cette conférence a abouti à un compromis fondé pour l'essentiel

¹¹³ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. IV, p. 16-19 ; SIMPSON, *End of Empire, op. cit.*, p. 700-705.

¹¹⁴ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III.

¹¹⁵ Pour une présentation des liens étroits entre le droit international et le colonialisme voir : Anthony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2005.

¹¹⁶ Voir par exemple, André BLONDEL, « Les principes généraux du droit devant la Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de justice », in *Mélanges Guggenheim*, 1968, Institut des Hautes Études Internationales, p. 201 ; Alfred VERDROSS, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1935, t. 52, p. 196 ; Bela VITANYI, « La signification de la "généralité" des principes de droit », *RGDIP*, 1976, p. 536.

¹¹⁷ Voir infra. Chapitre 2.

¹¹⁸ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III, p. 249.

¹¹⁹ Variante B, *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III, p. 321 et s.

¹²⁰ Variante A, *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III, p. 313 et s.

sur la version (plus) détaillée des droits¹²¹ et qui figurera dans le texte définitif de la Convention. La lecture des travaux préparatoires suggère ainsi que la question de l'utilisation du droit international pour compléter les droits a disparu au profit d'une rédaction plus précise des droits. Cela peut être interprété comme une intégration tacite du droit international.

A contrario, il faut noter que les États ont régulièrement, à l'instar de l'article 38 du Statut de la CIJ, aménagé un recours exprès au droit international dans certains traités créant des tribunaux internationaux¹²². Ils auraient pu procéder de la même façon pour la rédaction de la CEDH. Il est donc impossible de conclure définitivement à l'intégration du droit international dans la Convention sur la seule base des travaux préparatoires.

Une autre méthode serait d'induire une approche générale à partir des références spécifiques et éparses au droit international existant dans la Convention.

B. Le droit international intégré dans la Convention

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est le seul document relevant du droit international auquel la CEDH s'associe. Celle-ci est mentionnée à deux reprises dans le préambule de la Convention.

« Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe,
Considérant la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée par
l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 ; [...]
Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même
esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques,
de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières
mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés
dans la Déclaration universelle »

¹²¹ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. IV, p. 259.

¹²² Par exemple, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 prévoit dans son article 293(1) que : « Une cour ou un tribunal ayant compétence en vertu de la présente section applique les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». De même, pour la Cour pénale internationale, selon l'article 21 du Statut : « La Cour applique : a) En premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ; b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ».

Si la CEDH constitue la première étape d'un processus de mise en œuvre de la DUDH, cela ne donne aucun indice sur le rôle du droit international.

Les autres termes pouvant faire référence au droit international sont multiples : « droit ... international » aux articles 7 par. 1 et 15 par. 1, « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » à l'article 7 par. 2, « principes de droit international généralement reconnus » à l'article 35 par. 1, ainsi que « principes généraux du droit international » dans l'article 1 Protocole 1.

1. L'article 7

Les premiers projets de Convention prévoyaient un renvoi pur et simple à certaines dispositions de la DUDH concernant le choix des droits matériellement garantis¹²³. Ce fut mis en œuvre pour certains articles. C'est le cas de l'article 7 par. 1 CEDH qui reprend quasiment à l'identique l'article 11 par. 2 DUDH :

« Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis. »

Alors que pour l'article 7 :

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

La création d'un deuxième paragraphe et donc l'insertion de la référence « aux principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées » de l'article 7 par. 2 trouve son origine dans un rapport du Royaume-Uni soumis lors des discussions sur le projet de Pacte international des droits de l'homme aux Nations Unies. Le

¹²³ Recommandation n° 38 adoptée par l'Assemblée le 8 septembre 1949, *Travaux préparatoires CEDH*, vol. I, p. 277.

gouvernement britannique souhaitait éviter que cette règle ne porte « atteinte à la validité des jugements rendus par le tribunal de Nuremberg »¹²⁴. Ce paragraphe sous-tend que les jugements de Nuremberg n'étaient peut-être pas conformes au droit national en vigueur à l'époque des faits mais qu'ils l'étaient au regard des « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ». L'article 7 par. 2 vise les législations internes spécifiques à la répression des crimes nazis, soit un objectif très particulier. La Cour n'a fait qu'un usage limité de cette référence à l'article 7¹²⁵. Il faut dire que la situation visée, les actes criminels en droit international, sont peu fréquents.

2. L'article 15

L'article 15 par. 1 prévoit la possibilité de prendre des mesures dérogatoires à la CEDH « en cas d'état d'urgence ». Ces mesures ne doivent pas être « en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». Les travaux préparatoires ne sont pas très utiles concernant cette référence au droit international. Elle a été insérée à la demande du Royaume-Uni¹²⁶, et s'inspire de ce qui deviendra l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après PIDCP). Elle semble porter une conception plus étendue du droit international. Elle peut viser aussi bien l'ensemble des obligations auxquelles l'État a souscrit par voie de traités que les obligations d'origine coutumière. Ici encore, il n'y a que très peu d'affaires appliquant l'article 15 et qu'une seule visant la référence au droit international. Sur cette base, la Cour n'a mentionné qu'un seul autre traité international et ce de manière incidente¹²⁷.

3. L'article 35

Dans l'article 35 (ancien article 26), la mention des « principes de droit international généralement reconnus » a été ajoutée à l'initiative du comité d'experts gouvernementaux lorsqu'ils ont retravaillé la proposition de l'Assemblée consultative. En fait, la proposition originelle était « tel qu'il est entendu en droit international

¹²⁴ Observations du gouvernement du Royaume-Uni, *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III, p. 163.

¹²⁵ ComEDH, *Touvier c. la France*, (déc.), 13 janvier 1997 ; CourEDH, *Streletz, Krentz et Kessler c. Allemagne*, 22 mars 2001 ; CourEDH, *Papon c. France (n°2)*, décision, 15 novembre 2001, § 5 ; CourEDH, *Kolk et Kisliyi c. Estonie*, (déc.), 18 janvier 2006 ; CourEDH, *Kononov c. Lettonie*, GC, 17 mai 2010, Rec. 2010.

¹²⁶ Proposition de l'expert du Royaume-Uni aux séances du 4 février et 6 mars 1950, *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III, p. 191 et p. 281.

¹²⁷ CourEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, Série A 258-B, § 73. La référence est faite au PIDCP car la même dérogation s'appliquait à ce traité.

généralement reconnu ». Elle fut remplacée pour « plus de clarté »¹²⁸, par l'expression « tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus ». Cependant, il n'y a pas eu de modification de la version anglaise. La clarification apportée par l'ajout des « principes » n'est pas flagrante mais elle vise un objectif précis. Il s'agissait d'interpréter la règle d'épuisement des voies de recours à l'aune des principes établis par la jurisprudence internationale.

« Le Comité a ajouté [...] les mots tel “qu'il est entendu en droit international généralement reconnu” afin d'indiquer que pour décider si les voies de recours internes sont épuisées, il y aura lieu de tenir compte de la jurisprudence établie en la matière et selon laquelle des cas où les juridictions nationales retardent indûment leurs décisions sont assimilés aux cas d'épuisement des voies de recours »¹²⁹.

Pour ce faire, le Secrétariat général a produit une documentation, unique en son genre, contenant un état des lieux de la jurisprudence ainsi qu'un rapport d'Edwin BORCHARD établi pour la session de Cambridge de l'Institut de Droit International¹³⁰. Ce rapport a été largement utilisé par la Commission et la Cour.¹³¹

4. L'article 1 Protocole n° 1

La référence de l'article 1 Protocole n° 1 aux « principes généraux du droit international » a été faite pour apaiser les oppositions visant les possibles restrictions au droit de propriété. Cette controverse a été largement exposée dans les travaux préparatoires et est clairement illustrée par l'absence du droit de propriété dans le texte originel de la Convention¹³². Au cours de la rédaction de cet article, un désaccord persistant a opposé le Royaume-Uni aux défenseurs d'une obligation de compensation¹³³. C'est pour régler ce problème qu'une référence au droit international a été faite avec l'idée d'inclure uniquement un droit de compensation

¹²⁸ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. VI., p. 279.

¹²⁹ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. IV, p. 39.

¹³⁰ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III, pp. 39 et s.

¹³¹ Voir infra, Deuxième partie, Titre 1, Chapitre 1.

¹³² Pour une analyse détaillée des travaux préparatoires relativement au droit de propriété, voir Rosalyn HIGGINS, « The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law », *RCADI*, 1982, t. 176, p. 355 et s.

¹³³ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. VII, p. 199.

pour les étrangers¹³⁴. Il n'est pas fait de mention expresse sur la nature des sources qui reconnaissent ce droit de compensation.

Si historiquement, la reconnaissance du droit de propriété s'est faite dans le cadre du droit international des investissements internationaux¹³⁵, la Cour n'a appliqué cette mention qu'aux situations où un étranger est impliqué¹³⁶, en ayant recours aux travaux préparatoires¹³⁷.

Comme le remarque Luigi CONDORELLI, le renvoi au droit international peut masquer un désaccord plus profond lors des discussions :

« Quand un traité, pour régler une question d'importance, fait renvoi aux principes de droit international, on peut être certain, et ceci sans la moindre marge de doute, que c'est parce qu'on a voulu cacher sous une formule de consensus apparent la persistance d'un désaccord grave entre les négociateurs »¹³⁸.

Cela s'applique sans doute à la référence au droit international de l'article 1 Protocole n° 1. De manière plus générale, il est difficile d'induire des diverses formules employées dans la CEDH renvoyant indistinctement à la jurisprudence, à certaines législations internes, à des principes du droit international coutumier, le caractère des relations entre la Convention et le droit international.

En l'absence de clause de renvoi global au droit international, ce sont les organes de contrôle de la Convention qui ont décidé de l'intégration « systémique » au droit international général.

¹³⁴ Les travaux préparatoires ne font pas état du détail des discussions qui ont eu lieu au sein du Comité d'expert le 5 juin 1951 et dont les résultats ont abouti à la première mention des principes généraux du droit international. Mais comme le note Rosalyn HIGGINS, cette introduction est le fruit d'un compromis avec le Royaume-Uni qui souhaitait voir uniquement un droit de compensation pour les étrangers. Voir HIGGINS, « The Taking of Property by the State », *op. cit.*, p. 361.

¹³⁵ Voir Rudolf L. BINDSCHEDLER, « La protection de la propriété privée en droit international public », *RCADI*, 1956, t. 90, p. 173-306.

¹³⁶ CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, Série A 98 CourEDH, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, Série A 102.

¹³⁷ CourEDH, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, Série A 102, § 111-119.

¹³⁸ Luigi CONDORELLI, « Article 1 Premier protocole additionnel », in *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article* L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (éd.), 2^{ème} éd., Economica, 1999, p. 986.

§ 2. Un choix respectant les attentes des acteurs

S'il n'existe pas de raisons juridiques expliquant le recours au droit international, c'est hors du droit qu'il faut les rechercher. Le choix exprimé lors des premières décisions de la Commission et de la Cour (B) reflète les attentes des acteurs d'intégrer le droit international (A).

A. Les attentes des acteurs

Pour BOURDIEU, la détermination du « langage professionnel » n'est pas choisie¹³⁹. Elle résulte de préférences collectives, de structures, d'institutions existantes construisant un espace professionnel particulier¹⁴⁰. Dans ce cadre, la sélection du langage juridique se fait en fonction des institutions présentes et des habitudes de comportement des différents participants au processus juridictionnel.

Le juge européen avait trois options possibles pour développer le droit de la CEDH : intégrer le droit international, interpréter la Convention à l'aune des droits nationaux ou créer un droit nouveau.

Confronté à ces options, le juge n'était pourtant pas libre de son choix. Il était soumis aux contraintes en provenance des différents acteurs¹⁴¹ qui participent à la mise en œuvre de la CEDH du point de vue des trois dimensions de la norme: celles de légitimité, d'efficacité et de légalité *stricto sensu*¹⁴².

Concernant la légalité, il suffit de rattacher l'interprétation au texte. L'efficacité vise les bénéficiaires des droits mais également (et peut-être surtout) les destinataires des obligations. L'interprétation doit rendre les droits utiles mais également être susceptible de mise en œuvre. Finalement, la légitimité implique que les normes soient acceptables par la communauté des juristes à laquelle la Convention s'adresse, aux États et aux juges eux-mêmes. Il s'agit donc d'une vision large de la notion d'acteurs. Celle-ci est en accord avec la théorie des systèmes de LUHMANN

¹³⁹ BOURDIEU, « La force du droit », *op cit.*, p. 4.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ L'approche « réaliste de l'interprétation » y voit une « contrainte faible », Michel TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, PUS, 2000, p. 244. Gérard TMSIT parle quant à lui de co-détermination de la norme, *Les figures du jugement*, PUF 1993.

¹⁴² OST et VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p. 257-351.

pour laquelle sont acteurs tous ceux qui produisent des communications sur le droit¹⁴³.

L'option de la création d'un droit nouveau est séduisante s'il s'agit de marquer la spécificité de la CEDH et pour donner un rôle distinct à la juridiction. Un langage neuf permet de définir des méthodes et des significations propres aux droits garantis par la CEDH. C'est par exemple le choix effectué par la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'elle a affirmé dès 1963 que l'ordre juridique communautaire est « un ordre juridique propre, spécifique, distinct à la fois de l'ordre juridique interne des États membres et de l'ordre international »¹⁴⁴. Ici, l'efficacité des traités prime. Cette option est aussi la plus difficile à mettre en œuvre vis-à-vis des destinataires de l'interprétation, les États. Elle paraît irréalisable sans avoir au préalable une légitimité importante, ce qui n'était pas le cas de la Cour strasbourgeoise à ses débuts. Les États sceptiques étaient nombreux concernant la création d'une cour; trois États y étaient d'ailleurs opposés¹⁴⁵. Et la mise en œuvre des décisions de la Cour sont dépendantes de la volonté de chaque État destinataire.

Une interprétation de la CEDH reposant sur les droits nationaux pose la question de l'efficacité du contrôle. Elle peut créer le risque de mise en œuvre de régimes conventionnels variables selon les États, dépendant de chaque législation et donc *in fine* de leur propre volonté. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour a développé le concept de « notions autonomes ». L'explication donnée au terme « pénal » dans le cadre des articles 6 et 7 CEDH en est un bon exemple :

« Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction "mixte" sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention »¹⁴⁶.

¹⁴³ LUHMANN, *Law as a social system*, *op. cit.*

¹⁴⁴ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, Rec. CJUE, 1963, vol. IX, p. 23.

¹⁴⁵ La Norvège, les Pays-Bas et le Royaume-Uni ont voté contre la création d'une Cour, même facultative. *Travaux préparatoires CEDH*, Vol. IV, p. 179.

¹⁴⁶ CourEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, Série A 22, § 85.

Cela n'empêche pas que les législations et décisions nationales puissent constituer un élément important d'interprétation mais uniquement selon les mécanismes propres à la Convention, notamment à travers un constat d'évolution de la société démocratique européenne¹⁴⁷ ou de l'existence d'un consensus. Il était d'ailleurs évident pour les rédacteurs de la Convention que le texte devait s'entendre selon les « traditions communes »¹⁴⁸, le socle de pratiques devant permettre l'interprétation de la CEDH¹⁴⁹.

Dans le cadre de la CEDH, tous les acteurs – les juges, les États et la doctrine – ont eu intérêt à utiliser le droit international¹⁵⁰.

Les juges formés au droit international et devenus des professionnels du droit international, ont tendance à l'appliquer dans leurs nouvelles fonctions. Une réception et une « bonne » application du droit international impliquent que les juges soient non seulement des juristes « aptes à exercer de hautes fonctions judiciaires »¹⁵¹ mais aussi des juges ayant une connaissance précise du droit international. La légitimité de l'emploi du droit international serait renforcée si les juges avaient une compétence particulière en la matière. De ce point de vue, le constat est contrasté ; seule une minorité des juges était spécialisée en droit international avant de rejoindre la Cour¹⁵². Contrairement à d'autres institutions, la connaissance du droit international ne fait pas partie des critères de sélection¹⁵³. Pour autant, des personnes clés au sein de la Cour et de la Commission étaient des internationalistes reconnus. Les cinq premiers présidents de la Cour avaient des compétences notoires en droit international, mais ce sont surtout les juges ROLIN, WALDOCK and BALLADORE PALLIERI, professeurs de droit international et membres de

¹⁴⁷ Voir *infra*.

¹⁴⁸ Préambule de la CEDH.

¹⁴⁹ Pierre-Henri TEITGEN, *Travaux Préparatoires CEDH*, vol. I.

¹⁵⁰ Il est postulé que le public en général ne s'intéresse pas à ce débat. Le public cherche à savoir si le droit est respecté ou non et surtout si l'État respecte le droit de la CEDH, les détails étant réservés aux spécialistes. Du côté du public, il est toutefois possible de situer les différentes associations de défenses des droits de l'homme qui sont dotées de juristes et proposent des argumentations juridiques. Mais là aussi, l'intérêt en général de ces ONG est le résultat à atteindre plutôt que les arguments juridiques à employer. L'opinion publique et le discours des ONG ne seront pas traités de manière spéciale.

¹⁵¹ Art. 21 CEDH.

¹⁵² Par exemple, au moment de la formation de la nouvelle Cour en 1998, 12 sur 39, soit 30% des juges possédaient une connaissance reconnue en droit international en tant que professeur de droit international ou ancien diplomate. Cette tendance et proportion s'est poursuivie dans les nominations suivantes.

¹⁵³ Voir par exemple, le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, qui en son article 17 3) pose que : « L'Organe d'appel comprendra des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général. »

l'Institut du Droit international, qui ont joué un rôle déterminant car ils étaient en fonction de septembre 1968 à décembre 1980, au moment de la formation et de la maturation¹⁵⁴ de la jurisprudence de la Cour.

De plus, Humphrey WALDOCK¹⁵⁵ a été le premier président de la Commission de 1955 à décembre 1961, avant de devenir juge à la Cour (il deviendra également juge à la CIJ). Il est d'ailleurs exemplaire dans son parcours d'internationaliste. Après avoir enseigné le droit international à Oxford de 1948 à 1973, il fut également membre de la Commission du droit international (ci-après CDI) de 1961 à 1972, tout en étant rapporteur sur le droit des traités au moment où la CDI a adopté son projet d'articles aboutissant à la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁵⁶.

Les États ont également joué un rôle important. Ils avaient inscrit la Convention dans un processus juridique qui utilisait tous les symboles du droit international. La Convention a été créée sur la base du consentement des États. Les représentants des parlements nationaux dans l'Assemblée consultative, des experts nationaux ainsi que les plénipotentiaires des États concernés¹⁵⁷ sont intervenus dans la rédaction. Il s'agit d'une « convention », un des différents noms génériques¹⁵⁸ donnés aux traités internationaux¹⁵⁹. Les procédures de modification de la Convention ont, elles aussi, toutes suivi le cadre de la négociation diplomatique puis de la signature et de la ratification du protocole qu'il soit d'amendement ou additionnel. Le parallélisme des formes a été respecté¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Ed BATES qualifie la période 1973-1980 du réveil suivi du passage à la maturité. Ed BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, OUP, 2010, p. 277 et 379.

¹⁵⁵ Pour une biographie voir : Ian BROWNLIE, « The Calling of the International Lawyer: Sir Humphrey Waldock and his Work », *BYBIL*, 1983, p 7-74.

¹⁵⁶ *Annuaire CDI* 1966, vol. 2, p. 169.

¹⁵⁷ Voir *Travaux préparatoires CEDH*, vol. I.

¹⁵⁸ DAILLIER et PELLET, *Droit international public*, *op. cit.* p. 121.

¹⁵⁹ Ce qui importe c'est qu'il s'agisse « d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, [...] quelle que soit sa dénomination particulière », article 2 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969.

¹⁶⁰ Le droit international n'étant pas formel, le parallélisme des formes n'est pas requis. La question de la modification possible par voie de pratique des États n'est pas exclue. Elle a d'ailleurs été envisagée par la Cour pour la désuétude de la peine de mort comme exception à la prohibition des atteintes au droit à la vie. Voir CourEDH, *Öcalan c. Turquie*, GC, 12 mai 2005, Rec. 2005-IV. Toutefois, le fait de continuer à modifier la Convention uniquement par voie de protocoles qui nécessitent la ratification de tous les États est un indice supplémentaire de l'inscription de la Convention dans le cadre du droit international.

Néanmoins les attentes des acteurs ont évolué avec la transformation du système de contrôle de la Convention depuis 1953¹⁶¹, surtout en ce qui concerne les États parties.

À l'origine, la CEDH était dotée d'un système de contrôle optionnel en deux phases, une phase de recevabilité traitée par un organe quasi-juridictionnel, la Commission, et une phase contentieuse traitée par une juridiction, la Cour européenne des droits de l'homme, ou par un organe politique, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Si le Mouvement européen et certains de ceux qui ont participé à la rédaction de la Convention étaient très attachés à un mécanisme obligatoire de contrôle via un droit de recours individuel, le compromis entre les États opposés à tout système juridictionnel et ceux désirant un mécanisme obligatoire fut un système à options¹⁶². Le droit de recours individuel devant la Commission était facultatif¹⁶³, comme l'était la possibilité de saisir la Cour¹⁶⁴. Chaque mécanisme nécessitait une déclaration spécifique de la part des États, déclaration qui pouvait en plus être limitée dans le temps.

Avec une acceptation croissante des deux mécanismes et le succès du recours individuel, les États ont procédé à une modification importante du système de contrôle. Le Protocole n° 11, entré en vigueur en novembre 1998, a fusionné les fonctions de la Commission et de la Cour en une Cour unique et permanente, et a rendu obligatoire le droit de recours individuel et la juridiction de la Cour. Une nouvelle réforme, le Protocole n° 14, visant à améliorer le système est entrée en vigueur en 2010. Toutefois, elle ne modifie qu'à la marge l'économie de la Convention et du mécanisme de contrôle¹⁶⁵. Une réforme¹⁶⁶ de la réforme¹⁶⁷ (de la

¹⁶¹ Voir par exemple, pour une histoire de l'évolution du droit de recours, Astrid KJELDGAARD-PEDERSEN, « The Evolution of the Right of Individuals to Seize the European Court of Human Rights », *Journal of the History of International Law*, 2010, vol. 12, p. 267-306.

¹⁶² *Travaux préparatoires CEDH*, vol. IV, p. 179.

¹⁶³ Art. 25 CEDH, datant d'avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11.

¹⁶⁴ Art. 48 CEDH, datant d'avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11.

¹⁶⁵ Sur la réforme de la Cour, voir *Actes du colloque sur l'avenir de la Cour*, 21-22 juin 2002, Université Robert-Schuman de Strasbourg, RUDH, vol. 14, no 7-8, 16 décembre 2002 ; Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS (éd.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la CEDH (Le Protocole n°14)*, 2005, vol. 61, Bruylant.

¹⁶⁶ À propos de la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010, Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Voir Alastair MOWBRAY, « The Interlaken Declaration—The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights? », *Human Rights Law Review*, 2010, vol. 10(3), p. 519-528 ; H. KELLER, A. FISCHER, and D. KÜHNE, « Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals », *EJIL*, 2010, vol. 21(4), p. 1025-1048 ; Patrick WACHSMANN, « Entre deux lacs – Quelques

réforme¹⁶⁸ ...), les protocoles 15¹⁶⁹ et 16¹⁷⁰, ont été ouverts à la ratification, dans le but de pérenniser le droit de recours individuel¹⁷¹ et de faciliter l'intégration de la Convention dans les ordres juridiques nationaux.

L'histoire des modifications de la Convention est donc allée dans le sens d'une juridictionnalisation croissante et d'une consolidation du mécanisme de contrôle. Ce processus n'avait rien d'évident. Certains États signataires sont restés dans une position d'attente assez longue avant de devenir pleinement parties au mécanisme de supervision.

Dix États ont signé la Convention en 1950. Des cinq États qui ont accepté les premiers le droit de recours individuel supervisé par la Commission, seuls l'Irlande et l'Allemagne l'ont fait sans limite de temps. Parmi les autres, la France et le Royaume-Uni ont longtemps représentés la vision de la Convention pour « l'export », un traité servant davantage la politique étrangère que le contrôle des pratiques nationales¹⁷². La France a attendu 1974 pour la ratification. Et ce n'est qu'en 1981 qu'elle a finalement accepté le recours individuel et la compétence de la Cour. Pour expliquer ces délais, elle a invoqué pêle-mêle des problèmes au regard de la constitution de la V^{ème} république et la décolonisation algérienne¹⁷³. C'est d'autant plus paradoxal que, lors des travaux préparatoires, les représentants français¹⁷⁴ faisaient partie des plus fervents défenseurs de la création de la Cour et du droit de recours individuel. La patience a également été de mise vis-à-vis du Royaume-Uni.

réflexions sur la Conférence d'Interlaken sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2010, p. 511.

¹⁶⁷ Protocole n° 14.

¹⁶⁸ Linos-Alexandre SICILIANOS, « La “réforme de la réforme” du système de protection de la CEDH », *AFDI*, 2003, p. 611-640.

¹⁶⁹ Signé le 24 juin 2013. La principale modification visant au contrôle du nombre de requêtes concerne la réduction du délai de 6 mois à 4 mois pour déposer la requête après épuisement des voies de recours interne.

¹⁷⁰ Signé le 3 octobre 2013. Il ouvre la possibilité aux juridictions nationales supérieures de demander des avis à la Cour sur l'interprétation de la CEDH.

¹⁷¹ Voir les statistiques disponibles sur le site internet de la Cour. Certes pour la première fois en 2012, le nombre des requêtes pendantes a baissé de 16%. Cela a continué. Au 30 avril 2013, il y avait 124 900 requêtes pendantes contre 128100 au 31/12/2012. Il semble que pour la première fois la Cour puisse être en mesure de contrôler le passif grâce à une augmentation de la productivité de la Cour, suite au Protocole 14 et à une moindre augmentation du nombre de requêtes présentées. Voir Analyse des Statistiques 2012, accessible http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2012_FRA.pdf. Pour autant, sur les quatre premiers mois de 2013, les requêtes ont de nouveau augmentées de 11%.

¹⁷² Voir supra Introduction.

¹⁷³ Alain PELLET, « La ratification par la France de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *RDP*, 1974, p. 1319-1379.

¹⁷⁴ C'est particulièrement vrai de Pierre-Henri Teitgen, mais ce fut toujours le cas lors de la Conférence des Hauts fonctionnaires de juin 1950, *Travaux Préparatoires CEDH*, vol. IV, p. 177.

Le gouvernement britannique, un des premiers à avoir ratifié la Convention, a attendu 1966 et la fin de la décolonisation pour admettre le recours individuel¹⁷⁵. Cela démontre que le système de contrôle de la CEDH devait faire ses preuves et renforcer l'attrait du droit international.

Quant aux juristes, ils ont initialement tous traité la Convention comme partie intégrante du droit international. Les internationalistes sont les premiers à s'y être intéressés. Les études initiales consacrées à la CEDH ont surtout paru dans les revues traitant de droit international¹⁷⁶. Aujourd'hui une doctrine « droit-de-l'homme »¹⁷⁷ est apparue avec l'émergence de revues spécialisées¹⁷⁸ dans les droits de l'homme. Toutefois, une partie de la doctrine reste attachée aux origines internationales des droits de l'homme, comme en témoigne les articles qui insistent sur le lien entre la protection internationale des droits de l'homme et le droit international pris de façon plus large¹⁷⁹.

Deux tendances se dessinent au sein de la doctrine. La première voit le droit international des droits de l'homme comme représentatif des valeurs fondamentales du droit international. Il n'est pas un droit particulier ; il est l'objectif suprême du droit international auquel les autres normes devraient se conformer¹⁸⁰. La seconde se fonde bien entendu sur le respect des droits de l'homme, mais dans le cadre bien compris des traditions du droit international, dans le respect de ses propres spécificités et objectifs, pouvant différer de ceux des droits de l'homme¹⁸¹.

¹⁷⁵ Voir SIMPSON, *Human Rights and the End of the Empire*, *op. cit.*, p. 1092 et également Lord LESTER OF HERNE HILL, « U.K. Acceptance of the Strasbourg Jurisdiction : What Really went on in Whitehall in 1965 », *Public Law*, 1998, p. 237.

¹⁷⁶ En ce qui concerne la doctrine française, les premières études de la Convention et de la jurisprudence sont surtout traitées dans les revues suivantes : JDI, RGDIP, AFDI. Pour les revues anglophones, il s'agit d'abord de ICLQ, AJIL et BYBIL.

¹⁷⁷ Alain PELLET utilise également le terme de manière neutre, en termes de spécialisation.

¹⁷⁸ Avec par exemple la *Revue trimestrielle des droits de l'homme* pour la doctrine francophone et de multiples revues anglophones comme le *Human Rights Quarterly*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, *European Human Rights Law Review*... Toutes ces revues partagent le fait d'être ouvertes à des contributions de juristes internationalistes et de juristes spécialisés en droit interne.

¹⁷⁹ Voir supra Introduction, n. 26.

¹⁸⁰ Voir par exemple, Hans KÖCHLER, *The principles of international law and human rights : the compatibility of two normative systems*, International Progress Organisation, 1981 ; Antonio CANCADO TRINDADE, « International Law for Humankind: Towards A New Jus Gentium », *RCADI*, 2005, t. 316 ; Ernst-Ulrich PETERSMANN, « Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration », *EJIL*, 2002, p. 621-650.

¹⁸¹ Voir par exemple : HIGGINS, « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the bench », *op. cit.*, p. 791 ; Alain PELLET « « Droits-de-l'homme » et droit international », Conférence commémorative Gilbert Amado, 18 juillet 2000. <http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df1peldhd.pdf>; Bruno

Ces attentes convergentes ont favorisé le choix de l'intégration du droit international par la Cour et de la Commission.

B. Les premières décisions, le respect des attentes des acteurs

La Cour et la Commission ont clairement choisi. Elles ont eu recours au droit international dans tous les cas où la Convention y fait expressément mention. Les références les plus nombreuses sont liées à l'épuisement des voies de recours internes avec le recours aux « principes de droit international généralement reconnus »¹⁸². Elles ont été faites dès les débuts de la Commission pour établir le contenu du principe¹⁸³ et ce, en conformité avec le rapport établi par le secrétariat général du Conseil de l'Europe lors des travaux préparatoires¹⁸⁴.

Une telle attitude n'a rien d'étonnant. La Commission a dû sentir le poids des attentes des États, même si celles-ci étaient implicites¹⁸⁵. Pour René-Jean DUPUY, le travail des trois premières années de fonctionnement de la Commission

« semble dominé par une prudence qui, sans méconnaître la protection des droits de l'Homme, se garde de toute démagogie susceptible d'entraîner à brève échéance, une mise en sommeil de ses instances. La compétence de la Commission à connaître de réclamations individuelles n'a été acceptée que par certains États et qu'à titre d'essai, elle ne saurait l'oublier. Elle est d'autant plus portée à interpréter étroitement les conditions de recevabilité que la Convention ouvre largement son prétoire aux individus »¹⁸⁶.

Pour cela, le choix du droit international et des interprétations dominantes prévalant ont permis de faire un tri draconien pour sélectionner les premières affaires admissibles. La Commission était sous la pression d'un non-renouvellement possible des clauses d'acceptation du recours individuel et des États qui attendaient de voir

SIMMA and Dirk PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *EJIL*, 2006, p. 483.

¹⁸² ComEDH, *Retimag SA c. Allemagne*, 16 décembre 1961 ; ComEDH, *Autriche c. Italie*, 11 janvier 1961 ; CourEDH, *Stögmüller c. Autriche*, 10 novembre 1969 ; CourEDH, *Affaire dite du vagabondage*, 18 juin 1971, A12 ; CourEDH, *Ringeisen c. Autriche*, Au principal, A13 ; CourEDH, *Cardot c. France*, 19 mars 1991, Série A 200.

¹⁸³ ComEDH, *X. c. Suède*, décision, 23 septembre 1955, n° 33/55, Ann. CEDH 1955-1957, p. 155.

¹⁸⁴ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III, p. 39 et s.

¹⁸⁵ Il n'y a pas besoin pour les États de répéter leurs craintes à partir du moment où elles ont été internalisées par les membres de la Commission.

¹⁸⁶ DUPUY, « La Commission européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 458.

pour adhérer au mécanisme. Il était donc raisonnable de statuer dans un sens suffisamment favorable aux États, qui se percevaient comme des démocraties reconnaissant déjà les droits de l'homme.

Lors des dix premières années de fonctionnement, de 1955 à 1965, la Commission a rendu 2066 décisions¹⁸⁷. Elle en a rejeté 1964 sur un premier examen, et elle en a communiqué 102 aux gouvernements, soit moins de 5%. Sur ces 102 décisions, 65 ont finalement été déclarées irrecevables. L'essentiel des requêtes ont été écartées car manifestement mal fondées ou bien faute d'épuisement des voies de recours internes¹⁸⁸. Certaines l'ont aussi été pour absence de recevabilité *ratione temporis*, critère tiré du droit international général¹⁸⁹. Cela ne laisse que 37 requêtes recevables, soit 1,8%, un taux remarquablement faible, ce qui confirme l'opinion de René-Jean DUPUY. Dans ce contexte, le développement du recours au droit international pour préciser deux des filtres les plus importants a été essentiel. En effet, si l'épuisement des voies de recours internes était inscrit dans la Convention par renvoi au droit international, ce n'était pas le cas de la recevabilité *ratione temporis*.

Ces éléments expliquent le contexte qui a favorisé un recours plus étendu au droit international. Dès ses premiers arrêts, la Cour a affirmé inclure le droit international parmi les sources d'interprétation de la Convention. Les juges de Strasbourg ne considèrent pas cette dernière comme un acte juridique isolé ; elle appartient à un ensemble plus large, celui des règles de droit international. Pour pouvoir remplir son activité juridictionnelle et dire le droit, la Cour s'affirme comme une juridiction internationale devant utiliser, autant que possible, les méthodes d'interprétation et d'application du droit international en vigueur. Selon une formule devenue rituelle, elle constate que « la Convention [...] ne saurait s'interpréter dans le vide »¹⁹⁰. Elle « doit, autant que faire se peut, s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante »¹⁹¹. Ces énoncés

¹⁸⁷ Les données sont celles fournies par Nicolas ANTONOPOULOS, *La jurisprudence des organes de la CEDH*, Sijthoff, 1967, p. 16.

¹⁸⁸ La moitié concernait des détenus qui affirmaient leur innocence.

¹⁸⁹ Voir *infra*. Deuxième partie.

¹⁹⁰ CourEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 55.

¹⁹¹ *Ibid.*

connaissent de légères variations selon les arrêts mais se retrouvent presque à chaque fois que la Cour fait appel au droit international¹⁹².

La Cour reprend à vrai dire ce qui avait été exprimé en 1928 par l'arbitre VERZJIL concernant les modalités générales d'interprétation d'un traité :

« Toute convention internationale doit être réputée s'en référer tacitement au droit international commun, pour toutes les questions qu'elle ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente. »¹⁹³

Finalement, l'inscription dans le droit international a été justifiée par le principe d'intégration « systémique » posé par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

§ 3. Une intégration justifiée par le droit international

La Cour a fondé l'intégration « systémique » de la Convention au sein du droit international par référence à l'article 31 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (A). Cette référence a permis des appels croissants au droit international (B).

A. Le recours au principe d'intégration systémique

Afin de trancher la question du rôle du droit international dans la CEDH, c'est au droit international lui-même que la Cour a fait appel. Si le recours au droit international s'est d'abord produit sans s'appuyer sur une doctrine explicite, la Cour a finalement précisé le rôle du droit international grâce à la Convention de Vienne de 1969¹⁹⁴. Dans l'affaire *Golder*, elle a, pour la première fois, constaté que « ses articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et

¹⁹² CourEDH, *Loizidou c. Turquie* (fond), GC, 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI, § 43 ; CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 103 ; CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, (déc.), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII, § 102 ; CourEDH, *Öcalan c. Turquie*, GC, 12 mars 2003, Rec. 2003-III, § 190 ; CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I, § 111 ; CourEDH, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*, 3 mars 2005, § 70 ; CourEDH, *Bianchi c. Suisse*, 22 juin 2006, § 81 ; CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (déc.), GC, 31 mai 2006, § 122.

¹⁹³ *Affaire Georges Pinson* (1928), Commission des réclamations France/Mexique, RSA, vol. V, p. 422.

¹⁹⁴ Pour une analyse systématique des articulations entre la CVDT et le droit international général. Voir VANNESTE, *General International Law Before Human Rights Courts*, *op. cit.*

auxquelles [elle] a déjà recouru »¹⁹⁵. Puis, elle a noté que pour l'interprétation d'un traité international, selon l'article 31 3) c), il faut tenir compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».¹⁹⁶

Le constat de la valeur juridique des articles 31 à 33 repose sur deux arguments. Premièrement, il s'agit « pour l'essentiel des règles de droit international communément admises ». La Cour pose toutefois une limite, cela ne concerne que « l'essentiel » des règles. Il faudrait donc que l'article 31 3) c) fasse partie de cet « essentiel », ce qu'elle ne tente pas de démontrer. Le second argument est un argument lié à sa pratique précédente. Ce sont les règles « auxquelles la Cour a déjà recouru »¹⁹⁷. Cet argument n'est pas non plus convaincant. Il s'agit de la première fois où elle fait référence au principe d'intégration systémique.

Le raisonnement est très lacunaire. Il manque les étapes intermédiaires permettant de compléter le syllogisme judiciaire. Il faut donc comprendre qu'elle n'a pas besoin (ou ne peut) démontrer que l'article 31 3 c) est une règle de droit international applicable à la Convention. En effet, rien n'explique pourquoi ce serait au droit international de décider de son rôle dans la Convention. Il s'agit davantage d'une position de principe. Comme le dit Martti KOSKENNIEMI, « renvoyer aux règles générales du droit international au cours de l'interprétation d'un traité fait partie de la routine, d'un processus souvent inconscient »¹⁹⁸. Ce recours est ici explicite mais n'entraîne pas davantage d'explications.

Cette référence au paragraphe 3 c) de l'article 31 a constitué, selon certains, une redécouverte et a initié une pratique commune à divers tribunaux internationaux en consacrant l'idée d'« intégration systémique »¹⁹⁹. Si la Cour a été la première à utiliser l'article 31 3 c), le tribunal arbitral irano-américain de réclamations fut le

¹⁹⁵ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, Série A n° 18, § 29.

¹⁹⁶ *Ibid.* § 35.

¹⁹⁷ *Ibid.* § 29.

¹⁹⁸ Rapport KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international*, *op. cit.*, p. 227-228.

¹⁹⁹ Campbell MCLACHLAN, « The principle of systemic integration and article 31(3) (c) of the Vienna Convention », *ICLQ*, 54, 2005, p. 279-301.

suivant²⁰⁰. Plus récemment, le tribunal international du droit de la mer²⁰¹, l'organe d'appel de l'OMC²⁰² et surtout la CIJ²⁰³ ont repris cette approche.

Ces diverses positions convergent pour considérer l'article 31 3 c) comme l'expression du droit coutumier. Les juges internationaux affirment la possibilité d'avoir recours au droit international pour interpréter les dispositions d'un traité, même lorsque celui-ci crée un ensemble spécial de normes. Le groupe de travail de la Commission du droit international sur la fragmentation a également rejeté l'idée de la création des régimes spéciaux : la Convention de Vienne est applicable à tous les traités²⁰⁴.

Cette intégration systémique justifie les appels croissants au droit international effectués par la Cour.

B. Les appels croissants au droit international

Dans l'Affaire des *Plates-formes pétrolières*, la CIJ devait interpréter les obligations dérivant d'un traité d'amitié entre les États-Unis et l'Iran. Toutefois pour savoir si ces obligations avaient été respectées, elle a interprété ce traité en faisant appel aux dispositions pertinentes du droit international général. Pour cette cour :

« l'interprétation doit tenir compte “de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties” (alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31). La Cour ne saurait admettre que l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article XX du traité de 1955 ait été conçu comme devant s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international relative à l'emploi de la force, de sorte qu'il puisse être utilement invoqué, y compris dans le cadre limité d'une réclamation fondée sur une violation du traité, en cas d'emploi illicite de la force. »²⁰⁵.

²⁰⁰ *Esphahanian c. Banque Tejarat*, Iran-USCTR, 1983, p. 157.

²⁰¹ Affaire de l'*usine Mox*, Irlande c. Royaume-Uni, (mesures provisoires), 3 décembre 2001, <www.itlos.org >.

²⁰² Rapport de l'organe d'appel de l'OMC, *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R, § 158.

²⁰³ CIJ, *Plates-formes pétrolières* (Iran c. États-Unis), arrêt, 6 novembre 2003, Rec. 2003, p. 161.

²⁰⁴ Rapport KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international*, *op. cit.*, p. 271.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 182, § 41.

Même les obligations existant au sein d'un traité créant des règles spéciales doivent être lues à la lumière du droit international général. Toutefois, comme le note Campbell MCLACHLAN, la CIJ n'a pas jugé utile de préciser quand et comment cette règle devrait être appliquée²⁰⁶. Concernant la CEDH, cela signifierait qu'en cas d'application de règles que l'on pourrait croire spécifiques, il faudrait tout de même avoir recours au droit international général. Une séparation nette ne saurait exister entre un régime conventionnel et le droit international général.

La Cour strasbourgeoise a interprété l'article 31 3 c) de manière large.

« En son paragraphe 3 c), l'article 31 de la Convention de Vienne invite à tenir compte, en même temps que du contexte, "de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties". Parmi ces règles figurent des principes généraux de droit, notamment des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (article 38 par. 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice) ; la Commission juridique de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a d'ailleurs prévu, en août 1950, "que la Commission et la Cour (devraient) nécessairement appliquer de tels principes" dans l'accomplissement de leurs tâches ; en conséquence, elle a "jugé inutile" de le spécifier par une clause de la Convention »²⁰⁷.

Il est intéressant que la Cour se soit tournée vers la mention des principes du droit international dans les travaux préparatoires alors même que la référence expresse à ces principes, comme modèle général d'interprétation, avait été retirée du projet de convention. Elle a donc traité l'omission comme une confirmation a fortiori de l'ancrage en droit international de la Convention, plutôt que d'utiliser cette absence comme un argument a contrario.

Ce sont les références implicites qui jouent désormais le rôle le plus important dans la Convention. Elles se sont multipliées. Les questions de recevabilité sont celles qui ont été traitées le plus rapidement et de la manière la plus approfondie par la Commission, pour des raisons évidentes de compétence. Pour la Commission, la non-rétroactivité des traités fait partie des « principes de droit international généralement reconnus »²⁰⁸. La Cour y a également fait appel en vertu des

²⁰⁶ MCLACHLAN, « The principle of systemic integration », *op. cit.*, p. 309.

²⁰⁷ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18, § 35.

²⁰⁸ ComEDH, *De Becker c. Belgique*, (déc.), 9 juin 1958, *Ann. CEDH I*.

« principes fondamentaux du droit international public »²⁰⁹, des « principes généraux du droit international »²¹⁰, « des règles générales du droit international »²¹¹ et d'une « règle générale de droit international exprimée à l'article 28 de la Convention de Vienne »²¹². La Cour a continué à s'en servir pour affiner sa position²¹³.

Un domaine où l'utilisation du droit international a été cruciale concerne également la délimitation du champ d'application de la Convention. D'une part, dans l'affaire *Banković*, la Cour a invoqué le « droit international public » pour affirmer que « la compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale »²¹⁴. D'autre part, pour déterminer les compétences étatiques extraterritoriales, elle a mentionné le « droit international coutumier et des dispositions conventionnelles »²¹⁵. Dans une affaire postérieure, l'affaire *Ilaşcu*, la Cour, après avoir cité la jurisprudence *Banković*, s'est servie « des principes pertinents du droit international »²¹⁶ pour préciser son contenu.

De manière plus générale, les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne concernant l'interprétation des traités ont été évoqués très régulièrement²¹⁷. Dans l'affaire *Golder*, la Commission a reconnu que ces articles exprimaient « le droit coutumier et les principes généraux reconnus par les nations, y compris les Hautes parties contractantes à la Convention européenne »²¹⁸. Pour la Cour, il s'agit de « règles de droit international communément admises »²¹⁹ et « les articles 31 à 33 sont considérés [...] comme faisant partie du droit international coutumier »²²⁰.

²⁰⁹ CourEDH, *Kadikis c. Lettonie*, (déc.), 29 juin 2000.

²¹⁰ CourEDH, *Blečić c. Croatie*, GC, (déc.), 8 mars 2006, § 75.

²¹¹ *Ibid.* § 70.

²¹² *Ibid.* § 90.

²¹³ *Ibid.* Voir également *infra* Deuxième partie.

²¹⁴ CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et autres*, GC, décision, 12 décembre 2001, § 59.

²¹⁵ *Ibid.* § 73.

²¹⁶ CourEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, 8 juillet 2004, § 314.

²¹⁷ Voir, CourEDH, *Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne*, 28 novembre 1978, Série A 29, § 39 ; *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, Série A 30, § 48 ; CourEDH, *Johnston et autres c. Royaume-Uni*, 18 décembre 1986, Série A 112, § 51 ; CourEDH, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, Série A 145-B, § 59 ; CourEDH, *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, Série A 201, § 100 ; CourEDH, *Loizidou c. Turquie* (fond), GC, 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI, § 43 ; CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, (décision), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII, § 55 ; CourEDH, *Bianchi c. Suisse*, 22 juin 2006, § 81 ; CourEDH, *Stoll c. Suisse*, GC, 10 décembre 2007, § 59 ; CourEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, GC, 12 novembre 2008, § 65 ; CourEDH, *Cudak c. Lituanie*, GC, 23 mars 2010, § 56 ; CourEDH, *Sabeh El Leil c. France*, GC, 29 juin 2011, § 48 ; CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, GC, 23 février 2012, § 170.

²¹⁸ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 1 juin 1973, Série B 16, § 44.

²¹⁹ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18, § 29.

²²⁰ CourEDH, *Bianchi c. Suisse*, 22 juin 2006, § 81.

D'autres aspects du droit des traités ont été abordés par référence à la Convention de Vienne. Les articles 2 (réserves)²²¹, 18 (obligations avant entrée en vigueur)²²², 26 (*pacta sunt servanda*)²²³, 27 (droit interne et respect des traités)²²⁴, 28 (non-rétroactivité)²²⁵, 38 (États tiers)²²⁶ et 62 (changement fondamental de circonstance)²²⁷ ont été cités.

D'autres règles du droit international n'ont été mentionnées que de manière épisodique. Dans l'affaire *Golder*, la Cour a eu recours aux principes mentionnés à l'article 38 du Statut de la CIJ pour faire une découverte.

« Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice ».²²⁸

Des références indirectes à cette idée se retrouvent dans l'arrêt *Funke*²²⁹.

Dans l'affaire *John Murray*, elle a affirmé que le droit de ne pas s'auto-incriminer faisait partie des « normes internationales généralement reconnues »²³⁰. En ce qui concerne le contrôle des frontières, selon un « principe de droit international bien établi »²³¹, un État peut, « en vertu de sa souveraineté, contrôler l'entrée des étrangers sur son territoire et leur sortie de ce territoire »²³².

Les références au droit international via le recours à l'article 31 3 c) ont effectivement permis d'intégrer la problématique du droit des immunités dans le champ du

²²¹ CourEDH, *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, Série A n° 132, § 42.

²²² CourEDH, *Melnitchenko c. Ukraine*, 19 octobre 2004, Rec. 2004-X, § 64.

²²³ CourEDH, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, GC, 30 juin 2009, § 87.

²²⁴ CourEDH, *Janowiec et autres c. Russie*, 16 avril 2012, § 106.

²²⁵ CourEDH, *Blečić c. Croatie*, GC, décision, 8 mars 2006, § 90 ; CourEDH, *Minas Sargsyan c. Azerbaïdjan*, GC, (déc.), 14 décembre 2011, § 80.

²²⁶ CourEDH, *Janowiec et autres c. Russie*, 16 avril 2012, § 106.

²²⁷ CourEDH, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, GC, 22 mars 2001, Rec. 2001-II, § 101.

²²⁸ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18, § 35.

²²⁹ « Le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 », CourEDH, *Funke c. France*, 25 février 1993, Série A 254-A, § 44.

²³⁰ CourEDH, *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, § 45.

²³¹ Répété dans des arrêts traitant de procédure d'expulsion de non-nationaux depuis les arrêts CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, Série A 94, p. 34, § 67 (voir par exemple récemment, CourEDH, *Aoulmi c. France*, 17 janvier 2006, plus de 140 références à ce principe – résultats de recherche HUDOC – ont été faites par la Commission et la Cour dans leurs diverses décisions depuis 1985).

²³² ComEDH, décision, 30 juin 1959, n°434/58, Ann. CEDH 1958-1959, p. 373.

contentieux de l'article 6, de ne pas remettre trop radicalement en cause la possibilité pour les États de contrôler les flux migratoires, d'interpréter en convergence avec le droit international le terme de juridiction de l'article 1 CEDH, de donner quelques indications à la Cour en ce qui concerne l'établissement de la satisfaction équitable, de délimiter la compétence *ratione temporis* ou encore d'accorder un caractère obligatoire aux mesures provisoires indiquées par la Cour et de spécifier les rapports de la CEDH avec les opérations de maintien de la paix effectuées dans le cadre de l'ONU²³³.

Il existe toutefois une exception notable. Dans l'affaire *Belilos*²³⁴, la Cour a dû évaluer la légalité d'une réserve formulée par la Suisse. L'aspect controversé n'était pas la décision de non-compatibilité de la réserve avec l'article 57 de la Convention. Il ne fait aucun doute qu'il appartient à la Cour d'interpréter la Convention et de l'appliquer. Le débat a en fait porté sur l'utilité d'avoir recours au droit international général pour apprécier les conséquences de la nullité de la réserve, alors même que la Convention est muette à cet égard. La Cour a estimé l'article 57 CEDH²³⁵ (ancien article 64) suffisant. Une alternative lui était pourtant ouverte. Il était possible soit de laisser à l'État défendeur décider des conséquences de la nullité de la réserve, soit de le faire elle-même. La première solution semble la plus légitime pour déterminer si la réserve était un élément essentiel du consentement de l'État à être partie à la Convention. La seconde permet de préserver les pouvoirs de la Cour et de ne pas mettre rétroactivement en danger les effets de la ratification de la CEDH.

Les juges strasbourgeois ont tranché en faveur de la seconde option en affirmant :

« En résumé, la déclaration litigieuse ne répond pas à deux des impératifs de l'article 64 de la Convention, de sorte qu'il échet de la réputer non valide. Or, à n'en pas douter, la Suisse est et s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration. Du reste, son Gouvernement reconnaît la compétence de la Cour pour trancher cette dernière question, dont

²³³ Voir Deuxième partie.

²³⁴ CourEDH, *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, Série A 132.

²³⁵ « Article 57 Réserves.

1. Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.

2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause. »

il a traité devant elle. Partant, il y a lieu de rejeter l'exception préliminaire soulevée par lui. »²³⁶

Cette décision a fait couler beaucoup d'encre²³⁷ mais ce thème ne sera pas étudié davantage²³⁸. Ce qui importe ici, c'est l'absence d'uniformité dans l'appel au droit international. Il y a donc des limites à l'intégration systémique.

Le dernier aspect de l'intégration du droit international via l'article 31 3) c) concerne une extension du champ des outils d'aide à l'interprétation de la Convention. Il agit non seulement comme renvoi au droit international général mais également comme appel aux autres instruments de protection des droits de l'homme pour délimiter les droits matériels protégés par la Convention.

Comme l'affirme le préambule de la CEDH, la Convention s'inscrit dans la mise en oeuvre de certains des droits reconnus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Il n'est alors pas étonnant que la Cour puise des éléments d'interprétation de la Convention dans les instruments universels de mise en oeuvre de cette dernière.

Cette approche a été parfaitement résumée par la Grande chambre de la Cour dans l'arrêt *Demir et Baykara*²³⁹ où elle a affirmé l'importance des pratiques convergentes au sein du droit international des droits de l'homme.

« Ensembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des États, les dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des États européens reflètent une réalité,

²³⁶ *Ibid.* § 60.

²³⁷ Voir parmi d'autres : Roberto BARATTA, « Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded? », *EJIL*, 2000, vol. 11(2), p. 413-425 ; Gérard COHEN-JONATHAN, « Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux », *RGDIP*, 1996-4, p. 915-949 et « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988) », *RGDIP*, 1989, p. 273-3141 ; Ryan GOODMAN « Human rights treaties, invalid reservations, and state consent », *AJIL*, 2002, p. 531-560 ; Jean-François FLAUSS, « Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse : Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6,1. », *RUDH*, 1993, vol. 5, p. 297 ; Susan MARKS, « Three regional human rights treaties and their experience of reservations », *ICLQ*, 1997, p. 35 ; Rama MONTALDO, « Human rights conventions and reservations to treaties », in *Hector Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. 2, Bruylant, 1997, p. 1261-1277 ; Alain PELLET, « La CIJ et les réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle », in *Liber Amicorum judge Shigeru Oda*, La Haye, 2002, p. 481-514 ; Yogeshi TYAGI, « The conflict of law and policy on reservations to human rights treaties », *BYBIL*, 2000, p. 181-258.

²³⁸ Comme il a été posé dans l'introduction, seules les utilisations du droit international font partie de notre étude, ce qui exclut les non-utilisations du droit international général.

²³⁹ CourEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, GC, 12 novembre 2008.

que la Cour ne saurait ignorer lorsqu'elle est appelée à clarifier la portée d'une disposition de la Convention que le recours aux moyens d'interprétation classiques n'a pas permis de dégager avec un degré suffisant de certitude. »²⁴⁰

L'étude de cette interprétation par « interdépendance des traités relatifs aux droits de l'homme »²⁴¹ permet de voir comment, article par article, la Convention s'insère et s'articule avec d'autres discours particuliers du droit international²⁴². Magdalena Forowicz a conclu de son étude sur les thèmes du droit des enfants, des droits civils et politiques, de la prohibition de la torture et du droit des réfugiés que la Cour a été très réceptive, se détachant seulement de manière exceptionnelle des éléments de droit spécial cités²⁴³.

Si l'impact de l'intégration systémique est qualitativement et quantitativement plus important que celles des références expresses, il reste très problématique. Ce principe n'établit pas quelle règle du droit international doit être intégrée, et quelle autre peut être rejetée ou amendée selon le principe de spécialité.

Il est néanmoins possible d'aborder cette question par la comparaison des objectifs poursuivis et invoqués. Des objectifs similaires renforceraient l'idée d'intégration alors que des objectifs différents permettraient de fonder l'argument de spécialité.

Section 2. La conciliation apparente des objectifs du droit international et de la Convention

Il peut paraître a priori peu utile de comparer les objectifs du droit international général et de la CEDH étant donné que la protection des droits de l'homme fait partie de ceux poursuivis par le droit international. En ce sens, le droit des droits de l'homme est toujours un objectif spécial.

Il existe une autre manière de percevoir les rapports entre ces deux systèmes. Les droits de l'homme seraient un des buts ultimes du droit international, et la réalisation

²⁴⁰ *Ibid.* § 76.

²⁴¹ Voir FLAUSS, « La protection des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 19. Et plus généralement, Sandrine TURGIS, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Pédone, 2011.

²⁴² Toutefois, cette analyse sort du champ de notre étude, en tant qu'application d'un droit spécial, le droit international des droits de l'homme et non un droit international général.

²⁴³ FOROWICZ, *The Reception of International Law*, *op. cit.*, p. 372.

des autres objectifs du droit international comme la paix ou la protection de l'environnement sont des facteurs qui permettent la réalisation des droits de l'homme. La Cour a choisi cette deuxième lecture. La CEDH est une mise en œuvre de la DUDH, elle-même élément clé de l'expression des valeurs exprimées dans la Charte des Nations Unies. Ainsi, de prime abord, il n'existe pas de conflit mais au contraire une complémentarité avec les objectifs affichés au niveau universel.

L'argument de spécialité ne saurait donc généralement permettre d'ignorer les solutions du droit international. La Cour a approuvé nombre des objectifs assignés à la communauté internationale, même s'ils peuvent sembler pouvoir aller à l'encontre des finalités spécifiques à la CEDH. Cette légitimation (§ 1) s'accompagne de la reconnaissance de l'universalité des valeurs de la CEDH (§ 2).

§ 1. La légitimation des objectifs généraux du droit international

L'emprise des objectifs du droit international se fait par la légitimation de leur exclusivité, en passant sous silence ceux de la CEDH. Elle entraîne la mise à l'écart d'objectifs alternatifs pouvant entraîner des résultats différents. Elle agit comme occultation²⁴⁴.

Ceci s'est produit vis-à-vis des deux grandes catégories d'objectifs du droit international : la préservation de l'indépendance des États et le développement des biens communs à la communauté internationale. La première idée est traditionnellement exprimée à travers le respect de la souveraineté des États (A). Les seconds font référence à l'idée de nécessaire coopération entre les États afin d'atteindre des objectifs communs (B).

A. Préserver la souveraineté des États

Le principe de l'égalité des États en droit international est le corollaire du principe de souveraineté²⁴⁵, un des postulats fondateurs de ce droit²⁴⁶, clairement articulé à l'article 1 § 2 de la Charte des Nations Unies qui énonce qu'elle « est fondée sur le

²⁴⁴ Voir dans le contexte de la CIJ, le rôle du raisonnable comme occultation. Olivier CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international : discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, 1997, p. 305-331.

²⁴⁵ Pour une bibliographie indicative sur la notion de souveraineté, voir DAILLIER, PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 422.

²⁴⁶ Ram P. ANAND, « Sovereign equality of States in international law », *RCADI*, t. 197, 1986, p. 22.

principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres ». En conséquence, chaque État doit pouvoir définir librement une politique nationale défendant ses propres intérêts. À cet égard, l'article 1 § 7 de la Charte rappelle qu' « aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ». Sous cet angle, le droit international est un droit de coordination entre les différentes politiques étatiques.

La Cour a intégré la préservation de la souveraineté des États dans la structure de la Convention à travers l'article 35 CEDH qui prévoit, en application des règles du droit international, l'obligation pour le requérant d'épuiser les voies de recours internes avant de saisir la Cour. Ni la Cour, ni la Commission n'ont cherché à évaluer la pertinence de la référence au droit international. Au contraire, la Cour a y vu²⁴⁷ l'expression d'un principe plus large sous-jacent à la Convention qui est celui de la subsidiarité²⁴⁸ du mécanisme de supervision. Selon elle :

« la règle de l'épuisement des voies de recours internes délimite le domaine dans lequel les États contractants ont consenti à répondre des manquements qui leur sont reprochés devant les organes de la Convention »²⁴⁹.

Le principe d'épuisement des voies de recours n'est pas non plus évalué de manière critique par rapport à l'ensemble du système conventionnel. La Cour a d'abord interprété cette règle comme permettant aux États d'éviter une condamnation par un tribunal international, susceptible d'être vexatoire, en obligeant chaque requérant à utiliser d'abord les voies de recours disponibles dans l'État en cause. La Cour a reconnu que « la règle de l'épuisement des voies de recours internes [...] a pour but

²⁴⁷ CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, Série A 21, § 48.

²⁴⁸ Sur la subsidiarité dans la Convention voir entre autres, Paolo G. CAROZZA, « Subsidiarity as a structural principle of international human rights law », *AJIL*, vol. 97, 2003, p. 38-79 ; José Antonio PASTOR RIDRUEJO, « Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Festschrift für Georg Ress*, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 1077-1083 ; Herbert PETZOLD, « The Convention and the principle of subsidiarity », in *The European system for the protection of human rights*, Macdonald, R.St.J. et al (ed.), Nijhoff, 1993, p. 41-62 ; Michèle DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 373-385 ; Mark VILLIGER, « The principle of subsidiarity in the European Convention on Human Rights », in *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : liber amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff, 2007, p. 623-637.

²⁴⁹ CourEDH, *De Wilde, Ooms, Versyp c. Belgique* (« Vagabondage »), (au principal), 18 juin 1971, Série A 12, § 50.

essentiel de protéger [l'] ordre juridique national »²⁵⁰ des États parties. Elle n'a pas vu d'inconvénient à la contradiction avec le principe même de supervision qu'implique le système de contrôle²⁵¹. Il n'y a donc pas de contrôle de compatibilité entre la nécessité de protection des droits fondamentaux et la règle posée mais une intégration des exigences de protection à travers l'interprétation du droit international général²⁵².

En plus de la mention de l'article 34, la Cour a validé des principes de droit international coutumier visant à protéger la souveraineté des États. De manière implicite, elle a reconnu que le droit international garantissait certaines prérogatives étatiques justifiant des restrictions aux droits conventionnels. D'après elle :

« L'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État »²⁵³.

L'article 6 CEDH, interprété comme garantissant le droit d'accès aux tribunaux, est donc restreint par appel au droit international. Or la Cour n'a effectué qu'une mise en balance superficielle des objectifs concurrents poursuivis, puisque l'immunité des États domine même pour des griefs relatifs à la torture²⁵⁴. Dans un tel cas, il est difficile d'imaginer comment un contrôle de proportionnalité pourrait être réellement effectué.

La protection des intérêts étatiques est également visible avec l'acceptation de principe du droit de contrôler l'entrée et la sortie des étrangers du territoire national, pouvoir régalien traditionnel. Régulièrement, la Cour a affirmé dans les affaires d'expulsion ou d'extradition d'étrangers qu'un État peut, « en vertu de sa souveraineté, contrôler l'entrée des étrangers sur son territoire et leur sortie de ce territoire »²⁵⁵. De plus, « d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de

²⁵⁰ *Ibid.* § 55.

²⁵¹ La Cour reconnaît toutefois qu'il est parfois inutile d'effectuer certaines démarches internes du fait de leur inefficacité pour répondre aux violations soulevées. Mais il s'agit d'une question différente. Le principe de protection est reconnu même s'il existe des limites.

²⁵² Voir *infra*, Deuxième partie, Titre 1, Chapitre 1.

²⁵³ CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 59.

²⁵⁴ *Ibid.* Voir *infra*, Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2.

²⁵⁵ ComEDH, (déc.), 30 juin 1959, n°434/58, Ann. CEDH 1958-1959, p. 373.

contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol »²⁵⁶. Certes, ce droit est soumis au contrôle de la Cour et au respect des droits garantis dans la Convention, notamment de l'article 8 qui protège le droit à vie privée et familiale²⁵⁷ et de l'article 3 prohibant la torture et autres traitements inhumains ou dégradants. Dans ces cas, les droits garantis sont mis en concurrence avec des droits issus du droit international.

Pour autant, l'acceptation du principe de souveraineté concernant les titres de séjour agit sur le niveau de protection offert. Premièrement, cela inverse principe et exception : le principe devient le droit d'expulsion et l'exception le respect du droit à la vie privée et familiale contrairement à la structure de l'article 8. Ce faisant, la question de la légitimité de la mesure n'est jamais mise en doute²⁵⁸. Cette démarche a permis de continuer la pratique de la « double peine », l'expulsion d'immigrés de seconde génération du seul pays où ils ont vécu après avoir déjà purgé leur peine de prison. Si la Cour a augmenté la protection offerte, elle continue à accepter ces expulsions d'étrangers intégrés alors que les nationaux sont non-expulsables²⁵⁹. Certains juges se sont opposés à cette approche²⁶⁰, toujours ancrée dans la jurisprudence. Comme le rappelle Luzius WILDHABER dans une opinion concordante :

« Il me semble que ce serait aller trop loin et qu'exceptionnellement, il doit rester possible d'expulser, conformément aux principes généraux du droit international, des immigrés de la "deuxième génération" ayant commis des crimes très graves (homicide, viol, trafic de drogues). »²⁶¹

Au contraire, pour François RIGAUX, « les dispositions novatrices de la Convention de 1950 frappent d'archaïsme les principes de droit international sur lesquels s'appuient la plupart des motivations de la Cour européenne »²⁶².

Comme l'invocation de la souveraineté via le droit international restreint l'étendue du contrôle de la Cour, elle ne devrait s'y référer que de manière exceptionnelle. Toute application extensive reviendrait à priver le mécanisme de contrôle de son efficacité.

²⁵⁶ CourEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, Série A 94, § 67.

²⁵⁷ CourEDH, *Beldjoudi c. France*, 26 mars 1992, Série A 234-A, § 74.

²⁵⁸ Sylvie SAROLEA, « Quelles vies privée et familiale pour l'étranger ? Pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RQDI*, 2000, p. 266.

²⁵⁹ Voir par exemple, CourEDH, *Üner c. Pays-Bas*, GC, 18 octobre 2006, Rec. 2006-XII.

²⁶⁰ Voir par exemple l'opinion partiellement dissidente du juge MORENILLA dans, CourEDH, *Nasri c. France*, 17 juillet 1995, Serie A 320-B.

²⁶¹ *Ibid.* opinion concordante du juge WILDHABER.

²⁶² François RIGAUX, « L'immigration : droit international et droits fondamentaux », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 720.

Néanmoins, refuser que les États parties puissent conserver un pouvoir discrétionnaire concernant certaines activités serait contraire à la possibilité d'autodétermination politique des États, garantie par le principe de souveraineté. Il restera à voir dans la seconde partie comment la balance est effectuée.

B. Les objectifs de coopération internationale

Si le droit international protège la souveraineté, il impose aussi certains objectifs de coopération internationale : en particulier l'activité des États ne doit pas constituer de menaces contre la paix ou de rupture de la paix. Sinon, les acteurs internationaux sont en droit d'intervenir en vertu de la Charte des Nations Unies. En effet, le Conseil de sécurité est autorisé, en vertu du Chapitre VII²⁶³, à « entreprendre au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales »²⁶⁴. C'est à titre individuel²⁶⁵, ou dans le cadre d'organisations régionales disposant de forces militaires, que les États sont autorisés à intervenir de manière coercitive au nom des Nations Unies²⁶⁶. Cela peut se faire au sein d'une coalition multinationale ou dans ce qui a été appelé les opérations de maintien de la paix, une fois que les belligérants ont cessé les hostilités.

La Cour européenne a dû établir si les États impliqués dans de telles actions peuvent être contrôlés au titre de la CEDH. Elle a été confrontée pour la première fois à ce problème dans les affaires *Banković*²⁶⁷ et *Marković*²⁶⁸. Il fallait apprécier dans quelle mesure des bombardements d'une station de radiotélévision située à Belgrade menés par l'OTAN pouvaient engager la responsabilité des États également parties à la CEDH. Dans l'affaire *Banković*, la requête était dirigée contre ces États pour le bombardement lui-même. Un bombardement n'étant pas, aux yeux de la Cour, un

²⁶³ Sur le chapitre VII, voir la bibliographie donnée par DAILLET et PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 990.

²⁶⁴ Article 42, Charte des Nations Unies.

²⁶⁵ La mise à disposition de forces militaires au titre d'accords spéciaux de l'article 43 de la Charte n'a jamais été mise en œuvre par les États. Voir Marie-Françoise FURET, « Article 43 », in *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Jean-Pierre COT, Alain PELLET et Mathias FORTEAU (dir.), Economica, 3^{ème} éd., 2005, tome I, p. 1262 et s.

²⁶⁶ *Ibid.* p. 1264 ; voir également Philippe LAGRANGE, « Sécurité collective et exercice par le Conseil de sécurité du système d'autorisation de la coercition », in *Les métamorphoses de la sécurité collective : droit, pratique et enjeux stratégiques*, Pédone, 2005, p. 57.

²⁶⁷ CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, (déc.), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII.

²⁶⁸ CourEDH, *Marković et autres c. Italie*, GC, 14 décembre 2006.

élément suffisant pour rattacher cet acte à la juridiction des États²⁶⁹, la requête fut jugée irrecevable. Dans l'affaire *Markovic*, la requête était dirigée contre le refus des tribunaux italiens de contrôler la légalité de la participation du gouvernement italien aux opérations militaires. La Cour a déclaré la requête recevable mais n'a constaté aucune violation de la Convention. Pour la majorité des juges de la Grande Chambre, la responsabilité de l'État italien ne pouvait être engagée pour des faits « découlant d'un acte de gouvernement relatif à un acte de guerre »²⁷⁰. Pour les sept juges dissidents, le droit d'accès au tribunal avait été violé car les tribunaux italiens n'avaient pas tenté d'apprécier la compatibilité de l'action du gouvernement au droit international. Cela révèle bien la tension entre respect de la souveraineté et contrôle de la responsabilité internationale des États.

La Cour semble avoir été très gênée par le bombardement de la radiotélévision serbe. Elle ne pouvait pas invoquer le droit international de la sécurité collective sans évaluer la légalité même des actions entreprises, légalité qui reste au mieux très controversée. Au sein d'une ample littérature, la plupart des auteurs ont estimé que l'opération était légitime mais illégale²⁷¹. La Cour a évité d'entrer dans ce débat, probablement pour ne pas remettre en cause l'intervention occidentale.

Dans un arrêt important de 2007, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*²⁷² (ci-après *Behrami et Saramati*), la Cour a évalué plus précisément la nature du lien entre la CEDH et l'objectif de maintien de la paix assigné à l'ONU. Selon elle, « 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 »²⁷³. Elle a même affirmé qu'il s'agit d'un « but impératif »²⁷⁴. Elle en a déduit que les États parties à la CEDH ont voulu implicitement respecter les buts des Nations Unies puisqu'ils en sont tous

²⁶⁹ Voir *infra*, Deuxième partie.

²⁷⁰ CourEDH, *Markovic et autres c. Italie*, GC, 14 décembre 2006, § 113.

²⁷¹ Sur l'intervention de l'OTAN au Kosovo, voir entre autres : les commentaires de Louis HENKIN, Ruth WEDGWOOD, Jonathan I. CHARNEY, Christine M. CHINKIN, Richard A. FALK, Thomas M. FRANCK, W. Michael REISMAN, *AJIL*, vol. 93, 1999, pp. 824-863 ; Nicolas VALTICOS, « Les droits de l'homme, le droit international et l'intervention militaire en Yougoslavie », *RGDIP*, 2000, p. 5-17 ; Philippe WECKEL, « L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée », *RGDIP*, 2000, p. 19-35.

²⁷² CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (déc.), GC, 31 mai 2007.

²⁷³ *Ibid.* § 149.

²⁷⁴ *Ibid.*

membres²⁷⁵ et que la Convention a pour but 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 »²⁷⁶. Pour la première fois, la Cour a pris directement en compte l'objectif de maintien de la paix dans son interprétation du contrôle des obligations de la Convention. Elle exclut ainsi les opérations internationales de maintien ou de rétablissement de la paix de sa compétence en attribuant ces opérations uniquement aux Nations Unies.

Certes, elle a tempéré certains des effets de cette décision en restreignant le critère d'attribution des actes étatiques²⁷⁷. Ainsi, les forces britanniques occupant le sud de l'Irak n'agissaient pas pour le compte de l'ONU²⁷⁸. Toutefois, les objectifs de maintien de la paix semblent toujours primer ceux du contrôle effectif du respect des droits de l'homme par les États membres du Conseil de l'Europe²⁷⁹. En effet,

« 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 »²⁸⁰.

Le renvoi aux articles 25 et 103 de la Charte est significatif. Le premier impose le respect des décisions du Conseil de sécurité et le second affirme la prééminence des obligations contractées dans le cadre de la Charte par rapport à toute autre obligation. Via ces articles, elle a accepté l'interprétation venant d'un organe extérieur à la Convention, alors même qu'elle appliquait la CEDH. Elle « a gardé à l'esprit qu'il ne lui appartient pas d'interpréter, par voie d'autorité, le sens et la portée des dispositions de la Charte de l'ONU et d'autres instruments internationaux »²⁸¹.

²⁷⁵ *Ibid.* § 147.

²⁷⁶ Préambule de la CEDH.

²⁷⁷ CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011.

²⁷⁸ Voir infra Deuxième partie Titre 2 pour une analyse plus approfondie en lien avec les notions de juridiction et d'imputabilité.

²⁷⁹ Pour une analyse du défaut de volonté de contrôler la protection effective des droits de l'homme au Kosovo par l'UNMIK, voir Bernhard KNOLL et Robert-Jan UHL, « Too little, Too late : The Human Rights Advisory Panel in Kosovo », *EHRLR*, 2007, p. 534.

²⁸⁰ CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011, § 147.

²⁸¹ CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (déc.), GC, 31 mai 2007, § 122.

Cependant, aucune disposition de la Convention n'imposait d'aller trouver dans la Charte la solution à un conflit entre ces objectifs. Pourtant, elle a reconnu la priorité du maintien de la paix face à la lutte contre l'impunité des États en matière de violation des droits de l'homme.

La Cour a également endossé la légitimité des nécessités de la construction européenne, sous réserve d'un respect équivalent des droits garantis.

« La Cour reconnaît depuis longtemps l'importance croissante de la coopération internationale et la nécessité qui en découle d'assurer le bon fonctionnement des organisations internationales [...]. Ces considérations sont décisives pour une organisation supranationale telle que la Communauté européenne. Par conséquent, la Cour admet que le souci de respecter le droit communautaire constitue pour une Partie contractante un dessein légitime, conforme à l'intérêt général, au sens de l'article 1 du Protocole n° 1. »²⁸²

De manière plus générale, il faut, selon la Cour, que l'interprétation de la Convention préserve « le bon fonctionnement des organisations internationales » et n'aille pas « à l'encontre de la tendance actuelle à l'élargissement et à l'intensification de la coopération internationale »²⁸³. La volonté de protéger l'efficacité des organisations internationales est d'ailleurs l'occasion pour la Cour de développer des interprétations qui leur sont très favorables en baissant le seuil indispensable à la protection des droits de l'homme²⁸⁴.

Une gradation apparaît dans la reconnaissance des spécificités des organisations internationales. L'exercice des pouvoirs du Conseil de sécurité et de l'utilisation du Chapitre VII est particulièrement défendu, laissant la faculté au Conseil d'autoriser l'emploi de la force et permettant d'écarter, selon la Cour, le contrôle du respect des droits matériels de la Convention. Les autres organisations internationales sont également protégées mais dans une moindre mesure.

Les valeurs de la coopération internationale sont donc reconnues et garanties par la Cour. Dans un mouvement inverse, les droits de l'homme en font également partie.

²⁸² CourEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airlines) c. Irlande*, GC, 30 juin 2005, Rec. 2005-VI, § 150. Ci-après arrêt *Bosphorus*.

²⁸³ CourEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999, Rec. 1999-I, § 72.

²⁸⁴ Voir infra, Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2.

§ 2. Une intégration prudente des droits de l'homme au sein de valeurs de l'ordre international

En sus d'interpréter la Convention en conformité avec les objectifs poursuivis par le droit international, la Cour a considéré, certes avec prudence, que les valeurs véhiculées par la Convention s'intégraient dans l'ordre juridique international de deux manières: les droits de l'homme sont des valeurs guidant l'action des Nations Unies (A) et certains de ces droits font partie du *jus cogens* (B).

A. Les droits de l'homme, fondations de l'ensemble des branches droit international

Les droits de l'homme sont des notions partagées, au moins dans l'ordre du discours, par l'ensemble des États qui s'affichent comme partie de la communauté internationale. La protection des droits de l'homme est un des objectifs poursuivis par la Charte des Nations Unies²⁸⁵ ; elle est régulièrement réaffirmée par les déclarations des chefs d'États²⁸⁶ et dans les résolutions de l'Assemblée générale.

D'un autre côté, le préambule de la Convention affirme plus qu'une simple compatibilité de la CEDH avec les objectifs des Nations Unies, il pose une relation harmonieuse. La Convention s'inscrit dans la réalisation des utopies affichées du système universel²⁸⁷ dans la Charte des Nations Unies et dans la DUDH.

On a vu que dans l'arrêt *Behrami et Saramati*, la Cour avait donné prééminence au maintien de la paix. Dans l'affaire *Al-Jedda*, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur les relations entre les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU et la CEDH. Elles sont désormais vues en concordance, comme des buts à réaliser simultanément. Pour parvenir à cet objectif, la Cour s'appuie sur l'article 24(2) de la Charte pour affirmer que le Conseil de sécurité est tenu d'agir « conformément aux

²⁸⁵ Article 1, Charte des Nations Unies.

²⁸⁶ Voir par exemple, La proclamation de Téhéran, Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme, Téhéran, du 22 avril au 13 mai 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/ 41; Déclaration et du Programme d'action de Vienne, adoptés le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, A/CONF.157/23.

²⁸⁷ En ce que, « dans sa dimension utopique, le droit international est un droit des faibles, qui tend ou doit tendre à compenser et à corriger les inégalités », Serge SUR, « Système juridique international et utopie », *APD*, 1987, p. 41.

buts et principes des Nations Unies », buts qui incluent « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » à l'article 1.

« La Cour en conclut que, lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme. En cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permette d'éviter tout conflit d'obligations. Vu l'importance du rôle joué par les Nations Unies dans le développement et la défense du respect des droits de l'homme, le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les États prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme. »²⁸⁸

La différence d'approche est significative. Dans l'affaire *Behrami et Saramati*, la vision pragmatique, visant à préserver l'efficacité des opérations de maintien de la paix, a rendu plus aisée l'attribution de la responsabilité à l'ONU²⁸⁹. Dans l'affaire *Al-Jedda*, l'interprétation de la Charte en harmonie avec les droits de l'homme impose de nouvelles conditions à la rédaction des résolutions du Conseil de sécurité. Le vocabulaire de ces dernières est au moins autant lié aux nécessités juridiques qu'aux messages politiques que les mots choisis véhiculent. La plus fameuse formule, celle qui autorise le recours à la force, prévoit simplement que les États peuvent « prendre toutes les mesures nécessaires »²⁹⁰. On peut douter qu'il s'agisse d'« un langage clair et explicite », alors même que ces résolutions vont à l'encontre du principe fondamental de la prohibition de l'usage de la force et, bien entendu, potentiellement à l'encontre du droit à la vie.

Dans ce cas, l'arrêt *Al-Jedda* impose de nouvelles pratiques au Conseil de sécurité pour que les États puissent être exonérés de leur responsabilité dans le cadre de la CEDH en cas d'actions prises pour la mise en œuvre d'une résolution du Conseil. Il est possible de voir dans cette jurisprudence un contrôle indirect de légalité à l'aune

²⁸⁸ CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011, § 102.

²⁸⁹ Pour plus de détails voir *infra*.

²⁹⁰ Voir à ce sujet, Linos-Alexandros SICILIANOS, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *RCADI*, 2009, vol. 341, p. 9-436.

des droits de l'homme. Mais la Cour aurait pu aller plus loin en refondant l'ordre juridique international sur les droits de l'homme à travers le contenu du *jus cogens*.

B. Une reconnaissance timide des droits de l'homme comme valeurs impératives du droit international

Certains droits de l'homme ont acquis une dimension légale spéciale, hiérarchiquement supérieure en application de la notion de « norme impérative du droit international général ».

La question de la hiérarchie des normes en droit international est (ré)apparue avec la notion de *jus cogens*, consacrée par la Convention de Vienne sur le droit des traités dans son article 53 :

« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »

Le *jus cogens* pose un problème au cœur du droit international et a engendré de nombreux débats²⁹¹. L'insertion de cette disposition dans la Convention de Vienne de 1969 a d'ailleurs été à l'origine du seul vote émis contre le texte, par la France²⁹², lors de la Conférence internationale d'adoption du traité²⁹³.

Les opposants du *jus cogens* estiment qu'il pose un danger. La vision classique du droit international se fonde sur l'absence de hiérarchie normative en droit international. Elle repose sur sa structure déconcentrée et l'égalité entre ses membres. Le professeur ROUSSEAU pouvait donc conclure que le *jus cogens* contredit son fondement consensuel :

²⁹¹ Antonio GOMEZ ROBLEDO, « Le *jus cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, t. 172, 1982, p. 9.

²⁹² Pour une affirmation plus récente de cette opposition, voir la déclaration du ministre des affaires étrangères du 23 novembre 1993, *AFDI*, 1993, p. 1055.

²⁹³ Vote du 22 mai 1969, document A/Con/39/11/Add.1.

« à la différence de ce qui se passe en droit interne, la notion d'un ordre public limitant l'autonomie de la volonté étatique est à peu près inexistante, en raison de la structure essentiellement individualiste et volontariste de la communauté internationale »²⁹⁴.

Or, « le *jus cogens* introduit une limitation à l'autonomie de la volonté des États, c'est-à-dire à leur liberté contractuelle, considérée traditionnellement comme absolue, parce qu'elle représente un des attributs les plus essentiels de la souveraineté »²⁹⁵.

Pour ces auteurs, le *jus cogens* repose sur une vision différente de la communauté internationale. Selon Charles DE VISSCHER, il s'agit d'une construction doctrinale visant à faire prendre corps à « une conception dominante, celle d'un ordre nécessaire [découlant] d'une certaine représentation de valeurs »²⁹⁶. L'objectif est donc de donner un statut particulier à des valeurs centrales de la communauté internationale²⁹⁷, des « règles de morale internationale si incontestables »²⁹⁸ auxquelles il est impossible de déroger.

La notion de *jus cogens* est désormais acceptée, pour certains avec regret²⁹⁹. Il est aujourd'hui possible de « constater un consensus (ou quasi-consensus) sur la notion même de *jus cogens* »³⁰⁰. Selon la définition de l'article 53, pour être qualifiée de norme de *jus cogens*, la norme doit être « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble » comme étant impérative. Ce niveau de preuve est identique à celui nécessaire pour démontrer l'existence du droit international général, ce qui est extrêmement difficile voire impossible à rapporter³⁰¹.

²⁹⁴ Charles ROUSSEAU, *Principes généraux de droit international public*, vol. I, Pédone, 1944, p. 340.

²⁹⁵ Michel VIRALLY, « Réflexions sur le *jus cogens* », *AFDI*, 1966, p. 10.

²⁹⁶ Charles DE VISSCHER, « Positivisme et “*jus cogens*” », *RGDIP*, 1971, p. 8.

²⁹⁷ Pour un historique de la notion de communauté internationale, voir Martti KOSKENNIEMI, « International Community from Dante to Vattel », in *Le Droit International de Vattel vu du XXI^e Siècle*, V. Chetail et P. Haggemacher (éd.), Martinus Nijhoff, 2011, p. 49–76.

²⁹⁸ GOMEZ ROBLEDO, « Le *ius cogens* international », *op. cit.*, p. 9.

²⁹⁹ Le professeur GLENNON continue à déplorer « l'absurdité » de ce concept. Michael J. GLENNON, « De l'absurdité du droit impératif (*Jus cogens*) », *RGDIP*, 2006, p. 529. Voir également, Georg SCHWARZENBERGER, « International *Jus Cogens* », *Texas Law Review*, 1965, p. 455.

³⁰⁰ Paul TAVERNIER, « L'identification des règles fondamentales – un problème résolu ? », in *The fundamental rules of the international legal order : jus cogens and obligations erga omnes*, Christian Tomuschat and Jean Marc Thouvenin (éd.), M. Nijhoff, 2006, p. 1.

³⁰¹ Voir *infra* à propos de la preuve du droit international général.

Indice de ce caractère problématique, les listes des normes de *jus cogens* établies diffèrent largement selon les auteurs. Par exemple, Michel VIRALLY³⁰² refuse d'intégrer dans cette liste les principes fondamentaux du droit international tels que la règle *pacta sunt servanda* ou le principe de la bonne foi, alors que Georges PERRIN³⁰³ l'accepte. Une formule de Prosper WEIL résume parfaitement la situation : « on est en présence de cercles concentriques d'incertitude croissante »³⁰⁴. Dans le premier cercle, on trouve généralement la prohibition du génocide, la prohibition des crimes contre l'humanité et l'interdiction de la torture. Dans les cercles suivants, certains auteurs y ajoutent des normes qui se rattachent généralement à la protection de l'individu³⁰⁵. Plus le cercle est élargi, moins il y a de consensus.

Il est difficile de caractériser l'approche des juges strasbourgeois vis-à-vis du contenu de cette liste car la Cour a uniquement reconnu deux règles comme normes de *jus cogens*. Dans l'arrêt *Al-Adsani*³⁰⁶, la Cour a admis sur « sur la foi de [...] précédents jurisprudentiels, que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international »³⁰⁷. Ces précédents incluent la jurisprudence de la Chambre des Lords britannique³⁰⁸ ainsi que celle du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie³⁰⁹. Dans l'arrêt *Jorgic* de 2007, la Cour a affirmé sans argumenter que « la prohibition [du génocide] relève du *jus cogens* »³¹⁰. Comme ces deux droits font partie du premier cercle des différentes listes et ont été approuvés par des juridictions internationales, on ne peut en déduire si la Cour a développé une vision limitée ou extensive du *jus cogens*. De plus, elle a agi prudemment et n'a proposé aucune méthode d'identification.

Les autres indications trouvées dans la jurisprudence de la Cour sont peu probantes car elles n'ont été soumises à aucune évaluation. Une requérante³¹¹ et des tiers

³⁰² VIRALLY, « Réflexions sur le jus cogens », *op. cit.*, p. 10-11.

³⁰³ Georges PERRIN, « La nécessité et les dangers du jus cogens », in *Mélanges Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, 1984, p. 751.

³⁰⁴ Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 27.

³⁰⁵ Voir pour une étude d'ensemble, ROBLEDO, « Le *ius cogens* international », *op. cit.* ; TAVERNIER, « L'identification des règles fondamentales », *op. cit.*

³⁰⁶ CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI.

³⁰⁷ *Ibid.* § 61.

³⁰⁸ House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] AC 147.

³⁰⁹ TPIY, *Procureur c. Furundzija*, 10 décembre 1998, affaire n° TI-95-17/1-T.

³¹⁰ CourEDH, *Jorgic c. Allemagne*, 12 juillet 2007, Rec. 2007-III, § 68.

³¹¹ Elle a affirmé que l'interdiction de la discrimination était une norme de *jus cogens*, CourEDH, *Xenides-Arestis c. Turquie*, (déc.), 2 septembre 2004.

intervenants³¹² ont avancé que la prohibition de la détention arbitraire ou l'interdiction de la discrimination étaient des normes impératives du droit international. Dans des opinions séparées, le juge CASADEVALL a affirmé que « les règles de procédure sont de *jus cogens* »³¹³ alors que pour le juge PINTO DE ALBUQUERQUE, c'est aussi le cas de « l'interdiction du refoulement »³¹⁴. Toutefois, aucun de ces arguments n'a été pris en considération par la Cour.

Le seul droit de l'homme que la Cour a reconnu comme faisant partie du droit international impératif est en conséquence celui consacré par l'article 3 CEDH, la prohibition du génocide n'étant pas un droit individuel. Elle a fait preuve de prudence en la matière, même si la Cour reconnaît ainsi que certains droits de l'homme font partie des valeurs fondamentales du droit international. Une telle attitude contraste avec la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui a développé une conception extensive du *jus cogens*³¹⁵.

Le choix de la Cour d'insérer la Convention dans le cadre du discours du droit international est très clair. Il est répété de manière constante, avec des références qui se sont multipliées ces dernières années. Il s'est fait sans débat véritable et sans opposition. Il semblait naturel d'employer ce discours.

Historiquement, l'« évidence » de cette insertion doit être replacée dans un contexte où la Cour, comme la Commission, devaient justifier leur existence. Ce choix a certainement permis de renforcer la légitimité des décisions prises par la Cour à l'encontre des États. Le droit international est un langage juridique que les États acceptent et qui permet de concilier des approches nationales divergentes.

Cette insertion s'est faite à travers l'acceptation du principe d'intégration systémique tel qu'affirmé dans l'article 31 3) c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Dès lors, l'intégralité du droit international général est théoriquement applicable à la Convention. Plusieurs pans du droit international général ont été

³¹² Interights a avancé que la prohibition de la détention arbitraire était de *jus cogens*, CourEDH, *Boumediene et autres c. Bosnie-Herzégovine*, (déc), 18 novembre 2011, § 60. Et le Centre AIRE a affirmé que la règle interdisant les expulsions pouvant donner lieu à la torture était également une norme impérative, CourEDH, *Ramzy c Pays-Bas*, (déc.), 27 mai 2008, § 33.

³¹³ CourEDH, *Cañete de Goñi c. Espagne*, 15 octobre 2002, Rec. 2002-VIII.

³¹⁴ CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, GC, 23 février 2012.

³¹⁵ Voir Hélène TIGROUDJA, « L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge d'arrêts et avis consultatifs récents », *RTDH*, 2002, p. 69-110.

utilisés par la Cour que ce soit en matière d'immunité des États, de notion de juridiction ou bien de *jus cogens*.

Ce phénomène s'est produit sans questionner la compatibilité des règles de droit international avec celles, plus spécifiques, de la Convention. De manière générale, la Cour reconnaît la légitimité des intérêts garantis par le droit international et ainsi que leur conformité avec ceux de la CEDH.

En même temps, la juridiction strasbourgeoise affirme que le droit international est ancré sur les valeurs droits de l'homme. Il ne semble donc pas y avoir de conflit. Mais cette compatibilité n'est énoncée qu'à un haut niveau de généralité.

L'interprétation des normes du droit international n'est pas un processus simple. Il est possible d'arriver à des conclusions distinctes selon l'approche utilisée, selon qu'elle favorise l'approche normative ou l'approche consensuelle. Accepter que le droit international soit applicable au contentieux issu de la CEDH est insuffisant. Il faut établir comment la Cour a identifié le droit international applicable.

Chapitre 2. Le droit international vu comme ensemble de positions dominantes

En droit interne, la positivité d'une norme est établie par le respect des procédures officiellement reconnues par le système³¹⁶. Le droit international général pose problème de ce point de vue. Certains doutent que de telles procédures existent. Il n'est pas évident que les règles de droit international général puissent exister indépendamment du juge qui est censé statuer³¹⁷ car les procédures de production des normes générales ne sont pas formalisées. En conséquence certains auteurs vont jusqu'à nier au droit international sa qualité de « droit »³¹⁸.

Les problèmes de reconnaissance et l'interprétation du contenu des obligations sont liés aux contradictions internes au droit international, étudiées dans l'introduction. La doctrine sur les sources du droit est fondée soit sur le consentement des États (option volontariste), soit sur ce qui est « juste » dans telles circonstances particulières³¹⁹ (option objectiviste). Ainsi, les méthodes d'identification doivent à la fois s'appuyer sur la pratique des États (volontarisme), pour pouvoir être acceptable par ces derniers, mais également en dehors de leur accord (objectivisme) pour pouvoir produire des normes contraignantes. Insister sur le consentement rend l'interprétation vulnérable à la critique de l'apologie : l'application de la règle de droit dépend de la volonté du débiteur de celle-ci. Insister sur les valeurs est fragile face à la critique de l'utopie : la norme reflète des valeurs subjectives ne représentant pas la pratique des États. En conséquence, il n'existe pas de théorie unique pour décrire comment le droit international général doit être conçu, mais des variantes insistant plus ou moins sur l'un ou l'autre des éléments³²⁰. Tout choix parmi ces variantes est fragile.

Dès lors, la Cour se retrouve dans une position difficile lorsqu'elle doit interpréter le droit international applicable à un litige. Elle ne peut résoudre les tensions internes

³¹⁶ Roberto AGO, « Droit positif et droit international », *AFDI*, 1957, p. 20-21.

³¹⁷ Herbert L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. Michel VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 251.

³¹⁸ John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, vol. I, 2ème éd., John Murray, 1861, p. 177. Et les références citées par AGO, « Droit positif et droit international », *op. cit.*, p. 23, note 21.

³¹⁹ KOSKENNIEMI, « Entre utopie et apologie », *op. cit.*, p. 78.

³²⁰ Pour un historique des variations doctrinales, voir KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, p. 307-333.

au droit international, mais elle doit démontrer qu'elle est tout de même capable d'offrir une solution juridique à la question posée.

Pour éviter de prendre position et pour utiliser le droit international comme quelque chose de donné, il faut transformer l'établissement de son contenu en faisant appel à des outils externes, donc en identifiant le droit international de manière indirecte. Les moyens utilisés par la Cour établissent le contenu des positions dominantes du droit international. En effet, son travail ne consiste pas à déterminer les sources du droit international général grâce à leurs définitions classiques (Section 1), mais à découvrir les positions dominantes de la communauté des juristes internationaux (Section 2).

Section 1. L'indifférence de la Cour vis-à-vis des sources classiques du droit international

Aussi bien la doctrine que la jurisprudence des tribunaux internationaux ont recours au « droit international général » sans pour autant définir ce qu'il faut entendre par cette expression, alors même que sa conceptualisation pose de nombreux problèmes. Exceptionnellement, la Cour a affirmé l'existence d'un principe de droit international général, sans pour autant la justifier. Par exemple, elle a « noté » que « l'immunité des États souverains est un concept de droit international, issu du principe par *in parem non habet imperium*, en vertu duquel un État ne peut être soumis à la juridiction d'un autre État »³²¹. Étant donné l'unanimité constatée sur ce principe, il n'est pas surprenant qu'elle se soit contentée d'en « noter » l'existence. Cependant, elle se fonde généralement sur des arguments complémentaires pour parvenir à de telles constatations.

Ces références sont constituées par les sources énumérées à l'article 38 du Statut de la CIJ. Même si comme l'écrivent Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, cette liste est désormais désuète³²², cet article forme généralement le point de départ dans la plupart des manuels de droit international³²³, de l'étude des sources

³²¹ CourEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 54.

³²² Dominique CARREAU et Fabrizio MARRELLA, *Droit international*, 11ème éd., Pédone, 2012, p. 146.

³²³ Voir par exemple, CARREAU et MARRELLA, *Droit international*, *op. cit.*, p. 146 ; Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit international public*, 6ème éd., Montchrestien, 2002, p. 43 ; DAILLIER et al., *Droit*

du droit international car il est unique en son genre. Il liste les sources que la CIJ doit utiliser pour déterminer le droit applicable. La doctrine s'accorde à reconnaître que pour l'essentiel, cet article est lui-même coutumier.

L'article 38 fait référence à trois types de règles pour déterminer les obligations internationales : les traités, la coutume et les principes généraux du droit « reconnus par les nations civilisées » ainsi qu'à des moyens complémentaire d'interprétation. Cette liste doit permettre d'établir toutes les normes applicables en cas de contentieux entre deux ou plusieurs États, les normes générales et les normes spéciales.

Les traités doivent être exclus comme source directe de droit international général. Ils impliquent par définition la relativité des engagements. Seules les parties à une convention sont liées par son contenu. Ainsi, un traité, sauf s'il est conclu par l'ensemble des États, ne peut être source directe de droit international général.

Il reste la coutume et les principes généraux du droit comme les deux sources du droit international général. La Cour a neutralisé la différence entre ces dernières et leurs modes traditionnels d'identification. Elle a fait appel à la coutume sans prendre en considération la définition qu'il lui est traditionnellement donnée (§ 1), et a recouru aux principes du droit international de manière limitée (§ 2).

§ 1. La coutume générale entre volontarisme et objectivisme

La Cour a reconnu à plusieurs reprises l'existence de règles coutumières. Elle a affirmé que « les articles 31 à 33 [de la Convention de Vienne sur le droit des traités] sont considérés [...] comme faisant partie du droit international coutumier »³²⁴, que « l'interdiction du recours unilatéral à la force [...] est aujourd'hui partie intégrante du droit coutumier international »³²⁵, et que le « principe d'immunité des États [est] unanimement consacré dans le droit international conventionnel et coutumier »³²⁶,

Plus récemment, la Cour a accepté qu'en matière d'immunité des États,

international public, *op. cit.* p. 116 ; Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, 8ème éd., Dalloz, 2006, p. 267.

³²⁴ CourEDH, *Bianchi c. Suisse*, 22 juin 2006, § 81.

³²⁵ CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (déc.), GC, 31 mai 2007, § 148.

³²⁶ CourEDH, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*, 3 mars 2005, § 97.

« il est permis de considérer que l'article 11 du projet de la Commission du Droit International de 1991, tel qu'il a été repris par la Convention [sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens] de 2004, s'applique à l'État défendeur, au titre du droit international coutumier »³²⁷.

Elle a également reconnu l'existence d'une coutume locale entre la France et Andorre³²⁸.

Il n'existe pas de règles secondaires écrites concernant le mode de formation des normes coutumières³²⁹. L'intérêt du statut de la CIJ est de proposer une définition écrite. La coutume³³⁰ est selon l'article 38 la « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». Elle est composée de deux éléments, un élément matériel et un élément psychologique. Selon la CIJ dans *l'Affaire du plateau continental Libye/Malte* de 1985, « la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États »³³¹. Cet arrêt, très commenté, a été compris par la doctrine comme consacrant une acceptation définitive d'une conception de la coutume mélangeant volontarisme et objectivisme³³². Les deux éléments possèdent chacun une dimension liée à la volonté des États mais également à une théorie de la justice.

Par élément matériel, il faut entendre les actes des États tels que les déclarations des gouvernements ou de leurs représentants, les lois internes ou les décisions de tribunaux internes relatifs à l'application du droit international...³³³ Mais toutes les pratiques ne sauraient être interprétées comme des pratiques juridiques pouvant fonder une coutume. Il faut faire le tri et ne retenir que celles qui revêtent un caractère juridique, celles qui bénéficient de l'*opinio juris*.

Le problème de la définition de l'article 38 réside dans la recherche de l'élément subjectif d'acceptation et d'accès à la conscience des États que cela demande. Selon la CIJ l'*opinio juris* doit être identifiée dans la pratique des États. Le

³²⁷ CourEDH, *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, GC, § 67.

³²⁸ CourEDH, *Droz et Janousek c. Espagne et France*, 26 juin 1992, Série A 240, § 107.

³²⁹ Serge SUR, « La coutume internationale, sa vie, son œuvre », *Droits*, 1986 (3), p. 119.

³³⁰ Voir les références in DAILLIER, PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 332.

³³¹ CIJ, *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), arrêt, 3 juin 1985, Recueil 1985, p. 29, par. 27.

³³² Peter HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *RGDIP*, 1986, p. 16. Ceci n'est pas tenable de manière stable, car chaque position prise est critiquable comme étant soit trop objectiviste (utopique), soit trop volontariste (apologétique).

³³³ SUR, « La coutume », *op. cit.*, p. 121.

raisonnement devient alors circulaire : la pratique juridique pertinente dépend de l'intention des États et l'*opinio juris* de la pratique des États. Une étude approfondie de la jurisprudence de la CIJ en la matière tend à démontrer que la théorie des deux éléments n'est jamais utilisée de manière identique³³⁴. Il s'agirait donc d'un « seul processus »³³⁵.

Pour la théorie volontariste, le fondement du caractère obligatoire du droit international se situe dans le consentement des États. Ce fondement s'applique aussi bien aux traités qu'à la coutume. « [L]’acceptation de la règle coutumière n’a pas cessé de constituer l’un des pivots de la théorie classique de la coutume »³³⁶. Cette vision est confortée par le célèbre *dictum* de la CPJI dans l’affaire du *Lotus* :

« les règles de droit liant les États procèdent de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit »³³⁷.

Si l’expression de la volonté des États est cristallisée dans le texte du traité, il est bien plus délicat de la situer pour la coutume. Comme le reconnaît Prosper WEIL, un tenant de la doctrine volontariste, la coutume constitue le point faible de la théorie car « il a de tout temps été malaisé de déterminer si un État donné était lié par une telle règle et à partir de quel moment il l’était »³³⁸. Pour pouvoir adapter cette vision à l’existence d’un droit coutumier général, une partie de la doctrine volontariste a émis l’idée que la coutume repose sur un consentement tacite de l’ensemble des États, et qu’en cas de refus constant, la coutume ne s’applique pas³³⁹. Cette dernière idée a été reprise sous le terme d’ « objecteur persistant »³⁴⁰.

Au contraire, pour la doctrine objectiviste, la coutume est l’expression d’une nécessité sociale ressentie par les membres de la collectivité internationale, incitant les uns et les autres à agir d’une certaine manière. Ainsi, pour Georges SCELLE,

³³⁴ HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments », *op. cit.*, p. 16.

³³⁵ SUR, « La coutume », *op. cit.*, p. 121.

³³⁶ WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *op. cit.*, p. 33.

³³⁷ CPJI, *Lotus* (France c. Turquie), arrêt, 1927, Série A n°10.

³³⁸ WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *op. cit.*, p. 33

³³⁹ Charles CHAUMONT, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 437 et s.

³⁴⁰ Il s’agit d’une traduction littérale d’une expression anglaise : *persistent objector* mais utilisée également dans la doctrine francophone. Voir Jonathan L. CHARNEY, « The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law », *BYBIL*, 1985, p. 1-24 ; Pierre-Marie DUPUY « A propos de l’opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l’objecteur persistant » in *Mélanges Michel Virally*, LGDJ, 1991, p. 257.

« chacun des actes qui constituent la coutume est autonome, isolé »³⁴¹, il n'y a « aucune trace du contrat, soit explicite, soit implicite, dans la formation coutumière du droit »³⁴². L'émergence d'une coutume ne saurait ainsi dépendre de la volonté des États. Les coutumes sont des normes rendues nécessaires par la vie en collectivité.

Brigitte STERN qualifie la version objectiviste d'« *opinio juris* sentiment » et la version volontariste d'« *opinio juris* assentiment »³⁴³. Il reste que la détermination de l'*opinio juris* doit toujours être une décision impliquant un choix. En somme, la question de la reconnaissance d'une coutume serait autant un acte de volonté que de connaissance.

La jurisprudence de la CIJ relative à la coutume a mélangé les deux visions. La preuve de la participation « des États intéressés » est nécessaire, ce qui renvoie à l'assentiment. Pour autant, la CIJ réfute également la thèse de l'accord tacite car les règles coutumières

« doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté et à son propre avantage »³⁴⁴.

Le débat classique concernant le statut de la coutume et les méthodes d'identification de son contenu ne peut être clos. De nombreux auteurs notent d'ailleurs que ce débat est vain, en raison de la nature même de la coutume dont les éléments seraient uniques. Le processus coutumier serait « rebelle à toute approche systématique »³⁴⁵. Ce constat n'est toutefois pas très utile lorsque l'objectif est justement de généraliser une pratique pour en déterminer les traits marquants.

La Cour strasbourgeoise n'a pas choisi entre « sentiment » et « assentiment ». D'un côté, elle semble valider le concept d'« objecteur persistant » et par là-même accepter l'importance du consentement. Elle oppose régulièrement aux États

³⁴¹ Georges SCELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, Domat-Montchrestien, 1943, p. 397.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ Brigitte STERN, « La coutume au cœur du droit international », in *Mélanges Paul Reuter*, Pédone, 1981, p. 490.

³⁴⁴ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (RFA c. Danemark et RFA c. Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, Recueil 1969, p. 39-40.

³⁴⁵ Georges ABI SAAB, « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », *Mélanges Roberto Ago*, Giuffrè, 1987, p. 60.

l'absence de contestation à la formation de la règle pour pouvoir appliquer la coutume³⁴⁶. De l'autre, elle ne tire aucune conséquence de l'absence de ratification ou même de signature d'un traité par l'État défendeur. Par exemple, elle affirme :

« Ainsi, l'article 11 du projet de la Commission du droit international de 1991, tel qu'il a été repris par la Convention de 2004, s'applique au titre du droit international coutumier, et ce même si l'État n'a pas ratifié cette convention, dès lors qu'il ne s'y est pas non plus opposé »³⁴⁷.

La méthode varie également. Ainsi, pour Jean-François FLAUSS, lorsqu'il s'agit de faire évoluer le droit à la vie³⁴⁸ :

« la conception de la coutume que retient la Cour apparaît comme des plus classiques, et peut-être même à la limite comme conservatrice (au sens non péjoratif du terme). En effet, celle-ci accorde, semble-t-il, une grande importance à l'élément matériel de la coutume, la pratique des États »³⁴⁹.

Dans l'affaire *Öcalan*, une pratique quasi-unanime a même été considérée comme insuffisante pour consacrer l'abandon par voie coutumière de l'exception de peine de mort de l'article 2 CEDH. Mais la Cour peut également, comme il a été vu en matière d'immunité des États, simplement affirmer l'existence d'un principe coutumier sans avancer de pratique³⁵⁰.

D'un point de vue terminologique, la Cour utilise la coutume comme source de droit international général. Mais elle n'étudie qu'exceptionnellement la pratique des États et ne fait jamais appel explicitement aux deux éléments de la doctrine classique. De plus, il existe des variations dans l'application des standards de découverte de la coutume³⁵¹.

Cette analyse doit être complétée par celle des principes généraux du droit.

³⁴⁶ CourEDH, *Cudak c. Lituanie*, GC, 23 mars 2010, § 31.

³⁴⁷ CourEDH, *Sabeh El Leil c. France*, GC, 29 juin 2011, § 54.

³⁴⁸ CourEDH, *Öcalan c. Turquie*, GC, 12 mai 2005, Rec. 2005-IV.

³⁴⁹ FLAUSS, « Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 84.

³⁵⁰ CourEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 54.

³⁵¹ Anja SEIBERT-FOHR, « Unity and Diversity in the Formation and Relevance of Customary International Law : Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order », in Andreas ZIMMERMANN, Rainer HOFMANN, *Unity and Diversity In International Law, Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute of International Law November 4 – 7, 2004*, Duncker & Humblot, 2006, p. 273.

§ 2. L'appel limité aux principes généraux du droit

Le *Dictionnaire du droit international public* définit les principes du droit international comme une « formulation globalisatrice des principales règles du droit international »³⁵². Pour Pierre-Marie DUPUY, « [l]e caractère commun à ces principes tient à leur haut niveau d'abstraction et à leur extrême généralité, dont l'effet est de condenser le plus souvent la règle désignée en une formule simple »³⁵³.

Une étude devenue classique d'Alfred VERDROSS permet d'affiner cette définition en trois catégories³⁵⁴ : les principes tirés de la nature du droit, les principes liés implicitement à une institution et enfin les « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ». La première catégorie est formée par les principes spécifiques au droit international tels que les principes d'égalité souveraine des États ou *pacta sunt servanda*³⁵⁵. Elle comprend aussi ceux qui sont liés au raisonnement juridique. Dans la jurisprudence de la Cour de La Haye, apparaissent, par exemple, les principes *lex specialis derogat generali*³⁵⁶ ou *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*³⁵⁷. Ceux qui appartiennent à la deuxième catégorie sont liés à la fonction de juger. Ces principes seront traités de manière spécifique au sein des directives d'interprétation de la Convention³⁵⁸. La dernière catégorie fait référence aux principes reconnus par les principaux systèmes juridiques mondiaux qui « selon une doctrine majoritaire [...] sont des principes communs aux ordres juridiques internes [...] et transposables à l'ordre juridique international »³⁵⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est servie des trois types de définition. Mais les principes liés à la nature du droit n'apparaissent qu'exceptionnellement. L'immunité des États a, par exemple, été qualifiée de « concept du droit international ».

³⁵² Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 880.

³⁵³ DUPUY, *Droit international public, op. cit.*, p. 346.

³⁵⁴ VERDROSS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 204 et s.

³⁵⁵ Giuseppe BARILE, « La structure de l'ordre juridique international », RCADI, 1978, t. 161, p. 52.

³⁵⁶ « conformément au principe élémentaire d'interprétation, les expressions spéciales l'emportent sur les expressions générales », CPJI, *Paiement des emprunts serbes émis en France*, Série A n°20, p. 30.

³⁵⁷ « une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question », CPJI, *Usine de Chorzów* (demande en indemnité – compétence), Série A n°9, p. 31.

³⁵⁸ Voir *infra* Titre 2.

³⁵⁹ *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 880.

De même, la référence aux « principes généraux du droit reconnus par les nations » est tout aussi exceptionnelle. Dans l'affaire *Golder*, elle a ainsi affirmé que parmi les règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties de l'article 31 3) c) CVDT « figurent des principes généraux de droit, notamment des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (article 38 par. 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice »³⁶⁰.

En dehors de cet arrêt et de la référence de l'article 7 CEDH, l'expression n'est quasiment pas été utilisée. Pourtant, dans l'optique de certains des rédacteurs de la Convention, leur rôle aurait dû être central. Pierre-Henri TEITGEN avait précisé la portée des principes dans un rapport fait au nom de la Commission des affaires juridiques, au cours des travaux préparatoires de la Convention³⁶¹ et voulait leur faire jouer un rôle éminent dans l'interprétation de la CEDH. Pour autant, cette approche a été rendue moins pertinente suite au choix de l'option britannique d'une définition plus précise des droits³⁶², et a ensuite été presque abandonnée sous cette forme. Leur quasi-absence s'explique aussi par le recours, sous le label de « dénominateur commun », « aux législations respectives des divers États contractants »³⁶³ ou « aux systèmes juridiques des États »³⁶⁴. Cet usage remplit les objectifs énoncés par Pierre-Henri TEITGEN de base d'un « droit général commun ». Les notions vagues de la Convention comme la vie privée, mais surtout les méthodes acceptables de limitation des droits ont été complétées par les pratiques étatiques sans faire appel à la catégorie juridique des principes généraux du droit international.

La plupart des références aux principes du droit international relèvent d'un domaine d'application particulier, que ce soit, par exemple, la protection diplomatique, l'immunité des États ou le droit international des traités.

En conséquence, l'étude du choix des sources du droit international apporte peu de clarification sur l'utilisation faite par la Cour du droit international général. Les méthodes de détermination du contenu sont plus éclairantes à cet égard.

³⁶⁰ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18, § 35.

³⁶¹ « Quels sont ces principes ? D'abondants travaux de doctrine et en jurisprudence qui fait autorité le précisent. Ce sont les principes et les règles juridiques qui, parce qu'il sont formulés et sanctionnés par le droit interne de tous les pays civilisés à un moment donné, peuvent être considérés par induction comme constituant un principe de droit commun général, applicable dans toute l'étendue de la société internationale. » *Travaux préparatoires CEDH*, vol. I, p. 281.

³⁶² Voir *supra*.

³⁶³ CourEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, Série A 22, § 80.

³⁶⁴ CourEDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, Série A 87, § 40.

Section 2. La détermination de l'interprétation dominante du droit international

Si le droit international général identifié par la Cour ne suit pas les méthodes traditionnellement énoncées pour reconnaître le droit international général, cette dernière a néanmoins établi des mécanismes destinés à en établir le contenu.

Pour la Cour, la dimension « pratique » est fixée essentiellement par la pratique multilatérale des États (§ 1). Pour déterminer ce qui est accepté comme contraignant par la communauté internationale, elle utilise en priorité des moyens d'interprétation pourtant qualifiés d'auxiliaires par l'article 38 du Statut de la CIJ (§ 2).

§ 1. Une pratique induite des actes internationaux multilatéraux

La pratique des États constitue l'élément décisif permettant d'ancrer le contenu des normes juridiques dans la « réalité » de la vie internationale. Habituellement, la pratique à laquelle les internationalistes s'intéressent est la pratique nationale. Néanmoins, les différents traités de codification, les résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies peuvent être considérés en tant que « pratique » et non en tant que norme, car ils n'ont pas vocation à être des actes créant du droit international général. Ils doivent uniquement servir comme éléments déclaratifs. Il n'existe ainsi pas de distinction théorique entre leur valeur et celles des pratiques purement internes. Pourtant, il faut reconnaître que se limiter uniquement aux pratiques multilatérales est réducteur de la pratique internationale des États.

Le recours à la pratique internationale par la Cour est composé essentiellement des traités de codification du droit international (A). Les autres actes de la pratique des États ne sont utilisés que de manière restreinte (B).

A. Les traités de codification du droit international

La Commission du droit international (ci-après CDI) est un organe créé en 1947 par la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale en vertu de l'article 13 de la Charte des Nations Unies qui lui demande d'« encourager le développement progressif du droit international et sa codification ». La codification est définie à l'article 15 du statut de la CDI comme « formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du

droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales ».

Ce travail a abouti dans certains domaines à l'ouverture de négociations pour la rédaction de traités de codification. Le processus même – l'étude préliminaire menée par la CDI puis la conférence internationale – doit permettre d'identifier la pratique des États, dans la mesure où ils ont été consultés avant d'avoir eu l'occasion d'exprimer leur position lors de la conférence.

Les traités de codification du droit international sont destinés à formaliser le contenu d'obligations devant servir l'ensemble de la communauté internationale. Par définition, ils constituent un indice important de la pratique des États.

L'avantage évident de la codification est de produire un texte. Alors que la coutume n'existe que dans la répétition d'actes qui ont pu avoir des formulations ou des implications multiples, le traité manifeste dans un seul texte l'accord de nombreux États. Mais, pour la CDI l'impact des traités de codification sur la coutume bien qu'important est variable :

« l'expérience montre qu'une convention sera probablement considérée comme revêtue d'une plus grande autorité, et qu'elle aura donc une plus grande force de persuasion. En outre, une convention a des effets importants en ce qu'elle réalise un accord général sur la teneur du droit qu'elle codifie, et qui devient ainsi le droit coutumier admis en la matière. Tout dépendra évidemment de la valeur propre des dispositions du projet, dans la mesure où celles-ci traduiront fidèlement le droit international coutumier ou apporteront des solutions judicieuses et acceptables sur des points incertains, et de l'intérêt que les États porteront de ce fait à la convention »³⁶⁵.

Cette citation résume bien les différents impacts que peuvent produire les conventions de codification, transcription de la coutume ou base du développement du droit selon la volonté des États.

³⁶⁵ *Annuaire CDI*, 1974, vol. II. 1^{ère} partie, p. 174.

La CIJ a également posé des conditions pour que certaines dispositions puissent refléter la coutume et lier les États « même en dehors de tout lien conventionnel »³⁶⁶. Selon les critères de reconnaissance de l'*affaire du plateau continental de la mer du Nord*³⁶⁷, il faut « que la disposition en cause ait, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif et puisse ainsi constituer la base d'une règle générale de droit »³⁶⁸. Elle ne doit pas pouvoir faire l'objet de réserve de la part des parties. Dans le cas contraire, la preuve est plus difficile. Il est également nécessaire (mais pas forcément suffisant) que l'on puisse enregistrer « une participation très large et représentative à la Convention [...] à condition qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés »³⁶⁹. Il faut que dans le laps de temps écoulé depuis l'entrée en vigueur de la Convention certains critères difficiles à mettre en œuvre soit réunis :

« la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »³⁷⁰.

Ces conditions doivent permettre de distinguer les articles de codification de ceux de développement progressif.

Pourtant, il semble que la Cour strasbourgeoise admette très aisément l'existence d'une règle de droit international général à partir du moment où elle a été énoncée dans un traité de codification. Le premier exemple, déjà cité, concerne les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, un des grands succès de la codification. Le juge VERDROSS y a fait référence pour la première fois dans une opinion dissidente de l'affaire *Ringeisen* du 16 juillet 1971, soit cinq ans avant l'affaire *Golder*. Il a mentionné l'article 33 para. 4 pour s'opposer à une interprétation qu'il jugeait extensive de l'obligation d'épuisement des voies de recours internes. Ceci n'est pas très étonnant de sa part étant donné qu'il était professeur de droit international, mais surtout l'un des membres de la CDI ayant pris part aux travaux de rédaction sur le droit des traités.

³⁶⁶ CIJ, *Réserves à la Convention pour la répression et la répression du crime de génocide*, Rec. 1951, p. 21.

³⁶⁷ CIJ, *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, Rec. 1969, p. 3.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 41-42.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 43.

³⁷⁰ *Ibid.*

Cette référence n'est pas controversée. Dans l'affaire *Golder*, le Royaume-Uni a estimé « lui aussi approprié de recourir à la règle générale et aux moyens complémentaires d'interprétation [des articles 31 et 32], que l'on peut considérer en gros comme exprimant les règles pertinentes du droit international coutumier »³⁷¹.

La première référence à la Convention de Vienne fut d'ailleurs faite avant son entrée en vigueur, ce qui signifie bien que sa valeur normative reposait sur son caractère énonciateur de coutume ou de principes généraux du droit international, et non sur son caractère de traité.

En dehors des dispositions relatives à l'interprétation, la Cour et la Commission ont cité l'article 18 relatif aux obligations des États entre la signature d'un traité et sa ratification³⁷², l'article 26 concernant l'application des traités de bonne foi³⁷³, l'article 27 excluant les lois nationales comme justification du non-respect d'un traité³⁷⁴ et l'article 28 visant la non-rétroactivité des traités³⁷⁵.

En outre, la Cour a utilisé la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961³⁷⁶, la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963³⁷⁷, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens du 2 décembre 2004³⁷⁸. Dans chaque cas, elles ont joué un rôle décisif pour déterminer le contenu du droit international général.

La Cour a récemment insisté, dans l'affaire *Cudak*³⁷⁹, sur les relations entre les projets de la CDI et la Convention sur les immunités juridictionnelles de 2004. Elle a utilisé la jurisprudence de la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* pour pouvoir affirmer qu'un article d'un traité pouvait codifier ou engendrer une coutume :

« il est bien établi en droit international que, même non ratifiée, une disposition d'un traité peut avoir force contraignante si elle reflète le droit

³⁷¹ Mémoire du gouvernement, affaire *Golder*, Série B 16, p. 94-95.

³⁷² CourEDH, *Melnitchenko c. Ukraine*, 19 octobre 2004, Rec. 2004-X, § 64.

³⁷³ CourEDH, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, GC, 30 juin 2009, § 87.

³⁷⁴ CourEDH, *Nada c. Suisse*, GC, 12 septembre 2012, § 79.

³⁷⁵ CourEDH, *Blečić c. Croatie*, GC, (déc.), 8 mars 2006, § 90.

³⁷⁶ CourEDH, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*, 3 mars 2005, § 38 et § 70.

³⁷⁷ CourEDH, *Kirovi c. la Bulgarie et la Turquie*, (déc.), 2 octobre 2006.

³⁷⁸ CourEDH, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*, 3 mars 2005, § 75 ; CourEDH, *Kirovi c. la Bulgarie et la Turquie*, (déc.), 2 octobre 2006.

³⁷⁹ CourEDH, *Cudak c. Lituanie*, GC, 23 mars 2010.

international coutumier, soit qu'elle "codifie" ce dernier, soit qu'elle donne naissance à de nouvelles règles coutumières »³⁸⁰.

Elle a noté à ce propos que la CDI « élaborera plusieurs projets, qui furent soumis aux États pour observations. La Lituanie ne soumit jamais de commentaire négatif à leur sujet. »³⁸¹. Ces projets d'articles furent à la base de la Convention de 2004. Et bien que la Cour ait remarqué que la « Lituanie n'a pas voté contre l'adoption de ce texte mais ne l'a pas ratifié »³⁸², elle conclut que « l'article 11 du projet de la Commission du Droit International de 1991, tel qu'il a été repris par la Convention de 2004, s'applique à l'État défendeur, au titre du droit international coutumier. »³⁸³

Pourtant, l'histoire de la codification et de ces grandes conventions a également présenté des échecs. Certaines conventions ne sont toujours pas entrées en vigueur³⁸⁴. D'autres sont mort-nées³⁸⁵ ou bien ont été radicalement transformées, si elles ne reflètent pas les idées des États dominants³⁸⁶.

Il est aisé de comprendre que la Convention de Vienne sur le droit des traités, « le traité des traités », soit matériellement importante. Néanmoins, la Cour n'explique pas pourquoi cette convention fait partie du droit international général. Pour faire jouer un rôle central à ce traité, elle se contente de constater qu'elle a déjà eu recours auparavant à certains des principes qu'il énonçait en matière d'interprétation.³⁸⁷ Toute discussion sur la méthode de découverte est ainsi escamotée, alors même que les règles en question viennent fonder son activité interprétative. La portée de cette critique doit toutefois être minimisée, car il s'agit ici encore, d'une position dominante au sein des juristes internationaux³⁸⁸. La CIJ a

³⁸⁰ *Ibid.* § 66.

³⁸¹ *Ibid.* § 29.

³⁸² *Ibid.* § 31.

³⁸³ *Ibid.* § 67.

³⁸⁴ Voir par exemple la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel de 1975 qui au bout de près de 40 ans n'est toujours pas entrée en vigueur.

³⁸⁵ Voir par exemple la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État de 1983 ou le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la CDI.

³⁸⁶ Un bon exemple est celui des conventions sur le droit de la mer gérant les problèmes de ressources. Pour une histoire de ces conventions voir, Martti KOSKENNIEMI et Marja LEHTO, « The Privilege of Universality, International Law. Economic Ideology and Seabed Resources », *Nordic Journal of International Law*, 1996, p. 533-555 et les références qui y sont citées ainsi que, Tullio TREVES « Codification du droit international et pratique des États dans le droit du le mer », *RCADI*, 1990, t. 223, p. 9-302.

³⁸⁷ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18, § 29.

³⁸⁸ Rapport KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international*, *op. cit.*, p. 15.

affirmé qu' « à plusieurs reprises déjà elle a eu l'occasion de dire que certaines des règles énoncées dans ladite convention pouvaient être considérées comme une codification du droit coutumier existant »³⁸⁹.

Toutefois, toutes les clauses des traités de codification et de développement n'appartiennent pas au droit international général. La CIJ a d'ailleurs refusé d'attribuer le caractère de « coutumier » à l'article 66 de la Convention de Vienne³⁹⁰. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, ce fut également le cas pour l'article 6 de la Convention sur le plateau continental de 1958.

« [L]'article 6 de la Convention, a été proposé par la Commission avec beaucoup d'hésitation, à titre plutôt expérimental et tout au plus *de lege ferenda*, donc certainement pas *de lege lata* ni même à titre de règle de droit international coutumier en voie de formation. »³⁹¹

Dans les cas cités précédemment, les États défendeurs ne se sont pas opposés à la qualification de droit coutumier, ou d'appartenance au droit international général. Il est dès lors peu étonnant que la Cour n'ait pas estimé nécessaire de devoir procéder à une analyse plus poussée. Néanmoins, elle semble généralement peu attachée à établir de manière spécifique si une disposition est issue d'une codification ou si elle visait à développer le droit. Un projet de la CDI ou un traité de codification semble suffisant pour garantir son appartenance au droit international général.

La Cour fait aussi appel à d'autres types de pratiques multilatérales des États avec des effets comparables.

B. Les autres preuves de la pratique multilatérale des États

La Cour européenne des droits de l'homme a fait plusieurs références à des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies pour s'assurer de la position des États et de celle de la « communauté internationale ». Ce fut le cas dans le cadre de la partition de l'île de Chypre dans les arrêts *Loizidou* et *Chypre c. Turquie*. Elle s'est appuyée sur des résolutions du Conseil de sécurité³⁹² pour reconnaître que

³⁸⁹ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, (*Hongrie c. Slovaquie*), Rec. 1997, § 46.

³⁹⁰ CIJ, *Activités armées sur le territoire congolais*, (*RDC c. Ouganda*), Rec. 2006, § 125.

³⁹¹ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (RFA c. Danemark et RFA c. Pays-Bas), Rec. 1969, § 61.

³⁹² Surtout les résolutions 541 (1983) et 550 (1984).

« la communauté internationale ne tient pas la “ RTCN ” pour un État au regard du droit international et que la République de Chypre demeure l’unique gouvernement légitime de Chypre »³⁹³. Dans ce même contexte, elle a aussi évoqué des mesures prises par le Comité des ministres du Conseil de l’Europe, la Communauté européenne et les États du Commonwealth³⁹⁴.

Elle a cité la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité pour affirmer la pertinence de la lutte contre le terrorisme³⁹⁵. Dans l’affaire *Behrami et Saramati*, la Cour a évalué l’ensemble du système de maintien de la paix créé par la Charte des Nations Unies ainsi que les pouvoirs du Conseil de sécurité pris dans le cadre du chapitre VII de la Charte³⁹⁶. Enfin, dans l’affaire *Al-Jedda*³⁹⁷, elle a analysé les résolutions du Conseil de Sécurité prises lors de l’occupation de l’Irak après 2003.

De la même manière que pour les traités de codifications, la Cour accepte facilement de tirer des conséquences plus générales des résolutions du Conseil de sécurité. Ces dernières peuvent être suffisantes pour déterminer ce que pense la « communauté internationale »³⁹⁸ alors même que la composition même du Conseil rend sa représentativité limitée.

La Cour a fait un recours régulier à d’autres pratiques internationales afin d’interpréter les droits substantifs de la CEDH. Elle produit une interprétation de la Convention en convergence avec d’autres actes appartenant à la sphère du droit international. Cette approche n’entre plus dans le cadre du droit international général considéré comme droit coutumier ou comme principes du droit international. Elle révèle des indices qui reflètent des conceptions communes, ou des tendances applicables à l’interprétation des droits de l’homme. Dès lors, ni la question de la normativité des textes, ni leur origine géographique, ne sont discutées.

³⁹³ CourEDH, *Loizidou c. Turquie* (fond), GC, 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI, § 43.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ CourEDH, *Segi et autres c. 15 États membres de l’Union européenne*, 23 mai 2002, Rec. 2002-V.

³⁹⁶ CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (déc.), GC, 31 mai 2007, § 128 et s.

³⁹⁷ CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011.

³⁹⁸ Voir parmi d’autres, René-Jean DUPUY, *La communauté internationale entre le mythe et l’histoire*, Economica, 1986 ; Pierre-Marie DUPUY, « L’unité de l’ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, 2002, t. 297, p. 245 et s. ; Emmanuelle JOUANNET, « La communauté internationale vue par les juristes », *AFRI*, 2005, p. 3 ; Nicholas ONUF « The Constitution of the International Society », *EJIL*, 1994, p. 1-19 ; Bruno SIMMA et Andreas PAULUS, « The “International Community” : Facing the Challenge of Globalization », *EJIL*, 1998, p. 266.

L'affaire *Demir et Baykara*³⁹⁹ constitue un très bon exemple de cette approche. Dans cet arrêt, la Cour a fait référence à de nombreux actes non-contraignants émis dans le cadre d'institutions européennes. Il s'agit de recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe⁴⁰⁰, d'un traité non ratifié par les parties⁴⁰¹, de déclarations de l'Union européenne⁴⁰², de travaux de la Commission pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)⁴⁰³. Mais il peut également s'agir de documents provenant de sources internationales comme des observations de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du travail.⁴⁰⁴ Ce ne sont pas de véritables preuves de la pratique étatique mais davantage des indices de ce que pensent les organes spécialisés et les experts.

En somme, lorsque la Cour peut se fonder sur des documents juridiques multilatéraux tels que les conventions de codification ou des résolutions du Conseil de sécurité, elle semble s'en satisfaire pour pouvoir démontrer le contenu d'une règle contraignante en droit international. Elle privilégie toutefois les « moyens auxiliaires » d'interprétation.

§ 2. La prééminence des « moyens auxiliaires » d'interprétation

L'article 38 du Statut de la CIJ mentionne, après les références aux normes conventionnelles, coutumières, et les principes généraux du droit, « les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. »

Ces deux « moyens auxiliaires » ne sont pas habituellement reconnus comme des sources de droit positif. Ni la doctrine, ni les tribunaux internationaux ne sauraient créer des normes dans les conceptions classiques du droit international.

Du point de vue des apparences, les organes de Strasbourg ont assez fidèlement suivi cette position. En pratique, au vu des problèmes d'indétermination du droit

³⁹⁹ CourEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, GC, 12 novembre 2008, Rec. 2008.

⁴⁰⁰ Principe n° 8 de la Recommandation R (2000) 6 du Comité des Ministres sur le statut des agents publics en Europe. *Ibid.* § 47 et § 104. Voir également, CourEDH, *Öneriyıldız c. Turquie*, GC, CEDH 2004-XII.

⁴⁰¹ Article 6 de la Charte sociale européenne (révisée), § 48 et § 106.

⁴⁰² L'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, § 51 et § 105.

⁴⁰³ *Ibid.* § 75.

⁴⁰⁴ *Ibid.* § 39.

international général, les effets cumulés de la doctrine et des décisions de juridictions internationales sont plus que des moyens auxiliaires, mais bien un outil privilégié d'accès à la conscience juridique internationale à la fois à travers la doctrine (A) et surtout en assimilant les conclusions des décisions internationales comme étant des preuves indiscutables du contenu de ce dernier (B).

A. La doctrine, preuve de la « conscience juridique » internationale

Contrairement à ce qui est parfois affirmé dans d'autres branches du droit, la doctrine possède une place reconnue par le droit international positif dans l'article 38 du Statut de la CIJ. Cette formulation a été critiquée. Pour les professeurs DAILLIER et PELLET, il s'agissait davantage de « rendre hommage au rôle important qu'elle avait pu jouer dans le passé, lorsque la pratique diplomatique restait confidentielle, pour constater, classer et expliquer les précédents d'un droit encore essentiellement coutumier ou pour systématiser une jurisprudence internationale dispersé »⁴⁰⁵.

Ainsi, cette formulation serait aujourd'hui dépassée. Surtout, c'était entendre que la doctrine pouvait jouer un rôle grâce à son travail de recherche sur l'état du droit. C'était acceptable dans un contexte de droit naturel mais beaucoup moins avec le modèle positiviste⁴⁰⁶.

Il est donc important, avant d'étudier l'utilisation de la doctrine (2), d'en préciser la fonction entre exposition et proposition de ce qu'est le droit international (1).

1. La doctrine entre exposition et proposition

Il n'est pas nécessaire de définir précisément ce qu'est ou devrait être la doctrine⁴⁰⁷. Il suffit de retenir qu'au sens du Statut, elle est un outil auxiliaire de reconnaissance de règles existantes. Elle se composerait, de manière générale, de publications faites par des chercheurs indépendants⁴⁰⁸. Ces publications devraient se contenter d'exposer le droit international positif, la *lex lata*, et non le droit à venir, la *lex ferenda*. Toutefois, il est impossible de distinguer strictement la *lex lata* codifiée de la *lex*

⁴⁰⁵ DAILLIER, PELLET, *Droit international public, op. cit.*, p. 394.

⁴⁰⁶ Anthony CARTY, « A renewed place for doctrine as the source of international law in a time of fragmentation », in *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, R. Huesa Vinaixa et K. Wellens (dir.), Bruylant, 2006, p. 240-241.

⁴⁰⁷ Olivier BEAUD, « Doctrine », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), p. 385.

⁴⁰⁸ André ORAISON, « Le rôle de la doctrine académique dans l'ordonnement juridique international contemporain », *RRJ*, 2000, p. 287.

ferenda du développement progressif du droit. Ainsi la CDI a affirmé, à propos du droit de la mer, avoir « acquis la conviction, que, du moins dans cette matière, la distinction entre les deux activités, prévue par le statut, peut difficilement être maintenue »⁴⁰⁹.

Après avoir passé de nombreuses années comme membre de cette commission, Alain PELLET est plus direct. Il faut reconnaître :

« l'impossibilité, unanimement reconnue, d'opérer une distinction entre développement progressif d'une part et codification d'autre part : tout sujet, même le plus traditionnel, comporte une part de développement progressif du fait de l'inévitable imprécision des corps de règles coutumières. L'inverse est exact aussi ».⁴¹⁰

La doctrine ne saurait donc faire une stricte description de ce qu'est le droit international.

Ce problème va encore plus loin. L'interprétation et le contenu des normes exposées par les internationalistes varient selon les valeurs qu'ils défendent. La doctrine n'est pas uniquement une « chambre de diffusion »⁴¹¹ du droit international, mais également « une chambre de conceptualisation »⁴¹² et de « contestation »⁴¹³. La plupart des auteurs tentent d'influencer la construction du droit en proposant des solutions nouvelles. Mais ici encore, les fonctions de description et de prescription ne peuvent être strictement distinguées. Sir JENNINGS, professeur et ancien président de la CIJ, reconnaît ainsi qu'il n'« existe pas de ligne claire entre “ le développement progressif ” et une proposition »⁴¹⁴.

Le rôle des préférences des auteurs a aussi été clairement identifié par Michel VIRALLY.

⁴⁰⁹ *Annuaire CDI*, 1956, II, p. 256.

⁴¹⁰ Alain PELLET, « La Commission du Droit international. Pour quoi faire ? », in *Mélanges Boutros-Boutros Ghali*, Bruylant, 1998, p. 593.

⁴¹¹ ORAISON, « Le rôle de la doctrine », *op. cit.*, p. 285-302.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ « There is no clear line between “progressive development” and proposal », Robert Y. JENNINGS, « International Law Reform and Progressive Development », in *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1998, Kluwer, p. 333.

« Les auteurs n'échappent pas toujours à des préférences subjectives – par idéalisme, esprit de système ou de dévouement à des intérêts nationaux – qui les amènent à faire pencher leur description d'un droit prétendument positif vers les règles et principes auxquels les rapports internationaux devraient, à leurs yeux, se conformer ». ⁴¹⁵

Ainsi, une proposition pourrait être décrite en termes de *lex lata*, tout en étant une création de son auteur. Si les auteurs peuvent mélanger *lex lata*, *lex ferenda* et propositions, la distinction de ces trois étapes ne peut se faire qu'au travers une conception claire et unique du contenu du droit international général, ce qui est impossible.

Nous avons proposé une description du champ juridique en positions dominantes, minoritaires et marginales ⁴¹⁶. En redéfinissant la *lex lata* en tant que positions dominantes du droit international, le rôle de la doctrine est d'identifier ou de produire les positions dominantes. Un auteur peut tenter de décrire le droit tel qu'il est, mais également défendre des positions minoritaires voire marginales afin de les transformer en opinions dominantes. À cela, il faut ajouter le caractère dynamique dans le temps du droit international. Certaines positions dominantes peuvent devenir minoritaires et inversement. Sir JENNINGS note également qu'il est devenu facile grâce à la culture académique de production quantitative, de citer un nombre important d'auteurs convergents parmi l'« océan de publications » ⁴¹⁷ pour déguiser une prescription en description. En somme, il serait possible de défendre presque n'importe quelle position comme juridiquement établie en cherchant suffisamment longtemps la source idoine ⁴¹⁸.

Dès lors, le choix des auteurs ne peut être anodin. Cela ne veut pas dire que la doctrine ne peut être utile, mais qu'elle est particulièrement difficile à employer dans le sens unique de l'exposition du droit existant, s'il s'agit de décrire des situations où la doctrine est divisée.

⁴¹⁵ Michel VIRALLY, « A propos de la *lex ferenda* », in *Mélanges Paul Reuter*, Pédone, 1981, p. 520.

⁴¹⁶ Voir *supra*, Introduction.

⁴¹⁷ JENNINGS, « International law reform », *op. cit.* p. 334.

⁴¹⁸ *Ibid.*

2. Les différents modes d'expression doctrinale utilisés

Il faut distinguer dans la doctrine les travaux classiques produits par un seul auteur des travaux collectifs de réflexion car ces derniers tentent davantage de dégager les opinions dominantes du droit international.

Occasionnellement, les gouvernements s'appuient sur des auteurs pour soutenir leurs arguments⁴¹⁹. Certains juges ont cité la doctrine internationale dans des opinions séparées⁴²⁰. Ce n'est qu'à partir de 2001 avec l'arrêt *Chypre c. Turquie*⁴²¹, que Cour de Strasbourg a mentionné, pour la première fois et sans explication, l'avis « d'éminents auteurs qui ont écrit sur le sujet des entités de fait en droit international » pour venir conforter son interprétation d'un avis de la CIJ. Quelques mois plus tard, avec l'arrêt *Banković*, la Cour a multiplié les références pour pouvoir affirmer le caractère « essentiellement territorial » de la notion de juridiction. En 2007, dans l'arrêt *Behrami et Saramati*⁴²², la Grande Chambre a fait appel de manière extensive à la doctrine pour déterminer l'étendue de la responsabilité des Nations Unies. Elle est citée aussi bien dans la partie « En fait »⁴²³ que dans la partie « En droit »⁴²⁴. En 2008, dans l'arrêt *Korbely*⁴²⁵, la Cour a utilisé de nombreux ouvrages et articles pour essayer de préciser « la signification de la notion de crime contre l'humanité en 1956 »⁴²⁶. Ce dernier exemple n'apporte néanmoins qu'un éclairage limité s'agissant de cerner le contenu d'une norme à l'époque de la deuxième guerre mondiale et de savoir si la juridiction nationale en a fait une interprétation correcte sur la base de l'article 7 CEDH.

⁴¹⁹ ComEDH, *Temeltasch c. Suisse*, 12 octobre 1981, DR 26, p. 222.

⁴²⁰ Voir par exemple, Opinion concordante de Mme et MM. les juges BINDSCHEDLER-ROBERT, GÖLCÜKLÜ, MATSCHER, PETTITI, RUSSO et SPIELMANN citant de nombreux ouvrages, CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, (Plénière), Série A 98 ; Opinion dissidente de M. le juge GÖLCÜKLÜ citant un article du Professeur TOMUSCHAT, CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, Série A-310. Il désormais plus courant de voir apparaître des références à la doctrine internationaliste dans les opinions séparées. Voir par exemple, Opinion concordante des juges Rozakis, Spielmann, Ziemele et Lazarova Trajkovska, dans CourEDH, *Salduz c. Turquie*, GC, 27 novembre 2008.

⁴²¹ CourEDH, *Chypre c. Turquie*, GC, 10 mai 2001, Rec. 2001-IV. L'arrêt est aussi accompagné d'un nombre important de références doctrinales dans l'opinion dissidente du juge ad hoc MARCUS-HELMONS.

⁴²² CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (déc.), GC, 31 mai 2007.

⁴²³ *Ibid.* § 27.

⁴²⁴ *Ibid.* § 130 et 132.

⁴²⁵ CourEDH, *Korbely c. Hongrie*, GC, 19 septembre 2008, Rec. 2008.

⁴²⁶ *Ibid.* § 78-83.

La Cour n'a jamais explicité le choix des auteurs qu'elle cite. Elle fait essentiellement appel à des articles ou à des ouvrages individuels rédigés par des auteurs européens en anglais ou français. Il est toutefois douteux de vouloir réduire la doctrine à ces deux langues surtout pour ce qui concerne le droit international, même si l'on peut comprendre que pour des raisons pratiques il faille s'en contenter, le français et l'anglais étant les langues de travail de la Cour. La conséquence est que la Cour ne se réfère qu'à des auteurs britanniques, allemands ou français. Même si ceux-ci représentent la doctrine européenne du droit international, des traditions importantes comme celles d'Espagne ou d'Italie ne sont pas prises en considération. Il est encore plus douteux que ces auteurs puissent représenter une doctrine « mondiale »⁴²⁷.

Avec les auteurs cités, le droit international est réduit à ce qu'en pensent les juristes européens, alors même que les sujets traités, système de sécurité collective ou consentement à l'occupation, sont des questions qui concernent l'ensemble des États. La « communauté invisible des juristes internationaux »⁴²⁸ à laquelle la Cour s'identifie, peut paraître très restreinte dans le cadre d'un droit international qualifié de général, donc applicable à tous les États, européens ou non. Il est possible que le choix de ces citations ne soit que le résultat d'un temps et de ressources limités⁴²⁹. Il est vrai qu'il est très difficile d'avoir accès à la doctrine non occidentale dans les bibliothèques européennes et que la plupart des thématiques abordées par la Cour en droit international n'ont pas été développées en anglais ou en français par des auteurs non occidentaux⁴³⁰, mais l'absence de la doctrine d'outre-Atlantique interroge. Ces constats viennent renforcer l'impression du caractère structurellement occidental du droit international avec l'absence des doctrines africaines ou asiatiques⁴³¹.

⁴²⁷ On peut supposer que les références se limitent à celles qui sont disponibles à la bibliothèque de la Cour. Si elle est très bien fournie en ce qui concerne le droit international des droits de l'homme, son catalogue est plus limité en ce qui concerne les problèmes de droit international général. Voir le catalogue sur le site internet de la bibliothèque de la Cour, < <http://www.echr.coe.int/Library/index.html> >.

⁴²⁸ Oscar SCHACHTER, « The Invisible College of International Lawyers », *Northwestern Law Review*, 1977, p. 217-226.

⁴²⁹ Cette recherche est d'ailleurs faite par la Division recherche du greffe et non pas habituellement par les juges eux-mêmes.

⁴³⁰ Néanmoins, de plus en plus d'auteurs non occidentaux publient en anglais. Voir par exemple, la nouvellement créée *Chinese International Law Journal*.

⁴³¹ Voir sur l'impact de l'impérialisme sur la structure du droit international contemporain. Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, *op. cit.*

Les références à « la doctrine collective » ont été plus nombreuses. Deux grands collectifs d'auteurs sont utilisés avec les travaux de l'Institut de droit international (ci-après IDI) et de la Commission du droit international.

L'IDI est un organe privé créé en 1873⁴³² et fondé par des professeurs de droit international. Son statut pose comme pour « but de favoriser le progrès du droit international : a) En travaillant à formuler les principes généraux de la science de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé ; b) En donnant son concours à toute tentative sérieuse de codification graduelle et progressive du droit international ». Une session de discussion a lieu tous les deux ans au moins. À cette occasion, l'IDI émet des résolutions qui visent à la codification du droit international.

La CDI a déjà été mentionnée dans le cadre de la codification mais de par son statut on peut également l'associer à la doctrine. Si, composée de 34 « membres, possédant une compétence reconnue en matière de droit international »⁴³³, son rôle est avant tout de produire des travaux collectifs, les travaux effectués par les rapporteurs spéciaux doivent être distingués. S'ils font un état des lieux de la pratique et de la doctrine, ils reprennent généralement la position personnelle de l'auteur⁴³⁴. Les rapports établis au nom de la Commission sont davantage représentatifs d'une vision collective. Toutefois, même si les rapports finaux sont approuvés par la Commission dans son ensemble, ils se basent sur les travaux des rapporteurs spéciaux. De plus, ces rapports utilisent les écrits de la doctrine mais aussi ceux des autres organes collectifs à visée scientifique, comme l'IDI.

Par ailleurs, il faut noter qu'un grand nombre des membres de la CDI et en particulier les rapporteurs spéciaux ont aussi été membres de l'IDI⁴³⁵. Au 1^{er} janvier 2013, plus de la moitié des membres de la Cour internationale de justice, étaient également membres de l'Institut⁴³⁶. Plusieurs de ces personnalités éminentes ont fait la jonction

⁴³² Pour un historique de cet acte fondateur du droit international moderne, voir Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001, p. 11-97.

⁴³³ Article 2 du Statut de la CDI.

⁴³⁴ Voir par exemple les rapports sur la responsabilité (8 rapports entre 1969 et 1980) ou ceux de Hersch LAUTERPACHT sur le droit des traités (rapports de 1953 et 1954).

⁴³⁵ On peut noter parmi les prestigieux internationalistes rapporteurs de la CDI dans les années 50 les noms de FITZMAURICE, HUDSON, LAUTERPACHT, SCALLE... Quasiment tous les récents rapports ont été faits par des membres de l'Institut avec par exemple Ian BROWNLIE, James CRAWFORD, John R. DUGARD, Giorgio GAJA, Pemmaraju SREENIVASA RAO, Maurice KAMTO...

⁴³⁶ Les juges TOMKA, SEPULVEDA-AMOR, OWADA, KEITH, BENNOUNA, CASCADO-TRINDADE, YUSUF, HANQIN et GAJA.

avec la Cour de Strasbourg. Parmi les plus emblématiques se trouve Sir WALDOCK qui fut le premier président de la Commission puis juge et président de la Cour. Il était membre de l'Institut, membre de la CDI, dont il fut le rapporteur spécial sur le droit des traités de 1962 jusqu'à la conférence de Vienne. Finalement, il fut élu à la CIJ.

Il n'est donc pas très étonnant que la Commission ait fait appel aux résolutions de l'IDI dès le 2 septembre 1959 dans sa décision *Nielsen*⁴³⁷, et à plusieurs reprises dans les années 1960⁴³⁸. Puis, ces références ont quasiment disparu, hormis dans quelques opinions individuelles, pour réapparaître dans la jurisprudence de la Cour. La Cour cite désormais les résolutions de l'IDI dans la partie « Droit international pertinent » des arrêts, mais également dans les conclusions « En droit ». Dans les affaires *Manoilescu et Dobrescu*⁴³⁹ et *Kirovi*⁴⁴⁰, elle a fait référence à l'article 5 de la résolution de l'IDI de la session de 1954 consacrée à l'immunité de juridiction et d'exécution forcées des États étrangers⁴⁴¹ et à la résolution sur les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des États⁴⁴². Les gouvernements n'hésitent pas non plus à s'appuyer sur les résolutions de l'IDI⁴⁴³, tout comme les juges dans leurs opinions séparées⁴⁴⁴.

Il semblerait que ce soit dans l'arrêt *Al-Adsani* de 2001 que, pour la première fois, la Cour a fait explicitement usage des rapports de la CDI, en se servant de celui produit par le groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens en 1999⁴⁴⁵. Cette pratique est devenue plus régulière. Avec l'affaire *Banković*, la Cour a « pris note du commentaire de la CDI sur la relation entre les règles d'interprétation codifiées dans [les] articles 31 et 32 »⁴⁴⁶ de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En 2004, la Cour a, dans l'arrêt *Ilaşcu*, utilisé de manière extensive le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité des États pour les actes

⁴³⁷ ComEDH, *Nielsen c. Danemark*, 2 septembre 1959, Ann. CEDH 1958-1959, p. 439

⁴³⁸ ComEDH, req. 788/60, Ann. CEDH IV, p. 173 ; req. 899/60, 9 mars 1962, Ann. CEDH 9, p. 4 ; req. 1994/63, 5 mars 1964, Ann. CEDH 13, p. 104.

⁴³⁹ CourEDH, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*, 3 mars 2005, § 74.

⁴⁴⁰ CourEDH, *Kirovi c. la Bulgarie et la Turquie*, (déc.), 2 octobre 2006.

⁴⁴¹ *Annuaire de l'IDI*, session d'Aix-en-Provence, Éditions juridiques et sociologiques SA, 1954.

⁴⁴² *Annuaire de l'IDI*, session de Bâle, Pédone, 1991.

⁴⁴³ Voir par exemple, CourEDH, *association SOS Attentats et de Boëry c. France*, (radiation), GC, 4 octobre 2006, § 26.

⁴⁴⁴ Opinion concordante du juge RESS, CourEDH, *Kovačić et autres c. Slovénie*, GC, 3 octobre 2008.

⁴⁴⁵ CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 23.

⁴⁴⁶ CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et autres*, GC, décision, 12 décembre 2001, § 58.

internationalement illicites⁴⁴⁷. Il constitue d'ailleurs pour certains arguments son seul appui, par exemple pour pouvoir préciser et utiliser la notion de fait illicite continu⁴⁴⁸. Ce projet d'articles a été cité depuis de manière plus significative, dans la partie « En droit » afin d'étayer l'argumentation de la Cour⁴⁴⁹, et à plusieurs reprises dans la partie « Éléments pertinents du droit international »⁴⁵⁰.

D'autres projets d'articles et rapports de la CDI apparaissent régulièrement dans cette partie des arrêts, comme ceux sur la responsabilité des organisations internationales⁴⁵¹, sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens⁴⁵², et sur la fragmentation du droit international⁴⁵³. À cela s'ajoute le rapport explicatif sur la Convention européenne sur l'immunité des États de 1972⁴⁵⁴.

D'autres références à des organes composés d'experts du droit international, nommés à titre individuel, ont été faites occasionnellement. Dans l'arrêt *Banković*⁴⁵⁵, la Cour a cité deux rapports de la Commission de Venise⁴⁵⁶ et d'un comité du Conseil de l'Europe⁴⁵⁷. Mais ces références sont exceptionnelles.

Les critiques faites à propos du choix des auteurs individuels ne sont pas formellement applicables concernant l'IDI et la CDI. En effet, la composition de ces organes ne s'arrête pas aux publicistes européens mais doit représenter plus largement la doctrine mondiale. C'est d'ailleurs une condition de sélection des membres de la CDI. Néanmoins, il a été démontré que l'IDI a été fondée sur un projet politique d'universalisation des préférences européennes⁴⁵⁸. Concernant la

⁴⁴⁷ CourEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, GC, 8 juillet 2004.

⁴⁴⁸ *Ibid.* § 321.

⁴⁴⁹ CourEDH, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, GC, 30 juin 2009, § 86.

⁴⁵⁰ CourEDH, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, GC, 30 juin 2009, § 36 ;

CourEDH, *Guiso-Gallisay c. Italie*, GC, (satisfaction équitable), 22 décembre 2009, § 53-54 ;

CourEDH, *Kotov c. Russie*, GC, 3 avril 2012, § 30.

⁴⁵¹ CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011, § 55-56.

⁴⁵² CourEDH, *Fogarty c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 38.

⁴⁵³ CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011, § 57 ; CourEDH, *Nada c. Suisse*, GC, 12 septembre 2012, § 170.

⁴⁵⁴ CourEDH, *Cudak c. Lituanie*, GC, 23 mars 2010, § 25.

⁴⁵⁵ CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, (déc.), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII, § 58.

⁴⁵⁶ *Rapport sur le traitement préférentiel des minorités nationales par leur État parent*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 48^{ème} réunion plénière (Venise, les 19-20 octobre 2001).

⁴⁵⁷ Comité restreint d'experts sur la compétence pénale extraterritoriale, Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de l'Europe, « *Compétence pénale extraterritoriale* », rapport publié en 1990.

⁴⁵⁸ KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, *op. cit.* Voir particulièrement les chapitres 1 et 2.

CDI, le professeur PELLET, membre de la CDI depuis 1990, décrit une participation insuffisante de ses collègues non-occidentaux :

« alors que la grande majorité des Membres occidentaux de la Commission sont des professeurs, “immergés” dans l’étude du droit international, leurs collègues du Tiers-Monde sont, pour l’essentiel, des diplomates, [...] et dont il faut bien reconnaître qu’ils n’exercent pas en son sein toute l’influence que l’on pourrait espérer »⁴⁵⁹.

La doctrine féministe a justement noté l’absence de femmes dans la CDI⁴⁶⁰ (jusqu’en 2001) et leur très faible représentation dans les instances de négociation internationale⁴⁶¹.

Il n’apparaît donc pas y avoir de véritable réflexion au sein de la Cour sur le rôle de la doctrine dans ses rapports avec le droit international. Comme noté précédemment, si la Cour a utilisé la doctrine pour tenter de déterminer le sens de règles du droit international pénal dans l’arrêt *Korbely*, la Grande Chambre ne l’a pas fait pour un problème similaire deux ans plus tard. Dans l’affaire *Kononov*⁴⁶², il s’agissait d’identifier les limites de la notion de crimes de guerre tels qu’entendu en 1944, pour pouvoir appliquer l’article 7 CEDH. Elle s’est contentée de citer la pratique des États et les différents traités internationaux, malgré les difficultés qu’engendre l’identification de l’état du droit à une date précise.

L’IDI et de la CDI reflètent beaucoup mieux les opinions dominantes du droit international de par leur proximité à la justice internationale et aux États lorsqu’ils se préparent à une conférence de codification. Cet usage est bien plus cohérent avec l’ensemble des positions utilisées par la Cour et fait écho aux pratiques actuelles de la communauté des juristes de droit international. Cela démontre surtout que le recours à cette doctrine collective semble aller de soi. Il n’existe pas de raison pour lesquelles elle ne pourrait être utilisée pour cerner le contenu du droit international général, même ce n’est fait ni de manière systématique ni de manière réflexive.

⁴⁵⁹ PELLET, « La Commission du Droit international », *op. cit.*, p. 585.

⁴⁶⁰ En 2002, Paula ESCARAMEIA fut la première femme élue à la CDI. Elle a été rejointe en 2006 par XUE Hanqin et Marie G. JACOBSSON, soit trois femmes sur les 34 membres. Nations Unies, Doc. A/61/111.

⁴⁶¹ Hilary CHARLESWORTH et Christine CHINKIN, *The boundaries of international law: a feminist analysis*, Manchester University Press, 2000, p. 98.

⁴⁶² CourEDH, *Kononov c. Lettonie*, GC, 17 mai 2010, Rec. 2010.

L'utilisation à la doctrine est complétée par des appels fréquents à la jurisprudence internationale.

B. La jurisprudence internationale, condensation des pratiques dominantes

La Cour et la Commission ont fait occasionnellement appel à la jurisprudence d'autres organes juridictionnels pour affirmer l'existence et le contenu de règles de droit international général. Parfois, les références sont restées très vagues, la Cour se contentant de mentionner la jurisprudence « des juridiction internationales »⁴⁶³. Mais le plus souvent, la Cour a fait des références précises à la jurisprudence de la CIJ ou à celle d'autres organes internationaux.

La Cour a fait régulièrement appel aux avis et arrêts de la CIJ ainsi qu'à ceux de sa devancière, la CPJI. Concernant cette dernière, la Cour a mentionné dans un arrêt du 6 mars 2007⁴⁶⁴ « avoir fondé sa jurisprudence en matière de satisfaction équitable en cas de privation arbitraire de biens suivant les principes élaborés par la Cour permanente de justice internationale [...] dans son arrêt du 13 septembre 1928 dans l'affaire relative à l'usine de Chorzów »⁴⁶⁵. Cet arrêt a été régulièrement cité⁴⁶⁶ en matière de compensation.

La Commission a également cité l'arrêt *Concessions Mavrommatis* dans l'affaire *Lawless*⁴⁶⁷. L'arrêt *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*⁴⁶⁸ a été utilisé aussi bien pour établir la procédure de la Cour⁴⁶⁹ que par la Commission dans la décision *Nielsen*⁴⁷⁰ en 1959, pour déterminer la signification de l'épuisement des voies de recours internes. Concernant cette dernière⁴⁷¹, la Commission a également

⁴⁶³ CourEDH, *Matznetter c. Autriche*, 10 novembre 1969, Série A 10, § 5 ; CourEDH, *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, Série A 13, § 89.

⁴⁶⁴ CourEDH, *Scordino c. Italie (n°3)*, 6 mars 2007.

⁴⁶⁵ CPJI, *Usine de Chorzów*, 13 septembre 1928, Série A 17, p. 47.

⁴⁶⁶ CourEDH, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, (satisfaction équitable), 30 octobre 1995, Série A 330-B, § 36 ; CourEDH, *ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*, (satisfaction équitable), 28 novembre 2002, § 75 ; CourEDH, *Guiso-Gallisay c. Italie*, GC, (satisfaction équitable), 22 décembre 2009, § 51.

⁴⁶⁷ ComEDH, *Lawless c. Irlande*, (déc.), 30 août 1958, *Ann. CEDH* II, p. 327.

⁴⁶⁸ CPJI, *Compagnie d'électricité belge de Sofia et de Bulgarie*, 4 avril 1939, Série A/B n°77, p. 83.

⁴⁶⁹ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, 9 février 1967, Série A 5, p. 18.

⁴⁷⁰ ComEDH, *Nielsen c. Danemark*, 2 septembre 1959, *Ann. CEDH* CEDH 1958-1959, p. 441.

⁴⁷¹ ComEDH, *Autriche c. Italie*, (déc.), 11 janvier 1961, *Ann. CEDH* IV, p. 149 ; ComEDH, *Retimag SA c. Allemagne*, (déc.), 16 décembre 1961, *Ann. CEDH* IV, p. 29.

évoqué l'arrêt *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*⁴⁷². L'affaire *Losinger*⁴⁷³ a été utilisée pour déterminer la portée de la référence aux principes du droit international de l'article 1 Protocole n° 1⁴⁷⁴. L'arrêt *Phosphates du Maroc*⁴⁷⁵ a été cité dans la partie « En fait » dans l'affaire *Blečić*⁴⁷⁶ pour définir la compétence *ratione temporis* de la Cour.

La Commission a fait mention de la jurisprudence de la CIJ aussi bien pour justifier ses décisions que pour défendre sa position devant la Cour⁴⁷⁷. Cette dernière a fait appel à la jurisprudence contentieuse de la Cour de La Haye pour la première fois dans l'affaire *Agrotexim*⁴⁷⁸, avec une référence à l'arrêt *Barcelona Traction*⁴⁷⁹ pour un problème de personnalité morale. La Cour a également fait usage, dans l'affaire *Chypre c. Turquie*⁴⁸⁰ et dans l'affaire *Loizidou*⁴⁸¹, de l'avis de la CIJ sur *les conséquences de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* et l'avis sur *la demande de réformation du jugement n°158 du Tribunal administratif des Nations Unies*. Dans l'affaire *Blečić* et dans les deux arrêts *Mamatkulov*⁴⁸², la jurisprudence de la CIJ forme une sous-rubrique, au sein du « droit et la pratique internationaux pertinents »⁴⁸³, où sont tour à tour cités les arrêts *Certains biens*⁴⁸⁴ et *Lagrand*⁴⁸⁵. Si la jurisprudence de la CIJ n'est pas mentionnée dans la partie « En droit » dans l'affaire *Blečić*, la Cour assigne une place importante à l'arrêt *Lagrand*⁴⁸⁶ dans son raisonnement juridique.

⁴⁷² CPJI, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), 28 février 1939, Série A/B n°76.

⁴⁷³ CPJI, *Losinger* (Suisse c. Yougoslavie), ordonnance, 14 décembre 1936, Série A/B 69, p. 11.

⁴⁷⁴ CourEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, Série A 301, § 72.

⁴⁷⁵ CPJI, *Phosphates du Maroc* (Italie c. France), 4 juin 1938, Série A/B n°74.

⁴⁷⁶ CourEDH, *Blečić c. Croatie*, GC, (déc.), 8 mars 2006, Rec. 2006-III.

⁴⁷⁷ CourEDH, *Ahmet Sadik c. Grèce*, 15 novembre 1996, Rec.1996-V, § 29.

⁴⁷⁸ CourEDH, *Agrotexim et autres c. Grèce*, 24 octobre 1995, Série A 330-A, § 66.

⁴⁷⁹ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), arrêt, 5 février 1970, Rec. 1970.

⁴⁸⁰ CourEDH, *Chypre c. Turquie*, GC, 10 mai 2001, Rec. 2001-IV.

⁴⁸¹ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (fond), GC, 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI.

⁴⁸² CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I et CourEDH, *Mamatkulov et Boutros c. Turquie*, 6 février 2003.

⁴⁸³ La première apparition de cette rubrique a été faite dans l'arrêt *Mc Kerr*. CourEDH, *Mc Kerr c. Royaume-Uni*, 4 avril 2001, Rec. 2001-III.

⁴⁸⁴ CIJ, *Certains biens* (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, 10 février 2005, Rec. 2005, p. 6.

⁴⁸⁵ CIJ, *Lagrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt, 27 juin 2001, Rec. 2001, p. 16.

⁴⁸⁶ Voir *infra*.

Dans l'arrêt *Behrami et Saramati*⁴⁸⁷, les juges de Strasbourg, à l'initiative du gouvernement défendeur, ont utilisé l'affaire *Or monétaire pris à Rome en 1943*⁴⁸⁸. Ils y ont également accepté que la CIJ soit l'interprète officielle de la Charte des Nations Unies et puisse imposer son interprétation dans le cadre des conflits pouvant émerger entre la Charte et d'autres traités comme la CEDH. La Cour a même été jusqu'à faire référence aux opinions séparées des juges de la CIJ dans l'affaire *Chypre c. Turquie*⁴⁸⁹. Il s'agissait certes d'opinions concordantes qui pouvaient rendre la démarche de la CIJ plus explicite.

Elle a néanmoins minimisé l'intérêt de la jurisprudence de la CIJ en ce qui concerne ses décisions sur sa compétence en se basant sur la différence de contexte. Pour la Cour :

« le contexte dans lequel fonctionne la Cour internationale de Justice se distingue nettement de celui des organes de la Convention. La Cour internationale est appelée notamment à examiner au regard des principes de droit international tout différend juridique entre États pouvant survenir dans n'importe quelle partie du globe. L'objet du litige peut concerner tout domaine du droit international. En second lieu, à la différence des organes de la Convention, la Cour internationale ne se borne pas exclusivement à exercer des fonctions de contrôle par rapport à un traité normatif comme la Convention. »⁴⁹⁰

Cela pourrait être mis en parallèle avec le constat que la Cour interaméricaine des droits de l'homme est plus sensible que la Cour de Strasbourg à la jurisprudence de la CIJ⁴⁹¹. Cette conclusion semble devoir être nuancée. Si le nombre de références à la jurisprudence de la CIJ et à la CPJI peut paraître plus important à la Cour de San José⁴⁹², la majorité des citations concerne l'avis de 1949 sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies et l'affaire de *l'usine de Chorzów*⁴⁹³.

⁴⁸⁷ CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (déc.), GC, 31 mai 2006, § 153.

⁴⁸⁸ CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943* (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique), arrêt, 15 juin 1954, Rec. 1954, p. 19.

⁴⁸⁹ CourEDH, *Chypre c. Turquie*, GC, 10 mai 2001, § 95.

⁴⁹⁰ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, Série A 310, § 83.

⁴⁹¹ Nathan MILLER, « An International Jurisprudence? The Operation “of Precedent” Across International Tribunals », *LJIL*, 2002, p. 501 et s.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ FLAUSS, « Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* p. 92.

Pour autant, la Cour interaméricaine fait davantage référence au droit international général dans le cadre de son activité consultative⁴⁹⁴. Il faut dire que celle-ci est très importante⁴⁹⁵ contrairement à celle de Strasbourg⁴⁹⁶. Ainsi, si la Cour fait une utilisation qualitative assez importante de la jurisprudence de la CIJ, elle est « nettement moins marquée que celle pratiquée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme »⁴⁹⁷.

Les organes de Strasbourg ont également eu recours à des décisions d'autres tribunaux internationaux qu'il s'agisse des juridictions arbitrales ou des cours permanentes créées par des traités internationaux. Les décisions arbitrales ont été citées pour délimiter le concept d'épuisement des voies de recours internes. La Commission, la première à définir la notion, a eu recours aux décisions *Salem*⁴⁹⁸, *affaire des Navires finlandais*⁴⁹⁹ et *Ambatielos*⁵⁰⁰ dans l'affaire *Nielsen*⁵⁰¹. Elle a rappelé ces références à plusieurs reprises⁵⁰². Dans ce même domaine, la Cour a utilisé l'*affaire des Navires finlandais* dans l'arrêt *Van Oosterwijck*⁵⁰³, *Ambatielos* dans l'arrêt *Cardot*⁵⁰⁴. D'autres sentences arbitrales ont aussi été mentionnées pour préciser le contenu de la référence aux principes du droit international de l'article 1 Protocole n° 1. Dans l'arrêt dit des *Raffineries grecques*⁵⁰⁵, elle a cité les sentences arbitrales *Shufeldt*⁵⁰⁶, *Lena Goldfields Company Ltd*⁵⁰⁷, et *Texaco Overseas Petroleum Company et California Asiatic Oil Company*⁵⁰⁸. Elle s'est également servie

⁴⁹⁴ KISS A.C., « The Impact of Judgements and Advisory Opinions of the PCIJ-ICJ on Regional Courts of Human Rights », in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer Law International, 2002, p. 1469-1489.

⁴⁹⁵ *Ibid.* p. 1471.

⁴⁹⁶ Au 1^{er} juin 2013, elle n'a produit que deux avis consultatifs et portant uniquement sur la question de l'élection des juges. La première fois, elle a décliné sa compétence. CourEDH, *Décision sur la compétence de la Cour pour rendre un avis consultatif*, 2 juin 2004, GC, Rec. 2004-VI.

⁴⁹⁷ FLAUSS, « Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* p. 92.

⁴⁹⁸ *RSA*, vol. II, 1926, p. 1190.

⁴⁹⁹ Sentence arbitrale du 9 mai 1934, *RSA*, vol. III, p. 1501.

⁵⁰⁰ Sentence arbitrale du 6 mars 1956, *RSA*, vol. XII, p. 120.

⁵⁰¹ ComEDH, *Nielsen c. Danemark*, 2 septembre 1959, Ann. CEDH 1958-1959, p. 439.

⁵⁰² ComEDH, *Autriche c. Italie*, 11 janvier 1961; ComEDH, *X. c. Royaume-Uni*, 11 juillet 1977, D.R. 11, p. 161 ; ComEDH, *Bernaerts c. Belgique*, 14 octobre 1992.

⁵⁰³ CourEDH, *Van Oosterwijck c. Belgique*, 6 novembre 1980, Série A 40, § 27.

⁵⁰⁴ CourEDH, *Cardot c. France*, 19 mars 1991, Série A 200, § 34.

⁵⁰⁵ CourEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, § 72.

⁵⁰⁶ Sentence arbitrale du 24 juillet 1930, *RSA*, vol. II, p. 1095.

⁵⁰⁷ *Lena Goldfields Company Ltd c. gouvernement soviétique*, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, vol. 5 (1929-1930) (affaire n° 258).

⁵⁰⁸ *Texaco Overseas Petroleum Company et California Asiatic Oil Company c. gouvernement de la République arabe de Libye*, décision préliminaire du 27 novembre 1975, International Law Reports, vol. 53, 1979, p. 393.

de l'arbitrage *Caire*⁵⁰⁹ pour déterminer le concept de « juridiction » dans l'affaire *Ilaşcu*⁵¹⁰.

Ces références ne sont pas étonnantes. L'arbitrage a été fréquemment utilisé pour résoudre les problèmes de droit de propriété dans des contrats passés entre un État et un partenaire privé. La question de l'épuisement des voies de recours se pose régulièrement avant de pouvoir déclencher un arbitrage.

La Cour a également mentionné les interprétations effectuées par divers organes internationaux. Elle s'est servie de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après TPIY)⁵¹¹.

Elle a aussi utilisé fréquemment les conclusions des organes de supervision des traités droits de l'homme. Elle a affirmé, concernant le Comité européen des droits sociaux, qu'elle « ne peut que souscrire à cette interprétation émanant d'un comité particulièrement qualifié »⁵¹². Elle s'est servie de constats du Comité européen de prévention de la torture⁵¹³ dans le cadre de l'interprétation des obligations issues de l'article 3⁵¹⁴. Elle a mentionné des communications et des conclusions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (ci-après CDH) à de nombreuses reprises dans la partie « En fait »⁵¹⁵. Mais elle a même qualifié cette pratique de « jurisprudence »⁵¹⁶ dans la partie « En droit »⁵¹⁷.

De manière générale, le faible nombre de références aux sentences arbitrales et aux décisions d'autres tribunaux internationaux traitant de question de droit international général reflète la différence de type de contentieux. Lorsque la thématique a déjà été

⁵⁰⁹ Affaire *Caire*, examinée par la Commission générale pour les plaintes, 1929, RSA, V, p. 516.

⁵¹⁰ CourEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, 8 juillet 2004, Rec. 2004-VII, § 319.

⁵¹¹ TPIY, *Furundzija*, 10 décembre 1998, no IT-95-17/1-T cité dans *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 60 et CourEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, GC, 12 novembre 2008, § 73 ; TPIY, *Furundzija*, *op. cit.*, et *Le procureur c. Kunarac, Kovač et Vuković* (no IT-96-23, jugement du 22 février 2001) cité dans CourEDH, *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, Rec. 2003-XII, § 102-104 ; Chambre d'appel du TPIY, *Dusko Tadic*, 2 octobre 1995, cité dans CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (déc.), GC, 31 mai 2007, § 130.

⁵¹² CourEDH, *Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie*, 21 février 2006, § 39.

⁵¹³ CourEDH, *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, Rec. 1998-V, § 49 ; CourEDH, *Magee c. Royaume-Uni*, 6 juin 2000, Rec. 2000-VI, § 47.

⁵¹⁴ CourEDH, *Akkoç c. Turquie*, 10 octobre 2000, Rec. 2000-X, § 118.

⁵¹⁵ HUDOC recense 109 mentions au 1^{er} juin 2013 dans toutes les sections des arrêts mais majoritairement dans la partie « En fait ».

⁵¹⁶ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, § 114.

⁵¹⁷ Voir pour des exemples récents ayant un impact dans la partie « En droit », CourEDH, *Swennen c. Belgique*, 10 janvier 2013, § 52 et § 81 ; CourEDH, *El Haski c. Belgique*, 25 septembre 2012, § 94-98.

abordée par d'autres tribunaux, la Cour n'a pas hésité à s'en servir. C'est d'autant plus le cas dans le cadre du droit international des droits de l'homme.

De toutes ces références, il ne semble pas y avoir de structure particulière. Certes, elle a attribué un rôle spécial à la CIJ dans le contexte du maintien de la paix. Et le recours à la Cour internationale est souvent suffisant pour soutenir l'existence d'une règle de droit international général. Pourtant, hors de la Charte, elle ne possède pas de compétence privilégiée pour déterminer le contenu du droit international général et agir telle une cour suprême mondiale. Sa compétence est uniquement facultative. Ce constat de la Chambre d'appel du TPIY s'applique aussi à la Cour :

« le Tribunal est une institution judiciaire internationale autonome et, bien que la CIJ constitue “ l'organe judiciaire principal ” du système des Nations Unies auquel le Tribunal appartient, il n'existe aucun lien hiérarchique entre les deux juridictions. Par conséquent, s'il est vrai que la Chambre d'appel tiendra nécessairement compte des décisions rendues par d'autres juridictions internationales, elle peut, après mûre réflexion, parvenir à une conclusion différente. »⁵¹⁸

Cette formule est juste. Il n'existe pas de hiérarchie entre les tribunaux internationaux. Concernant la CIJ, « [s]on autorité est morale, non technique »⁵¹⁹, donc « fragile »⁵²⁰.

Par cette pratique, la Cour de Strasbourg suit les habitudes des internationalistes. La seule différence notable est l'absence de distinction entre les organes « quasi-juridictionnels » tels le Comité des droits de l'homme et des juridictions dans le sens plein du terme, telles que la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme. L'important est que les références aux jurisprudences internationales puissent suffire à justifier le contenu du droit international général.

⁵¹⁸ TPIY, chambre d'appel, *Le procureur c. Delalic et consorts*, arrêt du 20 février 2001, affaire n° IT-96-21, § 24.

⁵¹⁹ DUPUY « L'unité d'application du droit international », *op. cit.*, p. 16.

⁵²⁰ *Ibid.*

L'analyse des modes de détermination du contenu du droit international général permet de préciser la définition donnée dans l'introduction. Les multiples formules renvoyant au droit international utilisées par la Cour forment une véritable litanie. On y trouve des formules brèves : « principe de droit international »⁵²¹, « concept de droit international »⁵²², « règles de droit international »⁵²³ et le « droit international général »⁵²⁴. Dans d'autres, elle ajoute un qualificatif à la règle : « principes fondamentaux du droit international public »⁵²⁵, « des règles générales du droit international »⁵²⁶, « les principes généraux du droit international »⁵²⁷ et « droit international coutumier »⁵²⁸. Enfin, certaines formules renvoient à la reconnaissance ou l'établissement de la règle par les acteurs du droit international : « selon les principes de droit international généralement reconnus »⁵²⁹, les « normes internationales généralement reconnues »⁵³⁰, « les principes qui ont été établis en droit international général »⁵³¹, « principe de droit international bien établi »⁵³², « norme internationalement acceptée »⁵³³ et « règles de droit international communément admises »⁵³⁴.

En plus de cette multiplication des formules, elle a utilisée de manière indifférenciée le vocabulaire renvoyant à la coutume et aux principes généraux du droit. Exemple frappant, l'immunité des États fait à la fois partie des « règles de droit international »⁵³⁵, des « règles de droit international généralement reconnues »⁵³⁶, « du droit international public »⁵³⁷, « des principes pertinents du droit international »⁵³⁸, et du « droit international coutumier »⁵³⁹. Il existe une large équivalence dans l'usage des différents termes utilisés par les organes de la

⁵²¹ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18, § 35.

⁵²² CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 nov. 2001, Rec. 2001-XI, § 54.

⁵²³ CourEDH, *Manoilescu et Dobrescu contre Roumanie et Russie*, (déc.), 3 mars 2005, § 81.

⁵²⁴ CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A 161, § 91.

⁵²⁵ CourEDH, *Kadikis c. Lettonie*, (déc.), 29 juin 2000.

⁵²⁶ CourEDH, *Blečić c. Croatie*, GC, (déc.), 8 mars 2006, § 70.

⁵²⁷ CourEDH, *Bianchi c. Suisse*, 22 juin 2006, § 81.

⁵²⁸ CourEDH, *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, (déc.), Rec. 2002-X.

⁵²⁹ Art. 35 CEDH.

⁵³⁰ CourEDH, *Funke c. France*, 25 février 1993, Série A 254-A, § 44.

⁵³¹ CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, Ass. plén., Série A 98, § 61.

⁵³² CourEDH, *Nasri c. France*, 13 juillet 1995, Série A 320-B, § 41.

⁵³³ CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A 161, § 88.

⁵³⁴ CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 57.

⁵³⁵ *Ibid.* § 55.

⁵³⁶ *Ibid.* § 56.

⁵³⁷ CourEDH, *Manoilescu et Dobrescu contre Roumanie et Russie*, (déc.), 3 mars 2005, § 81.

⁵³⁸ CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 60.

⁵³⁹ CourEDH, *Cudak c. Lituanie*, GC, 23 mars 2010, Rec. 2010. § 67.

Convention. Il est impossible de trouver dans la jurisprudence de la Cour de délimitation nette entre ce qui relève exclusivement des principes ou de la coutume.

Le nombre, l'équivalence et la diversité de ces formules questionnent la conceptualisation du droit international général. Le droit international général auquel fait référence la Cour est un mélange du droit international coutumier et des principes du droit international. D'ailleurs, pour Jacques DEHAUSSY, il est « douteux que les principes généraux du droit constituent une source de droit distincte de la coutume ; tout au plus peut-on considérer que les normes [...] rangées dans cette catégorie sont des normes coutumières d'une particulière importance »⁵⁴⁰. Cette option controversée⁵⁴¹ est celle choisie par la Cour. Toutefois, elle ne l'a pas fait de manière classique. Il ne s'agit pas d'appliquer les techniques d'identification de la coutume aux principes de droit international. Il est davantage question d'un effacement des distinctions au sein du droit international général.

La Cour semble ignorer les problèmes théoriques de détermination du contenu du droit international général. Elle n'a pas développé de conception particulière en rapport avec les sources du droit international. Elle reste indifférente à cette terminologie. Même si elle emploie parfois les termes de coutume ou de principes du droit international, cela n'a pas de conséquence pratique. La méthodologie est simple. Elle tente de démontrer les opinions dominantes relatives au contenu du droit international général.

Il a été suggéré que la CDI possède en réalité le pouvoir de rédiger des textes possédant une valeur « prénormative »⁵⁴². Ses rapports avec le droit international

⁵⁴⁰ Jacques DEHAUSSY, « Sources du droit international », in *Jurisclasseur Droit international*, vol. 1, fasc. 10, 1958, p. 2 et s.

⁵⁴¹ Pour Alfred VERDROSS, si « certains principes généraux ont passé dans la coutume internationale », ce n'est pas le cas de tous les principes, ce qui oblige le juge à se trouver encore « dans la nécessité de puiser dans les principes généraux », VERDROSS, « Les principes généraux », *op. cit.*, p. 202. Et pour Michel VIRALLY, ces principes, dans leur sens technique, désignent « certaines règles, de portée très générale, qui sont intégrantes du droit positif, bien qu'elles n'aient pas été "posées" en observant l'un des procédés rentrant dans la nomenclature officielle des sources de l'ordre juridique considéré », Michel VIRALLY, « Le rôle des principes dans le développement du droit international », in *Mélanges Guggenheim*, Institut des Hautes Études Internationales, 1968, p. 195.

⁵⁴² Yuri M. KOLOSOV parle de « draft-treaty making body » dans « Overview of the international law-making process and the role of the International Law Commission », in *Pour un meilleur droit international. La Commission du droit international à 50 ans*, Nations Unies, 1998, p. 202.

« sont complexes : [ses travaux] ont vocation à le codifier et à le développer progressivement. Mais, du même coup, ils rétroagissent sur lui »⁵⁴³.

« Les projets adoptés par la CDI prennent appui sur les normes coutumières existantes, mais, également, ils cristallisent des règles en voie de formation et ils s'intègrent dans un nouveau processus de formation qui, à son tour, débouche sur de nouvelles normes coutumières »⁵⁴⁴.

Ces constats sont également applicables à l'ensemble des éléments utilisés pour déterminer le contenu du droit international général qu'il s'agisse de la CIJ ou de la doctrine.

Si l'IDI et la CDI peuvent être perçues comme les voix à la fois officieuse (IDI) et officielle (CDI) de la communauté des juristes internationaux, la CIJ est la juridiction dominante du droit international. Ces trois organes peuvent être associés aux opinions dominantes du droit international. Leur utilisation permet de parer au problème d'indétermination structurelle. Elle produit une auto-observation du droit international permettant la stabilisation du contenu du droit.

⁵⁴³ PELLET, « La Commission du Droit international... », *op. cit.*, p. 604.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

Conclusion du Titre 1.

Les organes de supervision de la Convention ont clairement fait le choix de se situer dans une perspective privilégiant les opinions dominantes du droit international. Première conséquence, la CEDH fait partie du droit international et le droit international devient applicable au contentieux conventionnel. La deuxième conséquence si situe au niveau de la détermination du contenu du droit international général afin que ce droit puisse produire des résultats prévisibles. Le droit international appliqué est constitué par les opinions dominantes telles qu'identifiées par la Cour. Or ce pragmatisme ne se réconcilie pas avec les théories traditionnelles du droit international. Combiné à l'absence d'organe officiel de production de ces opinions, une impression de « flou du droit »⁵⁴⁵ apparaît concernant leur contenu et leur méthode d'identification.

La Cour a appliqué une approche non-formaliste⁵⁴⁶ à son interprétation du droit international général. Si le caractère non formel s'applique avant tout aux modalités de prises en compte des volontés des États, la Cour l'utilise pour déterminer la règle à appliquer. Elle a effacé une distinction tenue pour centrale par de nombreux internationalistes, celle entre les principes généraux du droit, qu'ils soient nationaux ou du droit international, et le droit coutumier.

La Cour n'a pas eu pour ambition de préciser la méthode d'identification du droit international, au contraire d'autres juridictions comme le TPIY qui effectue des vérifications extensives pour démontrer le contenu du droit international. Elle se contente d'utiliser les matériaux qu'elle identifie dans la partie « Droit international pertinent » selon un processus flou. Celui-ci est à rapprocher de l'étude faite par l'anthropologue Mary DOUGLAS dans laquelle l'auteure conclut que les personnes sont davantage « pensées » par les institutions que l'inverse⁵⁴⁷. Pour reprendre DURKHEIM, « les classifications, les opérations logiques, les métaphores privilégiées sont données à l'individu par la société »⁵⁴⁸.

Cette absence de théorie générale associée à une pratique stable renforce la pertinence de la théorie des systèmes comme grille de lecture. Elle permet

⁵⁴⁵ Mireille DELMAS-MARTY, *Le Flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, PUF, 1986.

⁵⁴⁶ CourEDH, *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, Série A 13, § 89.

⁵⁴⁷ Mary DOUGLAS, *Comment pensent les institutions*, trad. A. ABEILLÉ, La découverte, 1999.

⁵⁴⁸ Cité par DOUGLAS, *ibid.*, p. 23.

d'expliquer la création continue de normes à travers des mécanismes souples d'auto-production et d'interaction avec l'environnement. Les valeurs entourant le système CEDH peuvent être dès lors intégrées dans le droit international sans renier sa différence et sa spécificité.

Du point de vue de l'interprétation juridique, cette position est toutefois peu satisfaisante. Le renvoi fait par la Cour au droit international ne permet pas d'expliquer quand et comment ce droit doit s'appliquer.

De plus, il existe des justifications en droit international permettant de produire des positions spéciales excluant les solutions du droit international général. La Cour s'est servie de ces mécanismes. Ce faisant, elle a révélée des préférences européennes.

Titre 2. Un droit international adapté aux spécificités de la Convention

Si la Cour indique que le droit international est le langage qui fonde l'interprétation de la CEDH, il ne constitue qu'un seul des langages à travers lesquels elle s'exprime. Le droit international général ne s'applique que de manière très restreinte. L'essentiel du corpus de la Convention a été élaboré par la Cour sur la base d'une interprétation directe des articles, sans avoir référence au droit international. Signe des temps, la doctrine qui suit l'activité de la Cour n'est plus uniquement, comme à ses débuts, l'œuvre d'internationalistes, mais surtout de spécialistes du droit international des droits de l'homme, qu'ils aient été formés ou non au droit international. Désormais les revues de droits de l'homme accueillent aussi bien des analyses provenant de juristes experts du droit interne que ce soit de droit public ou de droit privé, que des analyses d'internationalistes. Mais cette spécialisation s'est faite grâce aux ressources mêmes du droit international. Le droit international des traités contient deux moyens à travers lesquels un système conventionnel peut se différencier du droit international général : les principes d'interprétation et la spécialisation. La Cour les a tous les deux utilisés.

Dès ses débuts, la Cour s'est inscrite dans le cadre des principes d'interprétation tirés de la Convention de Vienne sur le droit des traités et particulièrement des articles 31 à 33. Le droit international de l'interprétation a permis l'émergence d'un nouveau langage spécialisé : le droit européen des droits de l'homme, ensemble de positions propres au champ de la CEDH (Chapitre 1).

Pour autant, même avec un cadre interprétatif aussi large, la Cour dispose d'un autre outil issu du principe de spécialité permettant de rejeter des normes de droit international : l'ordre public européen (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les méthodes d'interprétation du droit international, fondement des positions européennes

Pour maintenir une certaine cohérence, des règles d'interprétation doivent être dégagées mais il n'est pas nécessaire qu'elles soient explicitement énoncées. L'important c'est la capacité du tribunal à créer des liens entre les différentes décisions. Il doit donc y avoir auto-observation et auto-description de cette activité.

La Cour n'avait pas de modèle précis à sa disposition pour rédiger ses arrêts. Aucune règle particulière n'existe dans la Convention. D'après celle-ci, la Cour a uniquement l'obligation de motiver ses arrêts⁵⁴⁹, ce qui suppose une justification⁵⁵⁰. Il s'agit d'énoncer « l'ensemble des considérations qui, avant l'acte, servent de motifs à sa réalisation, et qui, après l'acte, sont invoqués comme justifications »⁵⁵¹.

La Cour a tenté de dégager des règles concernant la motivation de sa décision. Elle a d'abord utilisé des principes qui pouvaient paraître évidents car consubstantiels au droit. Par exemple, elle a analysé les termes employés dans la Convention. Dans la première affaire traitée, suivant en cela la pratique de la Commission, la Cour s'est référée à un « principe d'interprétation des traités internationaux généralement reconnu »⁵⁵². Elle a tenté d'expliquer pourquoi sa décision était fondée en droit et était la bonne. Néanmoins, les variations dans le style de la présentation montrent les tâtonnements auxquels elle s'est livrée⁵⁵³. Il ne faudra pas moins de trois décisions pour que la Cour finisse de traiter sa première affaire, l'affaire *Lawless*⁵⁵⁴. Ce n'est qu'avec l'arrêt *Golder*⁵⁵⁵ du 21 février 1975 que la Cour a énoncé, pour la

⁵⁴⁹ Ancien article 51 CEDH : « L'arrêt de la Cour est motivé ». Il est devenu l'article 45 : « Les arrêts, ainsi que les décisions déclarant des requêtes recevables irrecevables, sont motivés ».

⁵⁵⁰ Il existe plusieurs définitions possibles de la motivation. Nous retiendrons ici la définition de ce que Max GOUNELLE appelle la « motivation objective » qui s'appuie sur des éléments externes au juge. Max GOUNELLE, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Pédone, 1979, p. 17.

⁵⁵¹ Camille-Julia GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice : la vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006, p. 14.

⁵⁵² CourEDH, *Lawless c. Irlande* (n°3), 1^{er} juillet 1961, Série A 3, § 14, p. 53. Voir, par une analyse détaillée, Marc-André EISSEN, « Le premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : affaire *Lawless* : exceptions préliminaires et questions de procédure. », *AFDI*, 1960, p. 444-498.

⁵⁵³ Le style des premiers arrêts laissait voir un compromis entre différentes influences de droit interne. Par exemple, la Cour a eu recours à ses débuts à des « attendus » typiquement français – ces attendus disparaîtront d'ailleurs assez rapidement –, et d'un autre côté les arguments sont largement développés dans une optique plus anglo-saxonne.

⁵⁵⁴ L'affaire *Lawless* a donné lieu à trois décisions, une sur la recevabilité le 14 novembre 1960, une sur la procédure 7 avril 1961 et enfin un arrêt de non-violation au fond 1^{er} juillet 1961.

⁵⁵⁵ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18.

première fois, une doctrine générale en matière d'interprétation par un recours au droit international, via la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

Les règles d'interprétation des traités permettent de développer des pratiques, des préférences propres à la Convention (Section 1) qui sont distinctes de l'interprétation classique en droit international (Section 2).

Section 1. Le droit international justification d'une interprétation propre à la Convention

La Cour a utilisé le droit international de l'interprétation pour justifier sa jurisprudence, pour développer un langage et des préférences qui lui soient propres, et ainsi se créer une histoire qui soit, au moins partiellement, détachée du droit international. Dans l'arrêt *Golder*, la Cour a mis en place des « directives d'interprétation »⁵⁵⁶ issues explicitement du droit international.

« La Cour est disposée à considérer, avec le gouvernement et la Commission, qu'il y a lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cette convention n'est pas encore en vigueur et elle précise, en son article 4, qu'elle ne rétroagira pas, mais ses articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru »⁵⁵⁷.

Cette approche est d'ailleurs applicable à tous les régimes de droit international. Selon le rapport de la CDI sur la fragmentation :

« la plupart des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités – en tout cas ses aspects qui relèvent du droit coutumier – y compris surtout les articles 31 et 32, font automatiquement partie du régime ».⁵⁵⁸

Leur analyse devrait permettre de comparer les directives d'interprétation du droit international des traités avec celles véritablement retenues par la Cour.

⁵⁵⁶ OST, « Les directives d'interprétation », *op. cit.*, p. 236-329.

⁵⁵⁷ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18, § 29-39.

⁵⁵⁸ Rapport KOSKENNIEMI, « Fragmentation du droit international », *op. cit.*, p. 103, § 177.

Les articles 31 à 33 proposent une règle générale, des moyens complémentaires et des règles concernant les différentes versions linguistiques. La Conférence internationale de Vienne n'a apporté à ce sujet que des modifications de détail. Ces articles reprennent des principes déjà formulés par les juridictions internationales et sont essentiellement une œuvre de codification. Ils constituent un droit international de l'interprétation des traités⁵⁵⁹.

« L'adhésion exprimée à la Conférence par un nombre aussi élevé de représentants d'États appartenant à toutes les régions du monde et à tous les systèmes politiques, économiques et sociaux, constitue avant tout la reconnaissance et la confirmation explicite de l'existence d'un corps organique de normes qui, dans une très large mesure du moins, sont en vigueur en tant que règles coutumières. »⁵⁶⁰.

La Cour n'a pas utilisé la Convention de Vienne en tant que traité mais en tant que codification de la pratique internationale. À l'époque de l'arrêt *Golder*, ce traité n'était pas encore en vigueur⁵⁶¹. De plus, tous les États membres du Conseil de l'Europe ne l'avaient pas encore ratifié⁵⁶², la France ayant même voté contre le traité. Il n'empêche que la Cour y voit des « règles de droit international communément admises ». La Cour répond ainsi à une interrogation d'une partie de la doctrine sur la nature juridique des règles d'interprétation. Il s'agit bien, pour elle, de « règles de droit ». Cela signifie qu'elle rattache ces règles au droit international général, en tant que droit applicable à tous, sans qu'elle ait besoin d'affirmer s'il s'agit de principes de droit international ou de droit coutumier⁵⁶³.

Le cœur de la règle générale posée dans l'article 31 est formulé ainsi :

« 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 ».

⁵⁵⁹ Mustapha Kamil YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, 1976, vol. 151, p. 12-13.

⁵⁶⁰ AGO, « Droit des traités », *op. cit.*, p. 329.

⁵⁶¹ La Convention de Vienne est entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

⁵⁶² Par exemple, la Norvège ou la Turquie, parmi les pays à l'origine de la CEDH, ne sont pas parties à la Convention de Vienne.

⁵⁶³ Voir *supra* Titre 1, Chapitre 2.

Cette règle peut être décomposée. Il s'agit d'abord d'attribuer aux mots leur « sens ordinaire ». Ce dernier renvoie à une utilisation commune du langage, donc à l'usage des règles d'interprétation liées à la grammaire et à la différenciation des mots les uns par rapport aux autres. Toutefois, le sens ordinaire ne constitue qu'une première piste pour l'interprète. Celui-ci doit ensuite avoir recours à des moyens de plus en plus éloignés du texte en question : bonne foi, objet et but, et contexte. Les différentes règles énoncées obligent celui qui veut les suivre à respecter ce qui peut être qualifié de « grammaire du droit international »⁵⁶⁴. Elles insistent sur la démonstration d'une « expertise » du droit international (§ 1) et la capacité de créer une jurisprudence cohérente visant des objectifs spécifiques (§ 2).

§ 1. Le recours aux principes généraux de l'interprétation

Pour interpréter le droit international, il faut avant tout respecter les conventions propres à ce langage. En droit international cela passe par le respect de la « bonne foi » (A) et du « sens ordinaire » (B).

A. La bonne foi, principe de respect des opinions dominantes

Dans l'arrêt *Golder*, la Cour s'est pour la première fois servie de la bonne foi pour donner plus de poids au principe de la prééminence du droit, inscrit dans le préambule de la Convention.

« Il paraît à la fois naturel et conforme au principe de la bonne foi (article 31 par. 1 de la Convention de Vienne) d'avoir égard à ce motif, hautement proclamé »⁵⁶⁵.

Pour le gouvernement défendeur, au contraire, cette affirmation n'est pas l'expression d'un critère opérationnel, et serait, selon les termes choisis par la Cour pour résumer la position du gouvernement, « un simple rappel plus ou moins rhétorique », dépourvu d'intérêt pour l'interprète de la Convention »⁵⁶⁶. Cette référence est toutefois restée exceptionnelle. La règle générale de l'article 31 par. 1 a

⁵⁶⁴ KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia, op. cit.* p. 563.

⁵⁶⁵ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18, § 34.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

été longtemps tronquée, les termes de « bonne foi » n'apparaissant plus⁵⁶⁷. Des décisions récentes l'ont réintégrée à la citation de l'article 31 mais sans que cela ne joue de fonction particulière⁵⁶⁸. Toutefois, en 2009, la Cour a fait jouer un rôle explicite au principe de bonne foi en matière d'exécution des arrêts. Elle a souligné « l'obligation qui incombe aux États d'exécuter les traités de bonne foi, comme le rappellent notamment l'alinéa 3 du préambule ainsi que l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 »⁵⁶⁹. Cette application contraste avec les travaux de la CDI⁵⁷⁰ et de la CIJ⁵⁷¹ pour qui la bonne foi est un principe central de l'interprétation des traités.

Le problème est que la preuve de la mauvaise foi est extrêmement difficile à rapporter. La bonne foi repose sur l'acceptation de codes : celui qui les rejette refusera également qu'il puisse agir de mauvaise foi. La Cour n'affirme d'ailleurs pas, dans l'affaire *Golder*, que l'interprétation du Royaume-Uni soit empreinte de mauvaise foi, reconnaissant qu'« on peut aussi admettre »⁵⁷² cette interprétation. Ainsi, il n'est pas étonnant que de nombreux auteurs aient douté de sa pertinence juridique. De son étude approfondie sur cette notion, Élisabeth ZOLLER conclut par un constat sévère.

« Critère d'interprétation des situations juridiques, la bonne foi n'apparaît d'aucune utilité juridique, ni pour l'État, ni pour le juge »⁵⁷³.

Cette notion est problématique si on veut lui faire jouer un rôle opérationnel pour effectuer une interprétation particulière ou éliminer des interprétations possibles. Cette interprétation est confirmée par la pratique de la Cour. Elle n'a fait jouer qu'un rôle d'apparat à la notion. Même dans l'affaire *Golder*, il s'agit davantage d'une application du principe d'effet utile.

⁵⁶⁷ Voir par exemple : CourEDH, *Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne*, 28 novembre 1978, Série A 29, § 39 ; CourEDH, *Johnston et autres c. Royaume-Uni*, 18 décembre 1986, Série A 112, § 51.

⁵⁶⁸ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I, § 123 ; CourEDH, *Al-Moayad c. Allemagne*, (déc.), 20 février 2007, CourEDH, *Sabri Güneş c. Turquie*, GC, 29 juin 2012 § 20.

⁵⁶⁹ CourEDH, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, GC, 30 juin 2009, § 87. Voir également, CourEDH, *Janowiec et autres c. Russie*, 16 avril 2012, § 106.

⁵⁷⁰ « L'idée de bonne foi [...] revêt une importance toute particulière dans le droit des traités et est d'ailleurs réitérée [...] à propos de l'interprétation des traités », *Annuaire CDI*, 1966, vol. 11, p. 230.

⁵⁷¹ « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi », CIJ, *Essais Nucléaires (Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974, Rec. 1974, p. 268.

⁵⁷² CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, A 18, § 34.

⁵⁷³ Élisabeth ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Pédone, 1977, p. 335.

Le recours au principe de bonne foi laisse à penser qu'il s'agit d'appliquer le droit par opposition à la politique, qu'elle soit partisane ou personnelle. Il permet de comprendre l'activité du juge dans le cadre de l'interprétation juridique internationale. C'est affirmer que le juge européen s'acquitte de sa tâche en tant que juriste international respectant les conventions communes d'interprétation du droit international, ce qui suggère que son jugement doit être accepté par les États.

L'utilisation de la bonne foi par la Cour strasbourgeoise consiste à accepter l'application des pratiques des juristes internationaux. Elle correspond à la nécessité de faire vivre un langage spécifique, de respecter le cadre du jeu du droit international. Les mots possèdent un sens déterminé par l'expérience d'un champ linguistique commun et l'interprète doit agir de « bonne foi ». Il faut se soumettre aux codes régissant le droit international « avec esprit de loyauté »⁵⁷⁴. En somme, agir de bonne foi est une attitude difficilement contrôlable de l'extérieur. Elle fait peut-être partie des critères de sélection des juges strasbourgeois. En effet, ces derniers doivent posséder une « haute stature morale »⁵⁷⁵ qui implique une loyauté dans l'utilisation du droit.

Si cette contrainte est difficile à identifier, c'est peut-être parce qu'elle signifie simplement participer au débat juridique comme un professionnel du droit. Ainsi la mauvaise foi serait de refuser le non-respect des codes communs de l'argumentation juridique. La bonne foi limite alors les types d'arguments portés devant la Cour et fixe le cadre possible du sens ordinaire.

B. Le sens ordinaire, la découverte des opinions dominantes

La découverte du sens ordinaire est assimilée par la Cour, dès la première affaire et donc avant l'invocation de la Convention de Vienne, au sens « clair », « naturel », « normal » ou « évident »⁵⁷⁶. Ce serait même pour la CIJ l'opération la plus importante. Elle

« croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur

⁵⁷⁴ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6ème éd., PUF, 2004, p. 117.

⁵⁷⁵ Art. 21 CEDH.

⁵⁷⁶ CourEDH, *Lawless c. Irlande* (n°3), 1^{er} juillet 1961, Série A 3, § 14, p. 51-53.

contexte. Si les mots, pertinents lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là »⁵⁷⁷.

Dans certaines circonstances, la découverte du sens ne serait donc pas soumise à discussion, elle est liée à ce que Pierre LEGRAND appelle la précompréhension.

« Celle-ci est notamment le produit de la culture juridique à laquelle des individus ont accédé par l'entremise de leurs études de droit – lesquelles opèrent la socialisation professionnelle du juriste et, à travers la promotion d'un système signifiant, assurent la formation de son identité culturelle au moyen de l'acquisition d'un code de valeurs et d'un ensemble de préjugés. »⁵⁷⁸

Il s'agit de l'expérience d'un utilisateur avisé du langage juridique.

De manière plus spécifique, lorsque cette opération demande plus de travail, la Cour a analysé le « sens ordinaire » des mots⁵⁷⁹, en employant parfois une méthode proche de l'exégèse. Elle a pu avoir recours au dictionnaire pour pouvoir faire apparaître différentes acceptions d'un mot⁵⁸⁰. Un bon exemple est l'analyse détaillée du mot « nécessaire » apparaissant dans le paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention en fonction de termes sémantiquement proches.

« La Cour note à cette occasion que si l'adjectif “nécessaire”, au sens de l'article 10 par. 2, n'est pas synonyme d' “indispensable” [...], il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu' “admissible”, “normal” [...], “utile” [...], “raisonnable” [...] ou “opportun”. »⁵⁸¹

En application de cette première règle de lecture d'un texte, lorsqu'il est possible de dégager un sens clair d'un article de la Convention, celui-ci doit s'appliquer. Le problème est que cette pratique implique que le sens clair soit unique, or il peut se

⁵⁷⁷ CIJ, avis sur la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, Recueil 1947-48, p. 8.

⁵⁷⁸ Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, p. 90. Voir également, Gérard TMSIT, *Les figures du jugement*, Presses universitaires de France, 1993.

⁵⁷⁹ CourEDH, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, Série A 102, § 114 ; CourEDH, *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, Série A 201, § 99.

⁵⁸⁰ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18, § 32.

⁵⁸¹ CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, Série A 21, § 48.

révéler être multiple. La Cour est consciente que l'activité de compréhension fait partie d'un travail interprétatif.

D'ailleurs, les « notions à contenus variables »⁵⁸² ou les notions « vagues ou indéterminées »⁵⁸³ sont très nombreuses dans la Convention, qu'il s'agisse de « société démocratique »⁵⁸⁴, « traitements inhumains »⁵⁸⁵, « vie privée »⁵⁸⁶, « loi »⁵⁸⁷, « mesures nécessaires »⁵⁸⁸, « délai raisonnable »⁵⁸⁹, « mesures légitimes »⁵⁹⁰ etc. Cela n'est d'ailleurs pas étonnant car les droits garantis ne sont généralement pas « définis dans leurs éléments constitutifs »⁵⁹¹.

Les problèmes de « découverte » du sens ordinaire peuvent être réglés selon l'article 32 de la Convention de Vienne par des « moyens complémentaires », notamment par le recours aux travaux préparatoires. Dans son étude des directives d'interprétation utilisées par la Cour, François OST dénombre trois types différents d'utilisation des travaux préparatoires pour la période allant jusqu'en 1987⁵⁹². Si un « sens clair » apparaît, la Cour écarte les travaux préparatoires allant dans un sens contraire⁵⁹³. La Cour en fait tout de même usage s'ils confortent le sens clair d'un concept. Ce fut par exemple le cas dans l'affaire *Banković* pour décider du sens de l'article 1 CEDH.

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

⁵⁸² Chaïm PERELMAN et Raymond VAN DER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

⁵⁸³ Michel MELCHIOR, « Notions “vagues” ou “indéterminées” et “lacunes” dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda*, Heymann, 1988, p. 411-419.

⁵⁸⁴ Art. 8-11 CEDH.

⁵⁸⁵ Art. 3 CEDH.

⁵⁸⁶ Art. 8 CEDH.

⁵⁸⁷ Art. 7-11 CEDH.

⁵⁸⁸ Art. 8-11 CEDH.

⁵⁸⁹ Art. 6 CEDH.

⁵⁹⁰ Art. 8-11 CEDH.

⁵⁹¹ MELCHIOR, « Notions “vagues” ou “indéterminées” », *op. cit.*, p. 411.

⁵⁹² OST, « Les directives d'interprétation », *op. cit.*, p. 267 et s.

⁵⁹³ CourEDH, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, Série A 44, § 52.

du sens ordinaire de l'article 1 de la Convention tel qu'elle l'a déjà identifié »⁵⁹⁴.

Une autre situation serait celle où la méthode générale, ne permettant pas d'établir un « sens clair », laisse subsister des doutes. La Cour a exceptionnellement reconnu un rôle décisif aux travaux préparatoires. François OST constate justement, même si la Cour y a eu recours à plusieurs reprises depuis la fin des années 1980, que « les travaux préparatoires ne constituent généralement qu'un appoint assez secondaire de la méthode adoptée par la Cour »⁵⁹⁵. De plus, la Cour a adopté une démarche interprétative qui fait de la Convention « un instrument vivant [...] à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle »⁵⁹⁶. Dans ce cadre, plus le temps passe, moins l'utilisation des travaux préparatoires est pertinente. En 1995, dans l'affaire *Loizidou*, la Cour a affirmé que les dispositions de la Convention « ne sauraient s'interpréter uniquement en conformité avec les intentions de leurs auteurs telles qu'elles furent exprimées voici plus de quarante ans »⁵⁹⁷ pour pouvoir rejeter l'utilisation des travaux préparatoires invoqués par le gouvernement défendeur. Elle note aussi que les travaux préparatoires sont parfois d'une utilité limitée. Elle a reconnu, par exemple, que « les travaux préparatoires du Protocole n° 7 n'apportent pas beaucoup de lumière »⁵⁹⁸ sur la teneur de la règle de *non bis in idem* posée par l'article 4 Protocole n° 7 CEDH.

L'utilisation des travaux préparatoires se fait moins pour déterminer l'intention des États que pour vérifier, à propos de chaque article, comment l'objet et le but de la Convention peuvent être atteints. La Cour en a fait un usage pragmatique et ainsi peu protecteur de la volonté des États.

La plupart du temps, le sens ordinaire n'apparaît pas sans recours au contexte ou à l'objet et au but. Comme le remarque la Commission :

« ce que l'on donne pour le sens naturel et ordinaire est souvent influencé par une façon particulière de lire le texte, qui milite en faveur du résultat auquel on

⁵⁹⁴ CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, (déc.), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII, § 65.

⁵⁹⁵ OST, « Les directives d'interprétation », *op. cit.*, p. 270.

⁵⁹⁶ CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, Série A 26, § 31.

⁵⁹⁷ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, Série A 310, § 71.

⁵⁹⁸ CourEDH, *Göktan c. France*, 2 juillet 2002, Rec. 2002-V, § 46.

veut aboutir pour d'autres raisons. Ce qu'on trouve dans un texte dépend souvent de ce que l'on cherche »⁵⁹⁹.

Donc, le « sens normal ne possède pas de caractère normatif indépendant »⁶⁰⁰. Découvrir le sens ordinaire ou normal d'une disposition nécessite de faire des choix que la Cour effectue en utilisant les règles d'interprétation liées à la cohérence de la jurisprudence.

§ 2. Les règles liées à la cohérence de la jurisprudence

L'appel aux règles de l'expertise est insuffisant pour effectuer les choix d'interprétation. La technique juridique limite les possibilités d'argumentation sans toutefois produire des solutions uniques. Les règles liées à l'expertise déterminent un champ d'interprétation au sein duquel, des interprétations dominantes et minoritaires voient le jour.

L'objet et le but d'un traité permettent, selon l'article 31 de la Convention de Vienne, de remédier à ce problème. Ils forment le cadre d'interprétation établissant une cohérence entre les choix interprétatifs. Ils rendent possible de créer un nouveau type de discours possédant ses propres tendances, pouvant dévier des opinions dominantes du droit international général. Cela se fait à travers deux possibilités laissées à l'interprète, en (re)créant un contexte (A) et des objectifs (B) spécifiques.

A. La détermination du contexte

Le sens ordinaire de l'article 31 est relatif « aux termes du traité dans leur contexte ». Dans l'approche proposée, le contexte n'est plus lié au sens ordinaire mais demande une vision systémique du droit.

« Bien qu'il puisse se composer de plusieurs instruments, le traité est un ; ses dispositions se complètent et se conditionnent. Il n'est donc pas possible de comprendre l'une ou l'autre de ces dispositions sans l'envisager comme une partie d'un tout »⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ ComEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, (rapport), 1^{er} juin 1973, Série B n°16, p. 37.

⁶⁰⁰ KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, p. 335.

⁶⁰¹ YASSEEN, « L'interprétation des traités », *op. cit.*, p. 33.

L'article 31 doit être décomposé. Le premier élément est le contexte interne au traité, cité au paragraphe 2⁶⁰². Le second est celui créé par la pratique spécifique des États vis-à-vis du traité en question, que ce soit avant ou après la conclusion du traité. Le dernier est celui du droit international général cité dans le paragraphe 3 c)⁶⁰³, permettant de faire le lien entre un traité et le reste du droit international.

La CIJ et la CPJI avaient également affirmé la nécessité d'interpréter un traité non pas de manière fractionnée mais en le prenant dans son ensemble. Pour la CPJI, un traité « forme un tout dont on ne saurait dissocier les diverses dispositions pour les envisager isolément »⁶⁰⁴ et pour la CIJ, « c'est une règle d'interprétation bien établie et appliquée par la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, qu'un texte doit être lu dans son entier »⁶⁰⁵.

Le contexte interne est celui du texte lui-même avec le préambule et des annexes. L'article 31 le traite comme une évidence⁶⁰⁶. La Cour partage ce constat. Elle a conçu de manière systématique les différentes parties de chaque article de la CEDH : les différents paragraphes de l'article 5 forment un tout⁶⁰⁷, comme ceux de l'article 4⁶⁰⁸, 1 Protocole n° 1⁶⁰⁹ ou 2 Protocole n° 1⁶¹⁰. Elle a même déclaré que l'article 5 formait, à lui seul, un « système de protection »⁶¹¹.

La Cour a également lu des articles de la Convention de manière intégrée lorsqu'ils traitent de questions proches. Cette pratique porte aussi bien sur les articles définissant les droits substantiels que ceux visant la procédure de contrôle. L'article 6, en tant qu'il garantit un droit d'accès au tribunal, est vu comme une *lex specialis*

⁶⁰² « 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité; b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. »

⁶⁰³ « 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. »

⁶⁰⁴ CPJI, *Prises d'eaux à la Meuse* (Pays-Bas c. Belgique), 28 juin 1937, Série A/B 70, p. 21.

⁶⁰⁵ CIJ, *avis consultatif sur l'Admission d'un État comme Membre des Nations Unies*, 28 mai 1948, Recueil 1947-1948, p. 84.

⁶⁰⁶ « Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus », article 31 par. 2 CVDT.

⁶⁰⁷ « [O]n ne saurait interpréter le paragraphe 1er litt. (c) de l'article 5 (art. 5-1-c) sans le rapprocher du paragraphe 3 du même article (art. 5-3) avec lequel il forme un tout », CourEDH, *Lawless c. Irlande* (n°3), 1^{er} juillet 1961, Série A 3, p. 51.

⁶⁰⁸ CourEDH, *Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, Série A 70, § 38.

⁶⁰⁹ CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, Série A 98, § 37.

⁶¹⁰ CourEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, Série A 23, § 52.

⁶¹¹ CourEDH, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, Rec. 2005-III, § 413.

par rapport au droit au recours effectif de l'article 13⁶¹². Les articles 3 et 8 offrent une protection continue, bien que l'un porte sur l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants et l'autre sur la protection de la vie privée et familiale. L'article 3 établit une protection contre les atteintes les plus graves à la personne humaine et l'article 8 sert de garantie plus large contre les intrusions abusives dans la sphère privée⁶¹³. Du point de vue procédural, les exigences de l'article 34, concernant l'absence de défaut manifeste de fondement, doivent être rapprochées de celles de l'article 13.

Au-delà de chaque article, c'est l'ensemble de la Convention et de ses protocoles qui est pris en considération. « La Convention forme un tout »⁶¹⁴ ou elle doit « se comprendre »⁶¹⁵ ou « se lire »⁶¹⁶ « comme un tout »⁶¹⁷. Cela signifie, par exemple, qu'un mot apparaissant dans différents articles doit être appréhendé de manière unique. Un des exemples marquants concerne le mot « loi », présent dans la plupart des articles de la Convention⁶¹⁸. Son contenu est identique allant dans un sens matériel et non pas formel⁶¹⁹. L'expression « nécessaire dans une société démocratique », commun au paragraphe 2 des articles 8 à 11 et qui fonde le contrôle de proportionnalité, a également été envisagée de manière uniforme⁶²⁰.

Le contexte peut également constituer un contexte externe comme l'indiquent l'article 31 par. 2 al. 1) et 2) et l'article 31 par. 3. Il doit intégrer la pratique des États liée au traité et à tout accord qu'ils pourraient passer concernant la signification de ce dernier. Les parties restent les « maîtres » du traité. Les termes utilisés dans un traité peuvent avoir déjà été utilisés en droit international général⁶²¹ mais là encore

⁶¹² CourEDH, *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, Rec. 2000-XI, § 146.

⁶¹³ CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, Rec. 2002-III.

⁶¹⁴ CourEDH, *Affaire linguistique belge*, Série A 7, p. 33, § 7 ; CourEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, Série A 23, § 52 ; CourEDH, *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, Série A 116, § 78 ; CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A 161, § 103.

⁶¹⁵ CourEDH, *Öcalan c. Turquie*, GC, 12 mars 2003, Rec. 2003-III, § 189.

⁶¹⁶ CourEDH, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, GC, (déc.), 6 juillet 2005.

⁶¹⁷ *Ibid.*

⁶¹⁸ Art. 2, 5, 6, 7, 12, 1 Prot. 1, 2 Prot. 4, dans le paragraphe 2 des articles 8 à 11 et les articles 2, 3, 4 Prot. 7.

⁶¹⁹ Patrick WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Organisations internationales. Recueil d'études en la mémoire de Jacques Schwob*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 241.

⁶²⁰ Voir par exemple, Pierre LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant, 1998, p. 63-89 ; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001.

⁶²¹ Art. 31 par. 3 c) CVDT.

c'est au juge d'apprécier les liens que le traité peut entretenir avec des normes exogènes.

Ainsi, pour la Cour, chaque phrase se lit dans le contexte de l'article en question, chaque article est appréhendé en fonction de l'ensemble de la Convention, et la Convention s'inscrit dans le droit international. Cependant, quel que soit le contexte, il ne peut être dégagé que par observation du juge. C'est à lui qu'il incombe d'établir des liens entre les différents termes employés. Les références faites dans la jurisprudence sur l'existence de certaines unités qui formeraient « un tout », alors même que le « tout » est applicable aussi bien à la CEDH, qu'à certains de ses des articles, ainsi qu'à la CEDH associée au reste du droit international général, montrent qu'il est impossible de savoir a priori ce qui pourrait former une unité distincte. De plus, les articles de la Convention s'articulent eux-mêmes de manière plus ou moins aléatoire les uns avec les autres. La question de la *lex specialis* ne connaît pas de réponse absolue⁶²². Il est donc impossible à travers le contexte de savoir si, et quand, la CEDH est distincte du droit international général.

La Convention européenne des droits de l'homme s'inscrit dans des environnements différents. Leur choix de l'un d'entre eux peut donner lieu à des lectures opposées. Par exemple, la « torture » peut s'appréhender dans celui de la fin de la deuxième guerre mondiale et « marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances »⁶²³. Elle peut aussi se comprendre dans le sens de la définition donnée la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur le 26 juin 1987 et ainsi proscrire « les actes de violence physique et mentale » qui « ont provoqué des douleurs et des souffrances « aiguës » et qui revêtent un caractère particulièrement grave et cruel »⁶²⁴. Le choix du contexte peut entraîner une qualification différente. Tout repose alors sur la sélection de l'environnement principal.

⁶²² Voir en général, sur « La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* », Rapport KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international*, *op. cit.*, p. 56-122. Par exemple, le flottement de la Cour (avant que la Grande chambre vienne mettre fin au désordre), pour savoir si c'est l'article 2 ou 13 qui constitue la *lex specialis* en ce qui concerne les obligations procédurales d'enquête entre les deux, illustre ce point.

⁶²³ CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Série A 25, § 96.

⁶²⁴ CourEDH, *Selmouni c. France*, GC, 28 juillet 1999, Rec. 1999-VII, § 105.

La lecture contextuelle permet de faire le lien entre les interprétations de la Cour avec l'environnement constitué des autres éléments du droit international. Elle s'inscrit dans une continuité temporelle et juridique sans toutefois être suffisante. Il faut également être capable de déterminer les objectifs dominants dans chaque situation.

B. La détermination des objectifs particuliers

Le dernier critère, celui de l'objet et du but, est également lié à l'auto-observation et l'auto-description. L'objet et le but ne peuvent être définis qu'à travers une vision globale de l'ensemble du traité et du rôle de la Cour. Ils supposent une compréhension d'ensemble. Il s'agit de voir comment les États ont souhaité, à travers les dispositions acceptées, réaliser ce but et cet objet. Le sens de chaque article doit aussi être compris en référence à ces éléments. L'objet peut être celui d'un article en particulier mais aussi de manière plus large celui de la Convention dans son ensemble.

La Cour n'a pas hésité à avoir recours à des interprétations de type téléologique⁶²⁵ ou évolutif.⁶²⁶ L'unité systématique de la Convention ne peut être pensée sans lui donner un objet et un but communs, deux éléments qui font expressément partie du contexte selon la Convention de Vienne sur le droit des traités. La Cour a identifié le but commun dans le préambule de la CEDH⁶²⁷ et dans le statut du Conseil de l'Europe. Elle en a déduit que l'objet et le but de la CEDH sont de garantir les droits fondamentaux d'une société démocratique respectant la prééminence du droit⁶²⁸.

En pratique, la Cour s'est servie d'interprétations téléologiques pour concilier les différentes versions linguistiques officielles. La CEDH constitue en effet un traité où la version anglaise et française font « également foi »⁶²⁹. Ce plurilinguisme est typique des traités internationaux. Pour autant, il peut exister des nuances importantes selon la langue choisie. Pour régler les conflits d'interprétation possibles

⁶²⁵ OST, « Les directives d'interprétation », *op. cit.*, p. 422 et s.

⁶²⁶ Voir, François RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant, 1998, p. 41-62 ; Søren C. PREBENSEN, « Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights », in *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1123-1137.

⁶²⁷ Voir *infra*.

⁶²⁸ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

⁶²⁹ Art. 59 CEDH.

entre les différentes versions linguistiques, la Convention de Vienne pose le principe de la convergence selon l'objet et le but⁶³⁰. La Cour a appliqué ce principe en faisant appel à la « jurisprudence internationale bien établie » dans l'arrêt *Wemhoff* de 1968.

« Placée ainsi devant deux textes d'un même traité faisant également foi et qui ne sont pas parfaitement semblables, la Cour doit, conformément à une jurisprudence internationale bien établie, leur donner le sens qui les concilie dans la mesure du possible. S'agissant d'un traité normatif, il y a lieu d'autre part de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties. »⁶³¹

Ce fut également le cas pour déterminer le sens des termes « prévues par la loi » de l'article 8 para. 2⁶³², « pour cause d'utilité publique » de l'article 1 Protocole n° 1⁶³³ ou de l'adverbe « aussitôt » de l'article 5 para. 3⁶³⁴. Dans ces trois affaires, la Cour a explicitement eu recours au principe énoncé dans l'article 33 de la Convention de Vienne et a cherché, comme dans l'arrêt *Wemhoff*, à donner un effet utile à la CEDH.

Pour autant, le recours à l'objet et au but ne peut systématiquement conduire à une solution unique. La Convention, comme la plupart des traités, poursuit différents objets et buts. Lorsque la Cour traite de la compatibilité d'une norme de droit international avec l'objet et le but de la Convention, elle le fait en plusieurs étapes. D'abord, elle tente de cerner l'objectif poursuivi par la norme de droit international pour ensuite décider si cet objectif est compatible avec la Convention. Or, si la Cour a identifié dans le préambule le projet général de protection du triptyque société démocratique, prééminence du droit et droits de l'homme, elle a également intégré les objectifs poursuivis par le droit international comme étant compatibles avec la CEDH⁶³⁵.

De tels objectifs peuvent toutefois se révéler contradictoires. Par exemple, la Cour a accepté que le principe de l'immunité des États poursuive un but légitime reconnu

⁶³⁰ Art. 33 § 4 : « Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes ».

⁶³¹ CourEDH, *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, Série A 7, § 8.

⁶³² CourEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, Série A 30, § 48.

⁶³³ CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, Série A 98, § 42.

⁶³⁴ CourEDH, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, Série A 145-B, § 59.

⁶³⁵ L'étude détaillée des valeurs à concilier sera effectuée dans le titre suivant.

dans le système conventionnel⁶³⁶. D'un autre côté, l'accès à un tribunal et l'interdiction de la torture sont au cœur de la prééminence du droit et du respect des droits de l'homme. Certaines affaires ont mis à jour la tension entre objectifs conventionnels et ceux du droit international. Par exemple, dans l'arrêt *Al-Adsani*, le droit d'accès à un tribunal a cédé devant le principe d'immunité des États⁶³⁷.

Le recours à l'objet et au but ne peut davantage être une clé décisive d'interprétation de la Convention, même si la Cour affirme le contraire. Elle a utilisé les règles d'interprétation issues du droit international afin de légitimer sa pratique. Ce faisant, elle n'a énoncé ni créé une vision propre à la CEDH. Les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sont à la fois un appel au droit international et un moyen de s'en distancer. Si la Cour s'est d'abord basée sur ces règles, elle les a reprises à son compte et transformées dans le cadre de nouvelles lignes d'interprétation. Elle a systématisé son approche et en même temps en a réécrit les principes.

S'il est admis aujourd'hui en doctrine que les règles d'interprétation telles qu'elles apparaissent dans les articles 31 à 33 sont tout au plus des indications, alors leur usage procède davantage d'une légitimation que d'une volonté d'être liée par des règles particulières d'interprétation.

Pour pouvoir savoir exactement ce qu'il en est, il est nécessaire d'étudier les pratiques interprétatives de la Cour et d'analyser plus particulièrement les choix effectués lors des années 1970, tournant dans la politique d'interprétation de la CEDH.

Section 2. Le tournant des années 1970, le choix d'un discours spécifique

Si les dispositions de la Convention de Vienne concernant l'interprétation ont été votées de manière presque unanime, c'est au prix d'une rédaction qui laissait

« de nombreuses portes ouvertes. C'est peut-être au demeurant la raison du succès de la codification en ce domaine ; chacun croit y trouver son compte,

⁶³⁶ CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 59.

⁶³⁷ *Ibid.*

voyant la consécration de sa position propre et ne considérant l'admission de la thèse inverse que comme une exception, en droit ou en fait »⁶³⁸.

Tous les principes inscrits dans les articles 31 à 33 sont inspirés de l'idée de respecter la volonté des États. Toutefois il faut distinguer entre les principes qui visent l'intention des États en tant qu'auteurs d'un traité, et ceux permettant d'accomplir les buts assignés au traité. Les premiers basent leur normativité sur le consentement des États et les seconds sont des critères objectifs. Comme il a été vu dans l'introduction, ces idées s'opposent mais elles doivent être associées pour expliquer le caractère obligatoire de la norme.

Il en va de même en matière d'interprétation. Un tribunal, établi par compromis ou par création institutionnelle, doit pouvoir utiliser des critères qui se situent hors de son appréciation subjective. Il n'est pas possible de faire uniquement appel à la volonté des États et à la préservation de la souveraineté pour guider une interprétation. Il n'est pas non plus possible de recourir uniquement à des critères hors de la volonté des États. Il faut donc faire appel à la fois aux critères objectifs et subjectifs.

Ainsi opposer dans l'absolu une interprétation subjective à une interprétation objective est peu fructueux. Il est pourtant possible d'identifier des politiques jurisprudentielles privilégiant un élément par rapport à l'autre. La pratique de la Cour, distincte des habitudes classiques des internationalistes en matière d'interprétation des traités internationaux, est clairement mise en évidence dans les opinions séparées de Sir Gerald FITZMAURICE. Ce dernier a explicité son choix, dans ses opinions essentiellement dissidentes, d'une interprétation de la Convention qui reste la plus fidèle possible aux opinions dominantes du droit international de l'époque, du discours général du droit international (§ 1). La majorité a, quant à elle, décidé de créer des interprétations relatives au seul espace de la CEDH (§ 2).

§ 1. Sir Gerald FITZMAURICE, une voix exprimant l'exclusivité des opinions dominantes du droit international

Les opinions dissidentes du juge Fitzmaurice sont intéressantes pour plusieurs raisons. Premièrement, les opinions individuelles, qu'elles soient concordantes ou

⁶³⁸ Serge SUR, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, 1974, p. 273.

dissidentes, sont un élément important d'auto-observation⁶³⁹ et de structuration des raisons d'une décision. Les opinions concordantes montrent que les juges de la majorité sont conscients des forces et faiblesses des arguments qu'ils proposent. Une opinion concordante peut être nécessaire pour redémontrer ce que la formulation acceptée par la majorité, à force de compromis, aurait peut-être exprimé maladroitement. Elle peut aussi fonctionner comme une opinion dissidente, lorsque le juge qui s'exprime est d'accord avec le dispositif mais pas avec le raisonnement. Dans une opinion dissidente, le juge doit forcément proposer un raisonnement différent, organiser les arguments qui soutiennent sa vision. Toutes ces activités nécessitent, par définition, de prendre du recul sur l'interprétation donnée, de la replacer parmi les autres interprétations, et dans le champ des autres argumentations possibles.

Ainsi, ces opinions révèlent l'auto-observation effectuée par les juges :

« les opinions individuelles et même dissidentes qui sont jointes à l'arrêt font corps avec lui. C'est en laissant ces opinions éclairer en contrepoint la motivation de l'arrêt que l'on peut extraire toute la substance de cette décision judiciaire et saisir tout ce qu'elle a apporté à la jurisprudence »⁶⁴⁰.

Elles constituent aussi un élément important de la structuration de la jurisprudence de la Cour pour elle-même, et permet de mettre à jour en son sein, les options de politiques jurisprudentielles que le code commun de la Cour ne permet de résoudre⁶⁴¹.

⁶³⁹ Voir *supra* introduction.

⁶⁴⁰ Mohammed BEDJAOUI, « La "fabrication" des arrêts de la Cour internationale de justice », in *Mélanges Michel Virally*, Pédone, 1991, p. 105. Ces propos ont été tenus vis-à-vis de la CIJ mais restent entièrement applicables à la Cour de Strasbourg.

⁶⁴¹ En l'absence d'opinions séparées, on pourrait penser que d'autres communications intégrées à l'appareil juridictionnel jouent ce rôle. Par exemple, concernant le Conseil d'État ou la CJUE, l'auto-observation intra-juridictionnelle serait essentiellement faite par les rapporteurs publics (anciens commissaires du gouvernement) ou autres avocats généraux dont la fonction est précisément d'effectuer ce travail. Comme le dit la Cour : « Le commissaire du gouvernement joue un rôle traditionnellement très important dans la formation de la jurisprudence administrative : la plupart des grandes innovations jurisprudentielles sont intervenues à la suite de conclusions célèbres du commissaire du gouvernement. En outre, compte tenu du fait que les arrêts du Conseil d'État sont toujours rédigés de manière très elliptique, souvent seule la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement permet, lorsqu'elles sont publiées, de comprendre la *ratio decidendi* des arrêts rendus », CourEDH, *Kress c. France*, 7 juin 2001, Rec. 2001-VI, § 41.

Deuxièmement, le parcours de Sir FITZMAURICE est celui d'un grand internationaliste du 20^{ème} siècle⁶⁴² qui connaît le droit international sous toutes ses facettes. Il a effectué sa formation en droit international à Cambridge auprès de Lord MC NAIR, qui deviendra juge à la CIJ et premier président de la Cour strasbourgeoise. Il a travaillé au service du gouvernement britannique de 1929 à 1960 avant d'intégrer la CIJ où il resta jusqu'en 1973, avant d'aller servir à Strasbourg auprès de la Cour, de 1974 à 1980. Il a également été avocat dans ses jeunes années, puis il a régulièrement enseigné à l'université, et enfin il fut membre de la Commission de droit international et rapporteur sur le thème du droit des traités. Tout au long de sa carrière, il fit preuve d'une intense production doctrinale. Il a donc démontré une profonde maîtrise du droit international et s'est impliqué dans son développement. Il avait l'expérience des trois facettes principales de l'activité juridique internationale ; il a participé à l'élaboration de la doctrine, il a été juge et conseiller. Il s'agit donc d'un juge doté d'une expertise unique concernant la pratique du droit international.

Pendant son séjour à la Cour, il a participé à l'élaboration de onze jugements sur les vingt-six rendus⁶⁴³. Si certains des arrêts rendus avant son arrivée à la Cour, comme l'*affaire Linguistique belge*, figurent au titre des « grands arrêts » pour avoir imprimé un cours durable à la jurisprudence, et si la Commission avait déjà élaboré à cette époque une jurisprudence fournie⁶⁴⁴, la position de la Cour en matière d'interprétation de la Convention restait néanmoins à asseoir. L'auto-description était encore à faire. C'est à la fin de la décennie 1970 que la Cour a définitivement pris position et a dégagé certaines théories comme celle « de l'instrument vivant » ou de la marge nationale d'appréciation. Si, quantitativement, le nombre d'arrêts auxquels Sir FITZMAURICE a participé est faible, surtout au vu de la production actuelle, qualitativement la contribution de cette période à la jurisprudence de la Cour fut significative. Enfin et surtout, dans ces onze jugements, il a produit huit opinions⁶⁴⁵, quatre séparées, quatre dissidentes qui sont pour certaines plus développées que

⁶⁴² Pour une biographie circonstanciée, voir Robert JENNINGS, « Gerald Gray Fitzmaurice », *BYBIL*, 1984, p. 1-64.

⁶⁴³ Soit 10 affaires, car deux décisions ont été prises pour une seule requête.

⁶⁴⁴ Clovis C. MORRISON, « Restrictive interpretation of sovereignty-limiting Treaties: the Practice of the European Human Rights Convention System », *ICLQ*, 1970, p. 375. Selon cet auteur, la Commission avait dès les années 60 choisie une méthode d'interprétation allant à l'encontre de la protection de la souveraineté des États.

⁶⁴⁵ Pour une analyse détaillée des opinions de Sir FITZMAURICE à la Cour voir : John G. MERRILLS « Sir Gerald Fitzmaurice Contribution to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *BYBIL*, 1982, p. 115-162.

les arrêts eux-mêmes⁶⁴⁶. Il reste connu comme l'un des grands « dissenters » de la Cour⁶⁴⁷ ayant défendu une vision davantage protectrice de la souveraineté des États⁶⁴⁸.

La position classique concernant l'interprétation des traités a été formulée dans l'affaire du *Lotus* par la Cour permanente de justice internationale. Il faut viser à préserver la souveraineté des États.

« Le droit international régit les rapports entre États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de souveraineté ne se présument donc pas »⁶⁴⁹.

La Commission s'était déjà engagée dans une voie s'opposant à l'application de ce principe. Par exemple dans l'affaire *Wemhoff*⁶⁵⁰, elle avait développé des critères non inscrits dans la Convention pour évaluer le caractère raisonnable de la détention dans le cadre de l'article 5 CEDH. Cela fut vécu, par Adolf SÜSTERHENN, comme contraire au droit international, ce qu'il a développé dans son opinion dissidente au rapport.

« La Convention ne peut pas apporter à la souveraineté des États de restrictions excédant celles qui sont formulées expressément dans ses dispositions. La Convention est un traité de droit international. Or, l'interprétation restrictive des traités de droit international en faveur de la souveraineté des États correspond à un principe général du droit international »⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ En particulier, son opinion dissidente dans l'arrêt *Golder* se développe sur 30 pages contre 19 pour l'arrêt.

⁶⁴⁷ Luzius WILDHABER, « Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Nicolas VALTICOS*, Pédone, 1999, p. 532.

⁶⁴⁸ Clovis MORRISSON l'identifie comme celui qui a adopté l'approche la plus restrictive des treize juges ayant participé à cinq jugements jusqu'en 1979. Clovis MORRISSON, *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, Martinus Nijhoff, 1981, p. 8.

⁶⁴⁹ CPJI, *Lotus*, 7 septembre 1927, Série A, n°10, p. 18.

⁶⁵⁰ CourEDH, *Wemhoff c. Allemagne*, Rapport, Série B, p. 71 et s.

⁶⁵¹ *Ibid.* p. 82

Toutefois la Cour n'avait pas repris ces critères dans son arrêt et n'avait donc pas pris position dans ce débat.

L'opposition de Sir FITZMAURICE à tout abandon de ce principe d'interprétation favorable aux États est intervenue à ce moment-là.

« Il appartient aux États dont le consentement constitue la base de la Convention, et la seule source de sa force obligatoire, de combler la lacune ou réparer la faiblesse par un amendement, et non point à une juridiction de se substituer aux auteurs de la Convention et d'accomplir leur tâche à leur place. »⁶⁵²

La place du consentement des États reste donc fondatrice, selon lui, de la capacité des organes conventionnels d'appliquer la CEDH. La Cour devait se limiter à trancher en faveur du requérant uniquement pour les situations manifestement rattachées à la Convention. De plus, cette dernière a créé une situation exceptionnelle en droit international avec la capacité possibilité d'une saisine individuelle, « chose qui voici trente ans à peine eût passé pour inconcevable sur le plan international »⁶⁵³. Cette situation dépendait d'ailleurs de la reconnaissance par chaque État du droit de recours individuel et de la compétence de la Cour, demandant, selon Sir FITZMAURICE, de prendre une position conservatrice.

« Ces divers facteurs pourraient justifier même une interprétation quelque peu restrictive de la Convention, mais sans aller aussi loin il faut considérer que, sans conteste, non seulement ils justifient, mais ils commandent impérieusement, une interprétation prudente et conservatrice, surtout pour les dispositions dont le sens peut être incertain et là où des interprétations extensives pourraient aboutir à imposer aux États contractants des obligations qu'ils n'ont pas vraiment voulu assumer ou qu'ils n'ont pas eu conscience d'assumer. »⁶⁵⁴

Les arguments du juge britannique visaient à adapter l'interprétation de la CEDH à son terrain particulier. D'abord, le juge international se devait d'avoir une approche différente de celle du juge interne, car dans le cadre international, les États

⁶⁵² CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18, opinion dissidente du juge FITZMAURICE § 37.

⁶⁵³ *Ibid.* § 38.

⁶⁵⁴ *Ibid.* § 39.

refusaient tout ce qui, de près ou de loin, pouvait ressembler à de l'activisme judiciaire ou à un législateur judiciaire. Ainsi, le raisonnement de la majorité dans l'affaire *Golder* est :

« un exemple typique des aspirations du législateur judiciaire à travers les âges ; or pour justifiées qu'elles puissent être sur le plan interne ou national, ces aspirations ne le sont guère ou pas du tout quand il s'agit de traités ou conventions interétatiques fondés sur un accord et dominés par ce fait essentiel ». ⁶⁵⁵

Sir FITZMAURICE a argumenté avec force pour une interprétation plus protectrice d'une certaine idée de la souveraineté des États. Mais il a davantage défendu les opinions dominantes classiques (du moins celles reconnues dans l'affaire du *Lotus*) que la souveraineté des États. En effet, il a bien entendu admis que dans certaines situations la Convention pouvait être violée tout en respectant la volonté originale des États. Il a, par exemple, voté une violation de l'article 3 dans *Irlande c. Royaume-Uni*, le principe justifiant ce choix étant la décision de ratifier le traité. Il ne pouvait être qu'un apologiste. Sa position restrictive ne l'était que face à des positions divergentes créant une interprétation spécifique à la CEDH.

§ 2. L'établissement de préférences spécifiques à la CEDH

Ce n'est qu'à travers l'auto-observation de l'application du lien entre interprétation et droit international que se dégage une ligne plus précise. La Cour a décidé de rejeter l'option traditionnelle du droit international pour affirmer une politique jurisprudentielle distincte.

Une première explication peut provenir d'analyses d'ordre sociologique. Le choix entre une Cour audacieuse ou timide peut être éclairé par l'habitude même des juges à argumenter de manière professionnelle le contenu des opinions dominantes du droit international. Nous avons déjà noté que les juges sont sélectionnés sur la base de leur compétence et que l'utilisation du droit international faisait partie des attentes des juges. Le problème ici est de savoir qu'elle doit être l'expertise dominante.

La Convention a inscrit cette obligation à l'article 21 CEDH. Les juges doivent être choisis « parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui

⁶⁵⁵ *Ibid.* § 37.

réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international ».

Cet article est inspiré de l'article 2 du statut de la CIJ. Ces obligations de moralité et de compétence sont désormais traditionnelles en droit international⁶⁵⁶ au point que l'on peut considérer qu'elles sont consubstantielles à la fonction de juger.

Les systèmes judiciaires occidentaux admettent de qualifier comme juges que ceux qui normalement répondent au critère de l'expertise. Ceux-ci doivent être des professionnels du droit et, si possible, de la branche pertinente⁶⁵⁷.

Différents organes du Conseil de l'Europe jouent un rôle dans le processus de nomination des juges strasbourgeois⁶⁵⁸. La Convention a prévu un système de filtrage pour permettre aux candidats de répondre aux critères de sélection. Chaque État partie à la Convention doit proposer une liste de trois juges⁶⁵⁹. La sélection finale est faite par un vote⁶⁶⁰ de l'Assemblée parlementaire⁶⁶¹. Désormais depuis 2010, suite à la déclaration d'Interlaken, il existe un panel d'experts⁶⁶² qui assiste

⁶⁵⁶ Voir entre autres : article 36 par. 3 a) du Statut de la Cour pénale internationale « Les juges sont choisis parmi des personnes jouissant d'une haute considération morale, connues pour leur impartialité et leur intégrité et réunissant les conditions requises dans leurs États respectifs pour l'exercice des plus hautes fonctions judiciaires »; article 223 du traité instituant la Communauté européenne (ex-article 167) « Les juges et les avocats généraux de la Cour de justice, choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires » ; Article 2 §1 du Statut du Tribunal international pour le droit de la mer: « Le Tribunal est un corps de 21 membres indépendants, élus parmi les personnes jouissant de la plus haute réputation d'impartialité et d'intégrité et possédant une compétence notoire dans le domaine du droit de la mer ».

⁶⁵⁷ Voir par exemple, le rapport du Comité des sages du 15 novembre 2006 qui propose de nouvelles réformes de la Cour et inclut parmi elles un nouveau mécanisme de sélection des juges pour s'assurer de leurs « qualifications professionnelles » (§ 144), laissant ainsi entendre que le système de sélection laissait à désirer, doc. CM(206)2003. Voir également les chroniques du professeur FLAUSS à cet égard à la RTDH. Jean-François FLAUSS, « Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1998, p. 435 ; « Le renouvellement triennal de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 693 ; « Brèves observations sur le second renouvellement triennal de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, p. 5 ; « Les élections de juges à la Cour européenne des droits de l'homme (2005-2008) », *RTDH*, 2008, 713.

⁶⁵⁸ Le Comité des ministres est chargé de superviser la mise en œuvre des arrêts par les États défendeurs (article 46 § 2) et peut demander des avis consultatifs (article 47). Le Secrétaire général est le dépositaire du traité (article 66). L'Assemblée parlementaire élit les juges (article 22).

⁶⁵⁹ Art. 20 CEDH.

⁶⁶⁰ Art. 22 § 1 CEDH.

⁶⁶¹ Cette Assemblée qui est l'organe consultatif représentant les parlements des États membres ne possède aucune autre fonction au sein du mécanisme de la Convention européenne des droits de l'homme. Voir BENOÎT-ROHMER et KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe*, *op. cit.*, p. 75 et s.

⁶⁶² Résolution du Comité des ministres sur la création d'un Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme, CM/Res(2010)26.

l'Assemblée parlementaire en émettant un avis confidentiel⁶⁶³ sur la compatibilité des noms proposés avec l'article 21 CEDH.

La pratique suivie par les États et contrôlée par l'Assemblée parlementaire fait que la plupart du temps les personnes nommées sont bien des experts du droit ayant exercé des fonctions juridiques de haut niveau, soit en tant que juge, avocat, professeur de droit ou juriste dans l'administration.⁶⁶⁴ Ce sont donc des personnes rompues à l'usage du langage juridique et qui ont prouvé qu'elles en respectaient les formes, les principes et les interdits.

Tous les juges sont généralement familiers des questions générales relatives au droit international. Pour autant, une différence importante existe entre un professionnel du droit international qui a consacré sa carrière à débattre dans ce langage et à tenter d'en cerner ses mécanismes, et les avocats, juges ou autres professionnels du droit national. Pour ces derniers, les questions de droit international n'ont pas été des questions juridiques centrales dans leur profession et il est probable qu'ils ne se soient pas particulièrement intéressés aux débats internes à la « communauté invisible des juristes internationaux »⁶⁶⁵. Il ne s'agit pas d'affirmer que ces hauts magistrats ne puissent acquérir une connaissance plus approfondie de la « grammaire »⁶⁶⁶ du droit international à travers leur travail à la Cour. Mais il est probable que leur attachement aux problématiques du droit international général soit moindre qu'envers celles de l'application des droits de l'homme dans le contexte interne.

Comme il a affirmé précédemment, il faut reconnaître qu'une part non négligeable des juges sont ou ont été des professionnels du droit international, qu'ils aient été professeurs de droit international ou des praticiens.⁶⁶⁷ Si, la connaissance du droit

⁶⁶³ *Ibid.* § 5.

⁶⁶⁴ Quatre profils sont habituellement identifiés : les « fonctions judiciaires, académiques, dans la haute fonction publique nationale, affaires étrangères ou justice et professions juridiques privées », FLAUSS, « Le renouvellement triennal », *op. cit.*, p. 707. Ce sont également les quatre profils identifiés par Nina-Louisa AROLD comme ayant le plus d'impact sur les méthodes de travail et les choix d'interprétation. Nina-Louisa AROLD, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, 2007, Martinus Nijhoff, p. 72.

⁶⁶⁵ SCHACHTER, « The Invisible College of International Lawyers », *op. cit.*, p. 217.

⁶⁶⁶ KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, p. 563-573.

⁶⁶⁷ Depuis la mise en place de la nouvelle Cour en 1998, on peut compter qu'environ un quart des juges ont été professeurs de droit international ou experts en droit international. Seize professeurs de droit international et deux juges experts en droit international en 2007 soit 28% des juges dont le président, Luzius WILDHABER. Au 1^{er} janvier 2012, ils étaient 10 professeurs et 2 experts (les juges POTOCKI et

international n'est pas une obligation, le pourcentage de juges qui sont experts de ce domaine est resté étonnamment stable et assez élevé, avec près d'un juge sur quatre. Les questions du droit international ont donc été traitées par des spécialistes maîtrisant le langage du droit international. On doit également constater, au vu de la jurisprudence et des opinions séparées, que les questions de droit international ont été régulièrement soulevées.

Toujours est-il que ces juges sont minoritaires. Cela peut expliquer l'interprétation de la Convention avec une approche de type constitutionnel. Même si la Convention s'inscrit dans le droit international, « la Cour met en œuvre un droit proche d'un droit interne »⁶⁶⁸. Les habitudes de travail de la majorité des juges proviennent du droit national. Le droit de la CEDH forme, matériellement, la base du contentieux constitutionnel dans de nombreux États membres⁶⁶⁹. C'est d'ailleurs avec les juridictions suprêmes des États parties, incluant les juridictions constitutionnelles, que la Cour souhaite renforcer sa collaboration⁶⁷⁰. Cette volonté s'est concrétisée par le protocole n° 16 adopté le 10 juillet 2013 et ouvert à la signature le 2 octobre 2013. Désormais les plus hautes juridictions nationales pourront demander à la Cour « un avis consultatif sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou ses protocoles »⁶⁷¹.

Il n'est pas étonnant que le compromis se soit développé autour d'une méthode juridique propre à la Cour qui ne provienne ni de l'agrégation des pratiques communes aux droits internes, ni d'une méthode issue de celles du droit international. Cette approche a permis de faire une jonction entre ces deux traditions. Néanmoins, cette vision ne laisse au droit international qu'un rôle subsidiaire, s'effaçant devant la création d'une jurisprudence européenne quasi-constitutionnelle.

MOSE, respectivement en tant qu'ancien juge communautaire et en tant qu'ancien juge du Tribunal international pénal pour le Rwanda) soit 26% des 47 juges.

⁶⁶⁸ TAVERNIER, « La Cour européenne des droits de l'homme applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne ? », *op. cit.*, p. 29.

⁶⁶⁹ Pour un tableau général en Europe du travail des juridictions constitutionnelles, voir Constance GREWE et Hélène RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995.

⁶⁷⁰ Voir, les actes du séminaire de la rentrée judiciaire de la CourEDH 2012, « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », in *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe*, 2012, et surtout la synthèse de Mme la juge TULKENS, p. 6-8., accédé le 5 juillet 2012,

<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/The+Court/Events+at+the+Court/Opening+of+the+judicial+year/>.

⁶⁷¹ Article 1 Protocole n°16.

Dans l'affaire *Linguistique belge*, la Commission a très clairement formulé le changement de perspective introduit en droit international par les droits de l'homme.

« Même au cas où des matières réglées par la Convention européenne des Droits de l'Homme relèveraient dans un domaine réservé selon le droit international général, ces matières resteraient dans la compétence de la Cour européenne en ce qui concerne l'application et l'interprétation de la Convention. Vouloir tirer des conclusions en sens contraire [...] d'une jurisprudence basée sur le droit international général, serait donc déplacer la perspective dans laquelle il faut envisager les présentes affaires et tout ce que le Gouvernement belge a avancé sur la prétendue existence d'un domaine réservé à l'égard de la compétence de la Cour européenne repose sur de fausses analogies. »⁶⁷²

Ainsi, dans le contexte de la Convention, les juges n'affirment jamais qu'ils effectuent une interprétation extensive. Leur interprétation est présentée comme la plus adéquate au vu du contexte. Ils estiment que la CEDH commande des interprétations différentes de celle plus classique incarnée par Sir FITZMAURICE. Il ne s'agit pas de lire les positions de la majorité des juges strasbourgeois comme uniquement des zélotes d'une vision extensive des garanties incluses dans la Convention⁶⁷³. Par exemple dans l'affaire *Golder*, il est tout à fait possible de voir dans l'argumentation de la Cour une interprétation restrictive étant donné que le droit d'accès au tribunal n'est pas absolu.

Néanmoins, les argumentations de Sir FITZMAURICE montrent de manière précise comment argumenter l'absence de spécificité de la CEDH dans le cadre du droit international. Sa vision de l'interprétation et son attachement au principe du *Lotus* étaient suffisamment distants de ceux de la majorité pour être souvent en désaccord, sans pour autant sombrer dans une apologie pure et simple de l'ensemble des comportements étatiques. Cependant, la référence même au *Lotus* est un marqueur de conservatisme, de la même manière que la formule « instrument vivant devant être lu à la lumière des conditions de vie actuelle » est un marqueur d'interprétation

⁶⁷² CourEDH, *Affaire linguistique belge*, Série B, p. 475.

⁶⁷³ Voir par exemples conclusions de Patrick WACHSMANN lors d'un colloque dédié à l'interprétation de la CEDH qui soulignent que « dynamisme » est plutôt l'exception que la règle. « Conclusions », in *Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque tenu les 13 et 14 mars 1998*, op. cit., p. 344.

dynamique. Cela ne se fait pas de manière absolue mais du fait que ces deux arguments ont été systématiquement invoqués pour une interprétation privilégiant soit l'État, soit les individus.

Le juge britannique était d'ailleurs tout à fait conscient que comme son argumentation partait de prémisses différentes elle ne pouvait convaincre les juges de la majorité.

« Chacune des deux parties peut, à l'intérieur de son propre système de références, être capable de présenter une thèse cohérente et valable, mais puisque ces systèmes diffèrent l'un de l'autre, aucune des deux thèses ne peut l'emporter telle quelle sur l'autre. Il n'y a pas de solution au problème, à moins que l'on ne puisse déterminer d'abord quel est le système de références exact ou plutôt acceptable, mais comme l'acceptabilité est une affaire d'optique, de sentiment, d'attitude ou même de politique, plutôt que d'argumentation juridique ou logique exacte, il n'existe guère non plus de solution sur cette base. »⁶⁷⁴

Cet argument révèle bien que deux ensembles de positions fonctionnant à partir d'approches différentes se sont développées dans l'interprétation de la Cour. La dissidence quasi-systématique de Sir FITZMAURICE montre que la majorité a pris ses distances par rapport à une position qui tendrait à trop protéger les États. Il serait possible alors d'affirmer que les « activistes » dominent la Cour, mais cela serait trop réducteur. Il faudra différencier selon les domaines.

Si la Cour s'est parfois placée dans le cadre des débats habituels portant sur l'interprétation en droit international, comme le montrent les oppositions aux visions de Sir FITZMAURICE, elle ne s'est pas contentée de reprendre les règles d'interprétation fixées dans la Convention de Vienne de 1969. Le processus de systématisation s'est aussi appliqué à l'interprétation.

Au sortir d'un premier débat, la majorité de la Cour a confirmé l'abandon des thèses qui privilégient une interprétation historique de la Convention au détriment d'une interprétation évolutive, désormais « la Convention est un instrument vivant à

⁶⁷⁴ CourEDH, *Golder*. Opinion dissidente du juge FITZMAURICE § 23.

interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »⁶⁷⁵. Cela n'a pas empêché l'apparition d'opposition du même type sur l'application de ce principe. Le débat originel, entre respect de l'objet et du but et respect du consentement des États, a été transformé en une interrogation sur le mode d'évolution de la Convention. Le binôme interprétation historique/interprétation contemporaine a été reformulé en une opposition entre interprétation évolutive et interprétation privilégiant la prévisibilité. La Cour reconnaît, dans une formule désormais traditionnelle intégrant la contradiction⁶⁷⁶, que :

« Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. La Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre »⁶⁷⁷.

Deux principes sont reconnus. La prévisibilité juridique demande la systématisation, la cohérence synchronique et diachronique. L'interprétation évolutive invite à la création de solutions nouvelles, adaptées à un environnement qu'on estime changé.

L'interprétation sous l'angle de l'effet utile est un autre exemple souvent mis en avant. La Cour affirme que les droits garantis doivent être « non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs »⁶⁷⁸. Si cette phrase peut symboliser l'interprétation dynamique de la Convention avec une extension des droits garantis au profit des individus et donc corrélativement laissant une moindre marge de

⁶⁷⁵ CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, Série A 26, § 31.

⁶⁷⁶ La première version formulée par l'Assemblée plénière de l'ancienne cour fut, dans CourEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, (Plénière), 27 septembre 1990, Série A 184. « Comme le relève cette dernière, la Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures; l'article 51 par. 1 de son règlement le confirme d'ailleurs. Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles » § 35. Elle apparaît désormais régulièrement. Voir par exemple CourEDH, *Bayatyan c. Arménie*, GC, 7 juillet 2011, CEDH 2011, pour un exemple de revirement de jurisprudence. Voir également, Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les "nouveaux" revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 335.

⁶⁷⁷ CourEDH, *Chapman c. Royaume-Uni*, GC, 18 janvier 2001, Rec. 2001-I, § 70.

⁶⁷⁸ CourEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, Série A 32, § 26.

manœuvre aux États, elle peut tout autant être renversée. Ce fut, par exemple, un des arguments de la majorité pour ne pas permettre la levée de l'immunité juridictionnelle dans le cadre d'une procédure civile de compensation pour actes de torture⁶⁷⁹.

L'absence de solutions trouvées par la Cour dans la tension inhérente à la fonction de juger, sur le choix à effectuer entre des décisions possibles apparaît nettement dans la doctrine relative à l'interprétation de la Cour. Les travaux qui se veulent être descriptifs de l'interprétation de la Cour utilisent des couples de termes opposés : interprétation selon l'esprit ou la lettre⁶⁸⁰, interprétation idéaliste ou réaliste⁶⁸¹, interprétation évolutive ou interprétation consensuelle⁶⁸² etc. Chaque branche de l'alternative permet de développer une interprétation visant à diminuer la liberté des États dans leurs rapports avec les individus, ou au contraire à l'étendre. Cela reproduit les tensions classiques du droit international entre « apologie » (interprétations selon la lettre, réaliste et consensuelle) et « utopie » (interprétations selon l'esprit, idéaliste, évolutive), décrites auparavant. Les deux termes du binôme sont nécessaires à toute interprétation car ils doivent à la fois avoir un lien avec la volonté des États (approche subjective) mais également avec le sens produit par le texte (approche objective). Toute interprétation doit suivre la lettre **et** l'esprit, être réaliste **et** idéaliste, être consensuelle **et** évolutive. Pencher trop d'un côté et l'interprétation devient ouverte aux critiques d'abandon des valeurs de la Convention, pencher trop de l'autre et elle est opposée pour avoir créé des obligations non consenties⁶⁸³.

Il s'agit au fond de la même ligne qui opposait Sir FITZMAURICE à la majorité des juges de la Cour. Mais elle ne peut être opérationnelle qu'en ayant en tête une situation de départ, un référent externe. L'opposition entre une interprétation restrictive et une interprétation large ou une interprétation statique et une interprétation dynamique est vide de sens, envisagée dans l'absolu. Une interprétation n'est restrictive ou large que vis-à-vis de son opposée. Pourtant, ces questions sont pertinentes à partir du moment où elles sont contrastées sur une série

⁶⁷⁹ CourEDH, *Al Adsani*, *op. cit.* Et *infra*, Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2.

⁶⁸⁰ OST, « Les directives d'interprétation », *op. cit.*

⁶⁸¹ Franz MATSCHER, « Idéalisme et réalisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 881-904.

⁶⁸² RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », *op. cit.*, p. 41-62.

⁶⁸³ KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, *op. cit.*, p. 342.

d'affaires. L'auto-observation permet de donner du sens aux choix interprétatifs effectués. Il est donc possible, par exemple, d'étudier l'utilisation de l'interprétation évolutive comme certains auteurs l'ont fait. Certains concluent d'ailleurs à la faible portée du principe d'interprétation évolutive, François RIGAUX ne constatant que deux « véritables » cas jusqu'en 1998⁶⁸⁴.

Chaque application d'un principe ou d'une règle possède une exception ou une contre-règle applicable. La Cour a reconstruit des principes interprétatifs, sans que pour autant ces principes ne puissent la dégager des contraintes de la théorie libérale du droit. Certaines phrases ont été tellement citées qu'elles sont devenues des lieux communs de l'interprétation de la Convention par la Cour. Elles ne permettent pas pour autant d'aboutir à un processus de décision simplifié. Le droit international de l'interprétation pose un ensemble de principes qui sont des principes habituels du langage juridique. Ces principes ne se limitent pas à être une simple réutilisation des directives de droit interne. La structure du droit international impose que les directives d'interprétation reprennent les problématiques du droit international. Or, si au niveau des principes du droit international général, il existe un certain consensus, « il n'existe pas d'accord en relation avec des règles et des situations spécifiques »⁶⁸⁵.

La Cour a transformé les principes interprétatifs applicables sans pour autant les rendre plus efficaces pour résoudre les tensions centrales entre la nécessité de fonder l'obligation sur le consentement des États à travers le texte adopté et la réalisation des objectifs du traité, tels qu'interprétés par la Cour. Ces principes interprétatifs ont tout de même un grand intérêt ; ils permettent relire de la jurisprudence, de la décrire et ainsi de la stabiliser. Toutefois, ils permettent également la création, sous ces labels, de nouvelles positions dominantes qui, au fur et à mesure, ont créé un corpus unique et largement séparé de celles du droit international général.

La Cour ne s'est cependant pas contentée de ces principes, elle a aussi tenté d'expliquer sa jurisprudence en faisant appel à des valeurs matérielles lui permettant d'exclure des valeurs étrangères à la CEDH.

⁶⁸⁴ RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », *op. cit.*, p. 61.

⁶⁸⁵ Hersch LAUTERPACHT, *International law, Collected Papers*, vol. I, Cambridge University Press, 1970, p. 26.

Chapitre 2 : L'ordre public, fondement d'une exception « européenne » des droits de l'homme

Dès son premier arrêt, la Cour a affirmé l'utilité du recours au droit international et à la pratique d'autres organes internationaux pour régler des questions d'interprétation de la Convention. Toutefois, contrairement à la Commission, elle a rejeté la pertinence de certains précédents de la Cour internationale du fait de la spécificité de sa procédure.

« Considérant qu'il n'y a pas lieu pour la Cour d'entrer dans un examen approfondi des précédents invoqués par la Commission au sujet du rôle de l'individu devant d'autres juridictions internationales ; que, sans méconnaître la valeur des précédents invoqués, la Cour doit tenir compte du fait qu'aucun des exemples cités ne concernait le cas de griefs formulés par un individu contre l'État dont il est le ressortissant ». ⁶⁸⁶

L'intégration de principe du droit international ne l'est donc que sous réserve de compatibilité avec les spécificités de la Convention et de ses objectifs. Cela a été clairement formulé depuis.

« La Cour doit déterminer la responsabilité des États conformément aux principes du droit international régissant la matière, tout en tenant compte du caractère particulier de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme » ⁶⁸⁷.

Cette stratégie reconnaît la spécificité de la CEDH et évite la confrontation directe car la spécialisation est admise en droit international. Ainsi, la Cour a envisagé la Convention comme un espace juridique particulier. À l'instar de la Commission, elle « doit tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains » ⁶⁸⁸.

Cependant, l'affirmation d'un ordre public va plus loin qu'une seule dérogation. Comme le constate Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, « l'affirmation d'un ordre

⁶⁸⁶ CourEDH, *Lawless c. Irlande*, (Exceptions préliminaires), 12 novembre 1960, Série A 1, p. 12.

⁶⁸⁷ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I, § 111.

⁶⁸⁸ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (Exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 93.

public justifie toujours des mesures autoritaires »⁶⁸⁹, des mesures visant à rejeter un ordre ou des valeurs distinctes. Affirmer l'ordre public européen revient d'abord à exclure l'application du droit international, et surtout à insister sur la différence plutôt que sur la convergence. Toutefois, dans la jurisprudence de la Cour, l'ordre public européen ne joue qu'un rôle d'appoint ; il constitue un argument exceptionnel d'exclusion du droit international. Ce concept permet davantage de statuer en équité, car les principes constitutifs de l'ordre public sont malléables (Section 1) et supportent le développement d'une politique juridique européenne (Section 2).

Section 1. Un ordre public européen caractérisé par sa malléabilité

Pour préciser le contenu de l'ordre public la Cour propose deux types de définition. La première est une définition négative ; elle vise l'opposition aux régimes totalitaires (§ 1). La seconde est la définition positive (§ 2), c'est celle de la société démocratique respectant la prééminence du droit et les droits de l'homme. Le problème est que ces deux approches manquent de substance pour rendre l'ordre public européen opérationnel.

§ 1. L'insuffisance du principe de lutte contre les régimes autoritaires

La définition négative possède l'éminent avantage d'être concrète ; on sait ce à quoi on veut s'opposer, ces régimes ayant existé. Un nombre important de déclarations ont été faites dans ce sens lors des travaux préparatoires. Pierre-Henri TEITGEN, de par son expérience des camps de concentration et son passé de résistant⁶⁹⁰, est un de ceux qui ont exprimé le plus clairement cette dimension. Ce système européen est chargé d'être « la conscience [...] qui sonne l'alerte pour les opinions nationales menacées de cette gangrène progressive, leur montre le péril et leur signale qu'ils s'engagent sur une route qui va très loin, parfois jusqu'à Buchenwald ou Dachau »⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Marie-Nöelle JOBARD-BACHELLIER, « Droit International », Fascicule 534-1, *Ed. Juris-Classeur*, p. 3.

⁶⁹⁰ Voir son autobiographie, Pierre-Henri TEITGEN, *Faites entrer le témoin suivant. 1940-1958 : de la Résistance à la Ve République*, Ouest-France, 1988.

⁶⁹¹ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. I, p. 293

L'objectif est avant tout d'éviter la répétition de l'instauration de régimes autoritaires. Il répond moins au « désir d'instituer une juridiction européenne qui redresserait des torts isolés, des illégalités isolées commises dans nos pays que d'empêcher, dès le début, l'instauration, dans l'un ou l'autre de ces pays, d'un régime à la manière fasciste ou nazie »⁶⁹².

Pour Lynn UNGOED-THOMAS, parlementaire travailliste britannique, il s'agit donc « d'assurer aux États membres du Conseil de l'Europe un régime démocratique, et qui demeure démocratique »⁶⁹³. En somme, pour Gunnar HEDLUND, représentant suédois, « c'est contre la dictature que nous voulons défendre nos peuples, grâce à une garantie des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁶⁹⁴.

Plusieurs provisions allant dans ce sens ont été insérées dans la Convention. D'abord, les droits garantis par la CEDH ne devraient pas pouvoir être utilisés afin de promouvoir un régime totalitaire. Si certains représentants des États, comme Sir MAXWELL-FYFE, y étaient opposés, la proposition sera retenue avec l'idée que « nous ne voulons pas en faisant preuve de trop de sentimentalité, donner à des personnes mal intentionnées la possibilité de créer un gouvernement totalitaire qui anéantira complètement les droits de l'homme »⁶⁹⁵.

L'article 17 CEDH, inspiré de l'article 30 de la DUDH, prévoit l'interdiction de l'abus de droit.

« Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »

Les premières décisions de la Commission sont venues confirmer cette vision. « L'article 17 de la Convention possède [...], en un sens, une portée assez limitée : il ne s'applique qu'à ceux qui menacent le régime démocratique des Parties

⁶⁹² *Travaux préparatoires CEDH*, vol. V, p. 285.

⁶⁹³ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. I p. 61.

⁶⁹⁴ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. V, p. 333.

⁶⁹⁵ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. I, p. 109-111.

contractantes »⁶⁹⁶. Il restreint uniquement l'utilisation des droits garantis par les articles 9, 10 et 11. De même pour la Cour, un « propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention »⁶⁹⁷ est soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10. Dans le cadre de la lutte contre le totalitarisme, l'article 17 s'applique à des propos négationnistes⁶⁹⁸ et antisémites⁶⁹⁹.

La question du contenu de ce principe de lutte contre les régimes autoritaires s'est à nouveau posée. L'article 17 s'applique aussi à des discriminations fondées sur d'autres religions que le judaïsme. L'islamophobie est combattue à ce titre⁷⁰⁰. Néanmoins, les expressions politiques religieuses peuvent également être rejetées sur la même base. Dans l'affaire *Refah Partisi*⁷⁰¹, la Cour constitutionnelle turque avait décidé de dissoudre le parti politique en passe de remporter les élections législatives. Le Parti de la prospérité (*Refah Partisi*) souhaitait instaurer un régime islamique. Or, pour la Cour, le danger totalitaire peut aussi provenir de la volonté « des mouvements politiques basés sur un fondamentalisme religieux [...] d'établir le modèle de société qu'ils envisageaient »⁷⁰² et en particulier le régime juridique de la charia⁷⁰³.

Ce régime théocratique est en contradiction avec les valeurs fondamentales de l'ordre public européen. D'abord, il produirait un système discriminant entre musulmans et non-musulmans⁷⁰⁴. Ensuite, il créerait un statut politique inférieur pour la femme⁷⁰⁵. C'est la première fois que la Cour était confrontée à une question de la compatibilité de principes politiques, validés par une élection, qui ne soient pas directement rattachables aux totalitarismes du 20^{ème} siècle, ce qui l'a rendue vulnérable. La faiblesse de l'argument se trouvait surtout de son point de vue prospectif. Aucune mesure concrète n'avait été prise au moment de l'élection et il était difficile de déterminer quelle partie du programme politique aurait été mise en

⁶⁹⁶ ComEDH, *De Becker c. Belgique*, (déc.), 9 juin 1958, Ann. CEDH I, 1958, p. 137.

⁶⁹⁷ CourEDH, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, Rec. 1998-VII, § 53.

⁶⁹⁸ CourEDH, *Garaudy c. France*, (déc.), 24 juin 2003, Rec. 2003-IX.

⁶⁹⁹ CourEDH, *Pavel Ivanov c. Russie*, (déc.), 20 février 2007.

⁷⁰⁰ CourEDH, *Norwood c. Royaume-Uni*, 16 novembre 2004, Rec. 2004-XI.

⁷⁰¹ CourEDH, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, GC, 13 février 2003, Rec. 2003-II.

⁷⁰² *Ibid.* § 124.

⁷⁰³ « [L]a Cour considère que la Cour constitutionnelle avait raison lorsqu'elle estimait que le programme du Refah visant à établir la charia était incompatible avec la démocratie », *Ibid.*, § 125.

⁷⁰⁴ *Ibid.* § 119.

⁷⁰⁵ *Ibid.* § 123.

œuvre⁷⁰⁶. Par exemple, sur cette base, tous les partis communistes occidentaux auraient dû être dissous si leur objectif était véritablement la dictature du prolétariat.⁷⁰⁷

La lutte contre le totalitarisme doit être distinguée des autres objectifs de la société démocratique. Ce n'est pas un objectif négociable que l'on peut soumettre à l'appréciation politique. Elle est censée posséder une consistance historique lui permettant de s'imposer dès que nécessaire. Mais ce n'est pas le cas. Elle s'adapte difficilement à des pratiques qui s'éloignent des précédents historiques. Il n'existe pas de consensus sur les nouvelles formes de totalitarisme ni d'ailleurs sur le meilleur moyen de les combattre. Comme l'affirme Krzysztof POMIAN, « toutes les définitions du totalitarisme qu'on trouve dans la littérature sont vagues et [...] leurs interprétations divergent, si tant est qu'elles ne s'excluent »⁷⁰⁸.

Ainsi, il n'y a pas de rupture nette entre des atteintes aux droits qui relèvent d'un totalitarisme et celles qui constituent une dérive d'un système démocratique. Par exemple, la dissolution d'un parti politique pour préserver la démocratie n'est pas matériellement distincte de son exclusion dans le but de faciliter la conquête ou le maintien du pouvoir. La ligne de démarcation est forcément flottante et soumise à interprétation. La lutte contre le totalitarisme est efficace pour définir des menaces qui reprendraient des formes historiquement connues tel que le déploiement d'idées nazies. Toutefois les vocabulaires et le monde ont changé ; les risques d'une reproduction existent mais sont faibles. Dès lors, la lutte contre le totalitarisme ne peut constituer le seul objectif permettant d'évaluer la pertinence des autres objectifs poursuivis par le droit international. Il est nécessaire de dépasser la définition négative des valeurs européennes.

⁷⁰⁶ Pour une présentation critique de l'analyse de la comptabilité de l'Islam politique avec la société démocratique européenne, sur la base de « présupposés douteux », voir Christian MOE, « *Refah revisited: Strasbourg's Construction of Islam* », in *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, W.C. Durham et al (ed.), Ashgate, 2012, p. 235.

⁷⁰⁷ L'histoire a prouvé que la pratique des partis communistes occidentaux s'est largement distancée des objectifs statutaires. Pour un tableau général voir le numéro spécial : « Le communisme en Europe occidentale: déclin ou mutation ? », *Communisme*, 11-12, 1986.

⁷⁰⁸ Krzysztof POMIAN, « Totalitarisme », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n°47, juillet-septembre 1995, p. 6.

§ 2. L'insuffisance de la définition matérielle

La Cour ne pouvait se contenter de définir l'ordre public par la négative. Pour donner une dimension positive, elle a fait appel aux fondements idéologiques de la Convention exprimés dans son préambule faisant appel à la société démocratique respectant l'état de droit et les droits de l'homme :

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

Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle ».

Le préambule rappelle que ces valeurs font partie du patrimoine européen. La DUDH ainsi que la Charte des Nations Unies sont imprégnées de cette philosophie. La défense des droits de l'homme est reprise par l'unanimité des membres des Nations unies, et proclamée à des intervalles réguliers⁷⁰⁹.

Pourtant pour la Cour malgré sa dimension universelle, le triptyque droits de l'homme, prééminence du droit et démocratie pose des valeurs fondant un ordre public européen. Il faut donc étudier le contenu de la société démocratique (A) et de la prééminence du droit (B) pour savoir comment ils guident l'interprétation globale de la Convention dans ses rapports avec le droit international. Néanmoins, ces deux notions finissent par disparaître au sein d'un concept flou, celui de la prééminence du droit dans une société démocratique (C).

⁷⁰⁹ Dans le cadre des Nations Unies, deux conférences majeures ont eu lieu depuis 1945 et ont donné lieu à un rappel de l'universalité des droits de l'homme. Tout d'abord la Proclamation de Téhéran, lors de la Conférence internationale des droits de l'Homme tenue à Téhéran, le 13 mai 1968, A/7433. Le 19 décembre 1968, l'Assemblée générale a adopté par 115 voix contre zéro, et une abstention, la résolution 2442 (XXIII) reconnaissant cette déclaration. Puis la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, adoptés le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, A/CONF.157/23.

A. Préserver la société démocratique européenne

Comme l'a affirmé Norberto BOBBIO, « aujourd'hui, le concept même de démocratie est indissociable des droits de l'homme. Éliminez la conception individualiste de la société, et vous ne parviendrez plus à justifier la démocratie comme forme de gouvernement »⁷¹⁰.

La notion de société démocratique⁷¹¹ se trouve au cœur de la Convention, elle est, pour la Cour, un « élément fondamental de l'ordre public européen »⁷¹². Les termes apparaissent à plusieurs reprises dans la Convention : d'une part dans le préambule qui affirme que le respect des libertés fondamentales « repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique » et d'autre part dans le contrôle des restrictions aux droits, dans le sens où chacune doit être « nécessaire dans une société démocratique »⁷¹³. Enfin, le premier protocole additionnel a reconnu le droit à des élections libres, droit indissociable de la société démocratique, même si la formule elle-même, n'apparaît pas dans cet article.

La société démocratique possède deux dimensions : formelle (1) et matérielle (2). Mais même avec ces précisions, il est difficile de lui faire jouer un rôle distinctif.

1. La dimension formelle : une société ouverte, pluraliste

Dans sa dimension formelle, la société démocratique est une société ouverte, tolérante qui rend possible l'expression de points de vue opposés. La Cour l'a affirmé dans un passage désormais célèbre de l'arrêt *Handyside* :

« Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique". La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun.

⁷¹⁰ Norberto BOBBIO, *L'État et la démocratie internationale. De l'histoire des idées à la science politique*, Nicola GIOVANNINI, Paul MAGNETTE, Jean VOGEL (trad.), Éditions Complexe, 1998, p. 134.

⁷¹¹ Voir entre autres : Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'État et la société démocratique dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 57 ; Véronique FABRE-ALIBERT, « La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1998, p. 465 ; Susan MARKS, « The European Convention on Human Rights and its "democratic society" », *BYBIL*, 1995, p. 209-238 ; Steven WHEATLEY, « Democracy in international law : a European perspective », *ICLQ*, 2002, p. 225-248.

⁷¹² CourEDH, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, GC, 30 janvier 1998, Rec. 1998-I, § 45.

⁷¹³ Paragraphe 2 des Article 8 à 11 et paragraphe 3 de l'article 2 Protocole n°4.

Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". »⁷¹⁴

Ainsi, « l'une des principales caractéristiques de la démocratie réside dans la possibilité qu'elle offre de résoudre par le dialogue et sans recours à la violence les problèmes que rencontre un pays, et cela même quand ils dérangent. »⁷¹⁵ Et cette ouverture, ce « pluralisme chèrement conquis au cours des siècles »⁷¹⁶ est « consubstantiel à pareille société »⁷¹⁷. À partir du moment où des idées qui choquent peuvent être exprimées, il est nécessaire qu'elles puissent être pensées. Ainsi, « la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une "société démocratique" »⁷¹⁸. De même, si le libéralisme individuel postule que chacun doit pouvoir choisir ses propres idéaux, cela doit être partagé. Il doit être possible de se réunir à cet effet, et de créer des organisations pour les défendre. Ce pluralisme démocratique s'étend par conséquent aux partis politiques et à la liberté d'association garantie par l'article 11 CEDH. La Cour affirme que les partis politiques ont un « rôle essentiel pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie »⁷¹⁹.

Ce pluralisme ne se situe pas simplement au sein de chaque État européen mais également au niveau de l'ensemble du Conseil de l'Europe. La Cour a dégagé du caractère subsidiaire de la Convention la théorie de la marge nationale d'appréciation⁷²⁰. Celle-ci est fondée sur l'idée que les diverses autorités étatiques qu'elles soient législatives, exécutives ou judiciaires possèdent une meilleure compréhension des enjeux locaux et peuvent prendre des décisions qui correspondent mieux aux attentes de la population.

⁷¹⁴ CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, Série A 21, § 49.

⁷¹⁵ CourEDH, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, GC, 30 janvier 1998, Rec. 1998-I, § 57.

⁷¹⁶ CourEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, Série A 260-A, § 31.

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ CourEDH, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, GC, 30 janvier 1998, Rec. 1998-I, § 45.

⁷²⁰ Voir entre autres : Yutaka ARAI-TAKASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002, 300 p. Voir également les références *supra* n. 181.

La notion de pluralisme ne confère pas des droits absolus mais relatifs. La société libérale européenne ne tolère pas l'intolérance. Les idées défendant le nazisme, le négationnisme ou le racisme sont, par exemple, exclues du champ d'expression public de manière légitime selon la Cour.⁷²¹

Ainsi, le pluralisme, n'étant pas absolu, n'est qu'un principe directeur qui se doit d'être complété par d'autres normes pour pouvoir être capable de donner de la substance à l'idée d'un ordre public européen.

2. Les droits fondamentaux de la démocratie

Comme l'affirme Pierre-Henri TEITGEN, « concordance de l'action gouvernementale et de la législation avec l'expression de la volonté populaire » vont de soi, il ne s'agit « pas là d'une philosophie politique sujette à contestation, mais d'une exigence fondamentale de la démocratie »⁷²². La Cour l'affirme clairement :

« L'article 3 du Protocole n°1 consacre un principe caractéristique d'un régime politique véritablement démocratique et revêt donc une importance capitale dans le système de la Convention »⁷²³

Dès lors, « les droits garantis par l'article 3 du Protocole n°1 sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit »⁷²⁴.

Du point de vue des principes, le droit à des élections libres est « crucial », « capital ». Du point de vue de son application, il en va autrement. Ainsi la Cour accepte « une large marge d'appréciation » pour la détermination des « limitations implicites » des droits garantis⁷²⁵.

La Cour a d'ailleurs noté qu'il « existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée

⁷²¹ Voir par exemple, Mario OETHEIMER, « La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine », *RTDH*, 2007, p. 63 ; Caroline PICHERAL, « Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 517 ; Patrick WACHSMANN, « Liberté d'expression et négationnisme », *RTDH*, 2001, p. 585.

⁷²² *Travaux préparatoire CEDH*, vol. II, p. 203, Rapport Teitgen.

⁷²³ CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, Série A 113, § 47.

⁷²⁴ CourEDH, *Ždanoka c. Lettonie*, GC, 16 mars 2006, § 103.

⁷²⁵ *Ibid.*

politique, qu'il incombe à chaque État contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie »⁷²⁶.

En somme, la Cour ne s'inquiète pas trop des phénomènes de « voix perdues »⁷²⁷ ou de la non représentation de parties importantes de l'électorat. La Cour a souligné

« la nécessité d'apprécier toute législation électorale à la lumière de l'évolution politique du pays concerné, ce qui implique que des caractéristiques inacceptables dans le cadre d'un système peuvent se justifier dans le contexte d'un autre »⁷²⁸.

Enfin plus récemment, elle a reconnu que « les normes à appliquer pour établir la conformité à l'article 3 du Protocole n°1 doivent donc être considérées comme moins strictes que celles qui sont appliquées sur le terrain des articles 8 à 11 de la Convention. »⁷²⁹

Concrètement, la Cour n'a jamais trouvé de violation de l'article 3 du Protocole n°1 concernant les mécanismes de fonctionnement généraux d'un système électoral. Elle n'a décidé de violations de cet article qu'à raison de l'exclusion arbitraire du droit de vote ou du droit de se présenter à des élections. Ainsi, la France ne semble devoir risquer aucune sanction face à l'exclusion de voix, pourtant massive, qui frappe son système de représentation. Par exemple, les deux extrêmes ont pesé plus de 30% des suffrages exprimés lors de la présidentielle de 2002. M. Le Pen avait d'ailleurs franchi le premier tour, sans que sa formation, ni d'ailleurs celles d'extrême-gauche, ne soient représentées dans l'Assemblée nationale issue de l'élection législative subséquente. L'interprétation large de cet article a été confirmée par la Grande chambre de la Cour dans l'affaire *Yumak et Sadak c. Turquie*⁷³⁰ où le seuil électoral de 10% des voix exprimées pour qu'un parti politique puisse être représenté dans l'assemblée parlementaire turque avait conduit, lors de l'élection du 3 novembre 2002, à l'exclusion de 45,3% des suffrages. Certes, ce seuil « apparaît excessif »⁷³¹ pour la Cour, mais il n'a pas eu « pour effet d'entraver dans leur substance les droits des requérants garantis par l'article 3 du Protocole no

⁷²⁶ CourEDH, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), GC, Rec. 2005-IX, § 61.

⁷²⁷ CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, Série A 113, § 54.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ CourEDH, *Ždanoka c. Lettonie*, GC, 16 mars 2006, § 103.

⁷³⁰ CourEDH, *Yumak et Sadak c. Turquie*, 8 juillet 2009, Rec. 2008.

⁷³¹ *Ibid.* § 147.

1 »⁷³². Cette interprétation privilégie une conception très oligarchique et assez formelle de la démocratie. Certains auteurs sont très critiques face à ce faible niveau de protection⁷³³.

Enfin, lorsqu'elle fait appel à la société démocratique, la Cour ne vise pas uniquement les droits de participation démocratique et de défense de la société pluraliste. D'autres droits sont mentionnés. Les articles 2 et 3 qui garantissent le droit à la vie et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants consacrent, selon elle, « des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe »⁷³⁴. Même à propos de l'article 6 garantissant le droit à un procès équitable, que l'on pourrait croire davantage lié à la prééminence du droit⁷³⁵, il est affirmé que :

« dans toute “société démocratique au sens du préambule et des autres dispositions de la Convention”, la procédure devant un organe judiciaire devait avoir un caractère contradictoire et public et que ce principe fondamental se trouvait consacré par l'article 6 de la Convention »⁷³⁶.

Dans la jurisprudence de la Cour, la société démocratique fonde l'ensemble de la Convention car « non seulement la démocratie politique représente un élément fondamental de l'ordre public européen, mais la Convention est destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique »⁷³⁷.

Par rapport à la dimension formelle de la démocratie, la dimension matérielle est sujette à bien plus de limitations acceptables et la force du principe semble bien moindre. Il serait logique que cette dimension ne joue qu'un rôle d'appoint dans l'intégration des principes du droit international général dans le cadre de la CEDH.

Il n'existe pas d'instance où le droit international a été invoqué pour s'opposer ou interférer avec le pluralisme interne aux États⁷³⁸. De manière plus générale, ni le

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ MARKS, « The European Convention on Human Rights and its “democratic society” », *op. cit.*

⁷³⁴ Voir par exemple : CourEDH, *Mc Cann et autres c. Royaume-Uni*, GC, 27 septembre 1995, Série A 324, § 147 pour l'article 2, et CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, Plénière, 7 juillet 1989, Série A 161, § 88 pour l'article 3.

⁷³⁵ Voir infra.

⁷³⁶ CourEDH, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, GC, 30 janvier 1998, Rec. 1998-I, § 45.

⁷³⁷ CourEDH, *Gorzelik c. Pologne*, GC, 17 février 2004, Rec. 2004-I, § 89.

⁷³⁸ L'affaire *Colombani* aurait éventuellement pu permettre un tel débat. Dans cette affaire, le quotidien *Le Monde* fut condamné pour avoir publié un article offensant un chef d'État, le roi du Maroc. Mais ni la France ni la Cour n'ont posé comme objectif de ce délit de protéger les relations internationales. De

pluralisme ni les droits fondamentaux de la démocratie ne semblent capables de justifier un ordre européen, spécifique. La problématique est la même en ce qui concerne la prééminence du droit.

B. Garantir la prééminence du droit

Le contenu de la prééminence du droit est façonné par ses fondements libéraux (1) et par une double dimension formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour (2).

1. Les fondements libéraux de la prééminence du droit

Le Comité d'experts gouvernementaux n'avait proposé aucun préambule dans son avant-projet de février 1950⁷³⁹. C'est à l'initiative de M. MITCHISON, représentant du Royaume-Uni à la Commission des questions juridiques de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, que l'on doit sa présence⁷⁴⁰ et l'essentiel de son contenu, dont la référence à la prééminence du droit. Ce terme est une traduction de *rule of law*. Il n'était toutefois pas inconnu des États membres du Conseil de l'Europe puisque l'article 3 du Statut affirmait déjà que « tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit ».

L'arrêt *Golder*⁷⁴¹ a marqué la première apparition de la prééminence du droit en vertu de sa mention dans le préambule et dans l'article 3 du Statut. La Cour a fait jouer un rôle important à ce principe afin d'étendre l'interprétation des droits conventionnels⁷⁴².

D'un point de vue étymologique, elle utilise de manière indifférente les termes d'État de droit⁷⁴³ et de prééminence du droit même si elle a davantage recours à ce dernier⁷⁴⁴. En français, la traduction de *rule of law* par prééminence du droit se fait

plus, il n'existe pas de règle imposant une telle protection en droit international. Il s'agit davantage d'une règle procédant d'un principe de courtoisie entre États. CourEDH, *Colombani et autres c. France*, 25 juin 2002, Rec. 2002-VI.

⁷³⁹ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III, p. 237.

⁷⁴⁰ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. VI, p. 25.

⁷⁴¹ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18.

⁷⁴² Voir Jacques-Yvan MORIN, « La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen », in *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewsky*, Kluwer, 1997, p. 643 ; WACHSMANN, « La prééminence du droit », *op. cit.*, p. 247 et s.

⁷⁴³ Voir par exemple : CourEDH, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, Série A 313, § 34.

⁷⁴⁴ Pour une étude comparative des différentes conceptions de l'État de droit voir en particulier, Éric CARPANO, *État de droit et droits européens*, L'Harmattan, 2005 ; Luc HEUSCHLING, *État de droit*,

presque exclusivement dans le cadre de la CEDH : il est plus souvent fait référence à l'état de droit (ou État de droit), traduction littérale des termes allemands de *Rechtsstaat*, duquel la doctrine française s'est clairement inspirée⁷⁴⁵.

Les idées de *rule of law* et d'état de droit possèdent deux histoires convergentes mais non identiques. Selon DICEY, inventeur de la formule, le *rule of law* comporte plusieurs dimensions : pas de peine sans qu'elle soit constatée par un tribunal sur la base d'une loi, tout le monde doit être soumis aux tribunaux ordinaires, enfin le *common law* établit les principes constitutionnels⁷⁴⁶. Le fondement de ces affirmations repose sur une vision libérale de la société, qui, ici aussi, s'oppose à l'arbitraire et incidemment au socialisme, et surtout elle « contient un véritable idéal normatif »⁷⁴⁷. Pour autant, la doctrine anglo-saxonne est divisée quant à la portée du *rule of law* et l'existence d'une dimension matérielle⁷⁴⁸.

Quant au *Rechtsstaat*, il serait né en Allemagne à la fin du 18^{ème} siècle⁷⁴⁹ et est lié à la pensée de KANT. Le *Rechtsstaat*

« insiste sur l'égalité universelle et "innée" des sujets, qui ne sauraient se contraindre mutuellement que par l'autorité de la loi ; est donc exclu tout pouvoir arbitraire et le peuple souverain peut déposer le prince ou réformer son administration »⁷⁵⁰.

Ce principe a été consacré en droit positif dans la constitution allemande de 1949. Il a donné lieu à de multiples utilisations par la Cour constitutionnelle, garante non seulement de l'équilibre des pouvoirs mais également du respect des droits fondamentaux inscrits dans la constitution. Elle n'a pas défini le concept mais elle s'en est servie dans deux dimensions matérielle et formelle. Selon Michel FROMONT, dans sa dimension formelle, il s'agit de la séparation des pouvoirs, de la soumission de l'administration à la loi et de la primauté du droit et dans la dimension matérielle du libéralisme, de l'État social et des principes non écrits de sécurité juridique et

Rechtsstaat, Rule of Law, Dalloz, 2002. Ces deux thèses publiées à quelques années d'intervalle démontrent l'intérêt toujours exercé par ces notions.

⁷⁴⁵ Voir HEUSCHLING, *État de droit*, *op. cit.*, p. 376 ; Michel TROPER, « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, p. 51 ; Luc HEUSCHLING démontre d'ailleurs que c'est DUGUIT qui adapte la notion en France en 1907 et non pas CARRÉ DE MALBERG en 1920...

⁷⁴⁶ Albert V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8ème éd., 1915, chap. IV.

⁷⁴⁷ HEUSCHLING, *État de droit*, *op. cit.*, p. 246.

⁷⁴⁸ CARPANO, *État de droit*, *op. cit.*, p. 280 et s. ; HEUSCHLING, *État de droit*, *op. cit.*, p. 282 et s.

⁷⁴⁹ HEUSCHLING, *État de droit*, *op. cit.*, 2002, p. 35

⁷⁵⁰ MORIN, « La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen », *op. cit.* p. 655.

proportionnalité⁷⁵¹. D'autres auteurs y rattachent un nombre important de règles et de principes, plus d'une centaine pour certains⁷⁵², conduisant à la critique du caractère opérationnel de ce concept.

De cette histoire plurielle, « ces notions de prééminence du droit et d'État de droit, toutes deux rendues en anglais par l'expression *rule of law*, s'exposent à être frappées d'ambiguïté lorsque, détachées des contextes nationaux qui les ont vu naître, elles passent dans l'ordre international »⁷⁵³.

Il apparaît aujourd'hui que la Cour en utilisant la notion de prééminence du droit opère une synthèse générale des différentes théories pour lui attribuer une dimension formelle et matérielle, le tout fondé sur une vision libérale de l'État.

2. Une double dimension matérielle et formelle

Les deux traditions allemandes et britanniques ont certainement en commun l'idée de la lutte contre l'arbitraire. Le juge, à travers l'application de la loi, est celui qui est le mieux placé pour faire respecter les garanties de la prééminence du droit. Mais la Cour n'a jamais souhaité donner de définition « et semble considérer la notion comme allant de soi. »⁷⁵⁴

Elle a intégralement repris les dimensions matérielle et formelle. Formulée de manière latente dans ses premiers arrêts, à travers l'affirmation que « le but de la Convention [...] est de protéger la liberté et la sûreté de la personne contre des arrestations et détentions arbitraires »⁷⁵⁵, la lutte contre l'arbitraire se décline de plusieurs manières pour la Cour. D'une part, elle se fait par la lutte contre « l'impunité »⁷⁵⁶, donc par une règle de droit qui doit s'appliquer aux autorités publiques. Elle crée un lien avec le principe de la légalité des peines : « la garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention »⁷⁵⁷.

D'autre part, l'intervention étatique doit respecter la dimension formelle de la prééminence du droit. Les restrictions aux droits de l'homme doivent être prévues

⁷⁵¹ Michel FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : l'État de droit », *RDP*, 1984, p. 1203.

⁷⁵² HEUSCHLING, *op. cit.*, p. 154 et s.

⁷⁵³ MORIN, « La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen », *op. cit.* p. 643.

⁷⁵⁴ WACHSMANN, « La prééminence du droit », *op. cit.* p. 244.

⁷⁵⁵ CourEDH, *Lawless c. Irlande*, Fond, 1^{er} juillet 1961, Série A 3, § 14.

⁷⁵⁶ CourEDH, *Kılıç c. Turquie*, 28 mars 2000, Rec. 2000-III, § 75.

⁷⁵⁷ CourEDH, *S. W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 34.

par une « loi » qui possède certaines qualités. Par exemple, cette notion « implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté [...] soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire »⁷⁵⁸. Toutes les références à la loi, explicites ou lues implicitement par la Cour, intègrent alors ces dimensions. On assiste donc à une première extension du domaine de la notion de prééminence du droit.

La dernière facette de cette notion est le rôle central joué par le juge. Ce dernier apparaît dans le contrôle de la légalité des détentions de l'article 5, du droit à un tribunal de l'article 6, du droit à un recours efficace de l'article 13 mais est présent partout. Le juge se doit d'opérer le contrôle de légalité, le contrôle de proportionnalité des ingérences, et enfin de s'assurer que les décisions juridictionnelles soient exécutées. Corrélativement, la Cour a créé des garanties supplémentaires visant la qualité du droit par l'extension des garanties juridictionnelles que ce soit en terme d'accès au tribunal, l'article 6 étant qualifié de source de la prééminence du droit, ou en terme du droit au recours garanti par l'article 13⁷⁵⁹. Elle a d'ailleurs fait jouer aux garanties de l'article 13 une dimension procédurale croissante.

En outre, la Cour a intégré une dimension procédurale dans quasiment tous les droits⁷⁶⁰. La prééminence du droit est une « notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention »⁷⁶¹. Il paraît inévitable de constater avec Patrick WACHSMANN que « la prééminence du droit, si importante soit-elle aux yeux de la Cour, reste un instrument au service de la protection des droits de l'homme »⁷⁶², elle ne saurait y faire obstacle. Elle doit donc être lue comme intégrant l'exigence de protection des droits de l'homme.

L'utilisation de la prééminence du droit aurait pu permettre d'appliquer l'ordre public européen dans l'évaluation de la mise en œuvre de la résolution 1390 (2002) du Conseil de sécurité. Celle-ci a créé une liste de terroristes des personnes soupçonnées d'être liées à Al-Qaeda ou autres organisations affiliée. Or, il y avait de

⁷⁵⁸ CourEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, Rec. 1996-III, § 50.

⁷⁵⁹ WACHSMANN, « La prééminence du droit », *op. cit.*, p. 263 et s.

⁷⁶⁰ Pour les articles 2 et 3 voir les affaires turques de torture et de disparitions forcées, concernant l'article 8 les affaires relatives aux gardes d'enfant. Voir, l'état des lieux fourni par, Jean-François AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 2006, Précis sur les droits de l'homme n° 7, Conseil de l'Europe.

⁷⁶¹ CourEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, Rec. 1996-III, § 50.

⁷⁶² Patrick WACHSMANN, « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1691.

graves lacunes dans le contrôle de ces accusations⁷⁶³, car la radiation de la liste ne pouvait se faire que sur recours gracieux. L'affaire *Nada c. Suisse*⁷⁶⁴ aurait pu être l'occasion d'une telle vérification. Mais la Cour a uniquement trouvé une violation de la Convention dans la mise en œuvre de la résolution et n'a donc pas eu à évaluer la qualité du système onusien. Seulement trois juges⁷⁶⁵ ont estimé qu'il y avait directement un conflit entre la CEDH et le mécanisme de lutte contre le terrorisme supervisé par le Conseil de sécurité.

La Cour a été extrêmement prudente dans son utilisation de la prééminence du droit comme support de l'ordre public européen.

Au final, comme l'affirme Francis HAMON, ce concept est très difficile à cerner :

« La notion d'État de droit a des résonances morales et affectives extrêmement positives car elle évoque vaguement l'idée d'un ordre juridique protecteur des libertés individuelles. Elle apparaît donc comme l'antithèse de la dictature et du totalitarisme. [...] Pour comprendre à quoi s'oppose l'État de droit, il suffit donc d'analyser les mauvais souvenirs que cette expression cherche à conjurer. C'est-à-dire le pouvoir arbitraire des dirigeants et l'absence de garantie des libertés les plus élémentaires. Mais il est plus difficile de dire en quoi exactement il consiste. »⁷⁶⁶

De la même manière que pour la notion de société démocratique, la définition même de la prééminence du droit et son utilisation possible dans l'interprétation des droits garantis par la Convention reste difficile à établir. Son rôle est vécu davantage du côté de l'évidence, donc de son caractère raisonnable pour la communauté visée – ici les sociétés européennes –, que du côté de la démonstration de l'universalité du propos.

⁷⁶³ Voir, Clemens A. FEINÄUGLE « The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals? », *German Law Journal*, 2008, 9(11), p. 1513-1539 ; Irène COZIGOU, « La lutte du Conseil de sécurité contre le terrorisme international et les droits de l'homme », *RGDIP*, 2008/1, p. 49-84.

⁷⁶⁴ CourEDH, *Nada c. Suisse*, GC, 12 septembre 2012.

⁷⁶⁵ Voir l'opinion concordante commune aux juges BRATZA, NICOLAOU et YUDKIVSKA, *ibid.*

⁷⁶⁶ Francis HAMON, « Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation », in *Mélanges Michel Troper*, Economica, 2006, p. 497.

C. Une définition matérielle circulaire

La démocratie et la prééminence du droit sont deux principes structurant l'interprétation de la CEDH. Toutefois, plusieurs formulations de la Cour laissent penser que les relations établies par la Cour entre prééminence du droit et démocratie ne sont pas si claires. Les formules utilisées vont de « parmi les principes fondamentaux de pareille société [démocratique] figure la prééminence du droit »⁷⁶⁷ où on pourrait penser que la prééminence du droit serait une composante de la démocratie, en passant par « société démocratique adhérant à la prééminence du droit »⁷⁶⁸ où les deux idées sont différenciées, à la fusion des deux termes sous la formule « prééminence du droit dans une société démocratique »⁷⁶⁹. Comme le dit Patrick WACHSMANN, « la variété des motivations de la Cour traduit, en toute hypothèse, son sentiment d'une étroite solidarité entre les deux notions, dont rend le mieux compte l'idée de prééminence du droit dans une société démocratique »⁷⁷⁰.

Démocratie et prééminence du droit se situent au cœur de la CEDH, traité de protection des droits de l'homme. Il ne faut jamais oublier que ces principes sont au service des droits de l'homme. Dès lors, il devient très difficile de délimiter où commence l'un et où s'arrête l'autre. En somme « prééminence du droit, société démocratique et droits de l'homme » désignent un ensemble de valeurs qui sont celles de la démocratie libérale occidentale. Bien que la doctrine ait essayé de faire œuvre de clarification et de systématisation⁷⁷¹, à chaque fois qu'il a fallu tenter de définir le contenu d'une de ces propositions, il a été fait recours aux deux autres. Comme le résume la Cour, l'interprétation de la CEDH vise « la prééminence du droit dans une société démocratique respectant les libertés et droits fondamentaux garantis par la Convention »⁷⁷².

⁷⁶⁷ CourEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, Série A 28, § 55.

⁷⁶⁸ CourEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, Série A 33, § 39.

⁷⁶⁹ La première référence apparaît dans CourEDH, *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, A82, § 79 ; pour un exemple plus récent : CourEDH, *Woś c. Pologne*, 8 juin 2006 § 86.

⁷⁷⁰ WACHSMANN, « La prééminence du droit », *op. cit.*, p. 262.

⁷⁷¹ Voir références supra.

⁷⁷² CourEDH, *Kılıç c. Turquie*, 28 mars 2000, Rec. 2000-III, § 75 ; CourEDH, *Akkoç c. Turquie*, 10 octobre 2000, Rec. 2000-X, § 91.

De la sorte, même si elle distingue les conséquences de la démocratie ou de la prééminence du droit concernant l'interprétation à donner des droits garantis dans la CEDH, on peut affirmer leur « consubstantialité »⁷⁷³.

« Victimes de leur propre succès, ces deux notions phares voient leur sens se diluer pour se fondre dans une sorte de magma indifférencié qu'est la démocratie libérale ou l'État de droit démocratique »⁷⁷⁴.

Au cœur de cette vision, il est affirmé que « la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention »⁷⁷⁵. Ce sont les valeurs consensuelles de la quasi-totalité des partis de gouvernement européens.

Les juges de Strasbourg partagent deux idées. Premièrement, il existe entre eux un accord informel autour de la structure minimale que doit présenter un État occidental libéral et des institutions que cela implique. Deuxièmement, il existe un fond de valeurs communes capables de fonder un droit européen.

Sur le premier point, là où le consensus est le plus large, une volonté de structurer le système juridique étatique est à l'œuvre⁷⁷⁶. Le second point concerne l'exclusion des politiques liées aux extrêmes. Les politiques révolutionnaires communistes⁷⁷⁷, les politiques autoritaires racistes ou antisémites⁷⁷⁸, et l'instauration d'un droit fondé sur la sharia⁷⁷⁹ ne sont pas acceptables. Cela ne signifie pas pour autant qu'au sein de ce consensus il n'y ait pas de place pour la politique. Il s'agit des mêmes types de valeurs qui opposent centre-gauche et centre-droit pour le pouvoir dans les démocraties occidentales. Dans ce cadre, la majorité des juges peut imposer leur morale, leur politique, par exemple en matière de droit de la famille⁷⁸⁰ ou bien dans la détermination des limites acceptables à la liberté artistique⁷⁸¹.

⁷⁷³ HEUSCHLING, *État de droit*, op. cit. p. 579.

⁷⁷⁴ *Ibid.* p. 578.

⁷⁷⁵ CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, Rec. 2002-III, § 65.

⁷⁷⁶ WACHSMANN, « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », op. cit., p. 1688.

⁷⁷⁷ Voir, ComEDH, *Parti communiste d'Allemagne*, requête n° 250/57, Ann. CEDH 1, p. 222 ; CourEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, Série A 28 CourEDH, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, GC, 30 janvier 1998, Rec. 1998-I.

⁷⁷⁸ CourEDH, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, Rec. 1998-VII, § 52.

⁷⁷⁹ CourEDH, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, GC, 13 février 2003, Rec. 2003-II.

⁷⁸⁰ Voir par exemple, pour la possibilité du mariage des transsexuels, CourEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, GC, 11 juillet 2002, Rec. 2002-VI et la condamnation de la discrimination envers les enfants naturels, CourEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, Série A 31.

⁷⁸¹ CourEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, Série A295-A.

À partir du moment où des droits individuels fondamentaux sont posés, il devient légitime de limiter l'action de l'État et des autres individus. Cependant, la société est en constante évolution et l'idéal libéral souhaite concilier les principes de liberté et d'égalité qui peuvent pourtant paraître opposés : l'égalité matérielle pouvant imposer de réduire la liberté et inversement. La réconciliation est censée se faire à travers la participation démocratique. L'idée d'égalité des individus ne peut être pensée que par la libre participation au pouvoir. « L'autonomie des individus, leur liberté [...] a aussi et surtout comme contenu l'égalité participation de tous au pouvoir »⁷⁸². La contradiction entre démocratie et libéralisme se résout à travers l'idée de société ouverte. Si les individus peuvent participer et débattre librement, la loi produite pourra respecter égalité et liberté de chacun. Cette idée se rapproche d'une reformulation philosophique moderne de cette contradiction par Jürgen HABERMAS⁷⁸³. La société ouverte présuppose l'autonomie privée et l'autonomie publique. C'est à ce niveau que se résout la boucle entre droits de l'homme, démocratie et État de droit. L'autonomie privée répartie équitablement ne peut être garantie que dans un système de décision politique démocratique. Et un système démocratique, où la décision raisonnable est fondée sur la discussion, nécessite l'existence d'un minimum de droits de l'homme pour qu'un débat libre prenne place⁷⁸⁴. Les principes et règles que la Cour a dégagés de la société démocratique et de la prééminence du droit se situent dans ce cadre. Il reste à savoir comment les conflits de valeurs peuvent être tranchés, lorsque ceux-ci ne peuvent être résolus dans la discussion. En pratique, l'ordre public européen n'est pas déterminé par ses éléments constitutifs mais davantage par la capacité d'intervention du juge strasbourgeois.

Section 2. Un ordre public européen au service de l'efficacité du système de garantie

L'ordre public européen permet de distinguer et d'opposer la CEDH à l'ordre juridique international. Il crée une rupture qui n'est pas basée sur de valeurs propres à l'Europe. La principale différence découle du système de contrôle dont la Convention

⁷⁸² CASTORIADIS, *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe*, II, Le Seuil, 1986, p. 319.

⁷⁸³ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, trad. R. ROSCHLITZ et C.

BOUCHINDHOMME, Gallimard, 1997.

⁷⁸⁴ *Ibid.* p. 497.

est doté. Pour autant, la force de l'ordre public européen ne provient pas de sa dimension collective (§ 1) mais de son caractère judiciaire (§ 2).

§ 1. La faiblesse de la dimension européenne collective

La qualité européenne de l'ordre public créé par la CEDH pourrait être expliquée grâce à des spécificités fonctionnelles lui étant exclusives. La première dimension repose sur l'existence de droits objectifs, par opposition à la subjectivité des États parties. Comme l'affirme la Cour :

« les obligations souscrites par les États Contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des États Contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers. »⁷⁸⁵

Contrairement aux traités internationaux dits classiques, la Convention ne serait pas fondée sur la réciprocité de droits et devoirs entre les États, elle ne serait pas synallagmatique. Cet argument soulève deux difficultés. En droit international, les traités relatifs aux droits de l'homme et la CEDH ne constituent pas des exceptions aussi uniques qu'on a pu le souligner⁷⁸⁶. Les traités de protection de l'environnement, de création des organisations internationales, de codification ne présentent pas davantage de caractère synallagmatique. L'argument d'exception de l'ordre public européen pris dans ce sens n'est donc pas, à proprement parler, un argument lié à l'Europe ou aux droits de l'homme, donc à des spécificités créées par la CEDH. Il est tout à fait possible de différencier les traités synallagmatiques des autres sans devoir invoquer un ordre public européen⁷⁸⁷.

Ces arguments ont été soulevés surtout en ce qui concerne les dispositions procédurales de la Convention, pour ce qui concerne par exemple l'étendue de l'engagement des États en lien avec les réserves, ou le fonctionnement de la procédure interétatique.

⁷⁸⁵ CourEDH, *Autriche c. Italie*, Ann. CEDH vol. 4, p. 141.

⁷⁸⁶ Voir la position encore plus marquée à ce sujet d'Alain PELLET dans son rapport sur les réserves pour la CDI. Alain PELLET (Rapporteur spécial) « Dixième rapport sur les réserves aux traités », CDI, 2005, A/CN.4/558.

⁷⁸⁷ Cela avait d'ailleurs été fait à travers la distinction traité-loi / traité-contrat. Voir, DAILLET et PELLET, *Droit international public*, *op. cit.* p. 121-122 et les références mentionnées.

La deuxième dimension s'attache à la garantie collective de l'ordre public européen par le recours interétatique. Il est vrai que ce recours est spécial en droit international car il est ouvert à tous les États parties, même ceux qui n'ont pas d'intérêt direct en jeu, que ce soit d'ordre politique ou que la situation implique des nationaux. Toutefois, « la pratique de la "garantie collective" des droits de l'Homme a été très décevante »⁷⁸⁸. Seules deux affaires, sur les onze dont les organes de la Convention ont été saisis, peuvent y être rattachées : l'affaire grecque initiée au moment de l'établissement du régime autoritaire des Colonels et l'affaire turque de 1982. Le reste de la pratique ressemble fort à celle de la protection diplomatique⁷⁸⁹ ou à la résolution d'un différend international : requête visant à protéger la minorité germanophone dans le nord de l'Italie dans *Autriche c. Italie*⁷⁹⁰, problèmes de la minorité catholique en Irlande du Nord dans *Irlande c. Royaume-Uni*⁷⁹¹, problèmes liés à la présence militaire turque dans le nord de Chypre dans *Chypre c. Turquie*⁷⁹², et plus récemment une requête visant à dénoncer des atteintes faites à des géorgiens vivant en Russie dans *Géorgie c. Russie*⁷⁹³.

On ne peut que noter, avec regret, l'absence de recours interétatique concernant la Tchétchénie par exemple, alors que des violations massives de droits de l'homme avaient été constatées par différentes organisations internationales. Ainsi, comme l'indique Frédéric SUDRE, « le constat de la faillite du recours étatique ne peut, alors, que conduire à s'interroger sur l'existence réelle de l'ordre public européen »⁷⁹⁴, du moins dans sa dimension collective. Lors des discussions concernant le protocole n°14, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait proposé un droit de saisine de la Cour au profit du Commissaire aux droits de l'homme⁷⁹⁵. Mais cette proposition a disparu au profit d'une version allégée, le droit d'intervention dans les procédures en cours⁷⁹⁶. L'idée d'étendre le rôle du Commissaire aux droits de

⁷⁸⁸ Frédéric SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite, trente-cinq années de jurisprudence : 1959 -1994*, P. Tavernier (éd.), Bruxelles, 1996, p. 47.

⁷⁸⁹ Sur ce sujet voir, Sébastien TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger - Recherches sur la protection diplomatique*, Pédone, 2007.

⁷⁹⁰ ComEDH, *Autriche c. Italie*, 11 janvier 1961, Ann. CEDH IV, p. 117.

⁷⁹¹ CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Série A 25.

⁷⁹² CourEDH, *Chypre c. Turquie*, GC, 10 mai 2001, Rec. 2001-IV.

⁷⁹³ Affaire pendante devant la Cour, la requête a été déclarée partiellement recevable, CourEDH, *Géorgie c. Russie*, (déc.), 30 juin 2009.

⁷⁹⁴ SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », *op. cit.*, p. 47.

⁷⁹⁵ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Avis n° 251 (2004) du 28 avril 2004.

⁷⁹⁶ Article 13 du Protocole 14 ajoutant à l'article 36 : « Dans toute affaire devant une Chambre ou la Grande Chambre, le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe peut présenter des observations écrites et prendre part aux audiences ».

l'homme a été de nouveau reprise dans un rapport d'un groupe de sages⁷⁹⁷ destiné à penser la réforme⁷⁹⁸ de la réforme⁷⁹⁹ (de la réforme⁸⁰⁰) sans que toutefois la question de la création d'un mécanisme spécifique de défense de l'ordre public européen soit à l'ordre du jour. Et cette idée n'apparaît pas dans les protocoles 15 et 16. Ainsi, en l'état, la dimension collective du contrôle n'existe pas et il n'y a pas de raison de croire que cela soit amené à changer, en l'absence de volonté politique.

L'idée de l'émancipation régionale peut également provenir d'une différenciation matérielle, manifestée par une pratique collective des États européens qui divergerait de la pratique mondiale. Elle peut s'exprimer dans des actes tels qu'une coutume régionale se distinguant du droit international général.

La Cour a uniquement reconnu l'existence d'une coutume locale dans l'arrêt *Drozdz et Janousek*⁸⁰¹, à la demande la France qui s'appuyait sur la jurisprudence de la CIJ relative à la preuve de la coutume locale. Toutefois, cette affaire n'avait pas de portée quant aux relations entre le droit international et le droit européen. Ce n'était pas le cas des affaires relatives à la peine de mort. L'affaire *Soering*⁸⁰² est un des grands arrêts de la Cour posant des principes importants aussi bien dans la relation de la Convention face à d'autres obligations internationales que pour la définition de l'ordre public européen⁸⁰³. La Cour devait y apprécier si l'extradition d'une personne d'un pays partie à la CEDH vers un pays pratiquant la peine de mort pouvait entraîner une violation de la Convention. Pour cela, il fallait neutraliser l'exception de l'article 2 visant la peine de mort. Elle aurait pu conclure dans ce sens si elle avait poursuivi son raisonnement sur l'existence d'une coutume régionale qui aurait

⁷⁹⁷ Doc. CM(2006)203, 15 novembre 2006. Toutefois, dans ce rapport, il n'est plus question de faire du Commissaire une sorte de procureur des droits de l'homme mais d'accroître sa capacité à sensibiliser les États et la Cour sur des problèmes nationaux structurels.

⁷⁹⁸ La dernière réforme: les protocoles n°15 et 16.

⁷⁹⁹ La deuxième réforme : le protocole n°14.

⁸⁰⁰ La première réforme : le protocole n°11.

⁸⁰¹ CourEDH, *Drozdz et Janousek c. Espagne et France*, 26 juin 1992, Série A 240.

⁸⁰² CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A 161.

⁸⁰³ Voir entre autres : Walter-Jean GANSHOF VAN DER MEERSCH : « L'extradition et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1990, p. 5-24 ; Henri LABAYLE, « Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale : réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP*, 20 juin 1990, n° 3452, p. 6 ; Frédéric SUDRE, « Extradition et peine de mort : arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989 », *RGDIP*, 1990, p. 103-121.

abrogé une telle exception à l'interdiction de porter atteinte au droit à vie. Elle ne l'a pas fait préférant se situer sur le terrain de l'article 3⁸⁰⁴.

Dans l'arrêt *Öcalan*⁸⁰⁵, la Cour a franchi un pas supplémentaire dans la direction d'une coutume régionale d'interdiction de la peine de mort. Elle a noté l'existence d'une « pratique pertinente des États contractants » démontrant « la confirmation de la tendance abolitionniste »⁸⁰⁶. Cette pratique des États est complétée par le protocole n°6 qui interdit la peine de mort en temps de paix, presque ratifié par tous les États et signé par tous, et par le protocole n°13 qui interdit la peine de mort même en temps de guerre. Si la Cour s'est encore refusée à utiliser les termes de coutume régionale et à déclarer les conséquences juridiques qu'une telle qualification pourrait entraîner, finalement, en 2010, dans l'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi*, elle a confirmé que l'évolution des pratiques associée à la ratification du protocole n° 13 par tous les États sauf cinq, conduit « fortement à démontrer que l'article 2 interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances »⁸⁰⁷. Il reste à voir quel impact cela peut avoir sur l'ordre public européen.

La deuxième dimension collective consiste à justifier la défense d'un ordre territorialement localisé, l'Europe comme zone géographique. Cette idée apparaît clairement avec l'utilisation de la notion de juridiction⁸⁰⁸. La Cour renforce le lien juridictionnel si elle concerne des lacunes de protection au sein du territoire normalement couvert par la CEDH. Elle a affirmé :

« l'objectif d'ordre public de la Convention [...] souligne lui-même la vocation essentiellement régionale du système de la Convention. [...] La Convention est un traité multilatéral opérant, sous réserve de son article 56, dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des États contractants [...]. Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des États contractants. Aussi la Cour n'a-t-elle jusqu'ici invoqué l'intérêt d'éviter de laisser des lacunes ou des solutions de continuité dans la protection des droits de l'homme pour établir la juridiction d'un État contractant que dans des cas

⁸⁰⁴ Voir infra § 2.

⁸⁰⁵ CourEDH, *Öcalan c. Turquie*, GC, 12 mars 2003, Rec. 2003-III.

⁸⁰⁶ *Ibid.* § 197.

⁸⁰⁷ CourEDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, 2 mars 2010, Rec. 2010, § 120.

⁸⁰⁸ Voir infra Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 1 pour une étude plus complète.

où, n'eussent été les circonstances spéciales s'y rencontrant, le territoire concerné aurait normalement été couvert par la Convention. »⁸⁰⁹

Toutefois, ce principe ne s'applique pas aux territoires faisant partie géographiquement de l'espace européen et qui ne sont pas sous le contrôle d'un État partie au Conseil de l'Europe⁸¹⁰. La dimension régionale, européenne, ne l'est que de manière institutionnelle comme l'addition du territoire des États membres du Conseil de l'Europe⁸¹¹. Ce territoire inclut désormais tout le Caucase, de nombreux territoires outre-marins, et, avec la Russie, une bonne partie de l'Asie. La dimension européenne s'exprime moins géographiquement qu'avec l'adoption du mécanisme de contrôle des droits fondamentaux instauré par la CEDH. En ce sens, le Belarus est le dernier État géographiquement européen qui ne le serait pas dans le sens des valeurs.

La dimension européenne de l'ordre public n'est donc pas à l'œuvre à travers la dimension collective spécifique. L'élément le plus marquant est son caractère judiciaire.

§ 2. L'efficacité du droit de recours

Comme l'ordre public européen ne possède pas de contenu fixe ou stabilisé, il agit davantage comme un « atout » pour la Cour, au sens du jeu de cartes⁸¹². Évoquer l'ordre public européen ouvre un nouveau champ de possibilités en écartant des règles internationales qui devraient normalement s'appliquer. Il permet de travailler sur la notion de justice, mais d'une justice qui serait vue selon les valeurs de la Cour et à son profit.

Deux exemples seront examinés : les arrêts *Soering*⁸¹³ et *Loizidou*⁸¹⁴. Ceux-ci permettent d'illustrer le problème de l'absence de contenu du concept d'ordre public et de sa malléabilité. Dans ces deux grands arrêts de la Cour les effets de l'ordre public européen y sont spectaculaires, en créant un nouveau contentieux pour l'arrêt

⁸⁰⁹ CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, (déc.), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII, § 80.

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ Symeon KARAGIANNIS, « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Vaetera et nova », *RTDH*, 2005, p. 48.

⁸¹² Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. xv.

⁸¹³ CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A 161.

⁸¹⁴ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, Série A-310.

Soering, et en ouvrant la voie à l'extension de la notion de juridiction dans l'arrêt *Loizidou*. De fait, la notion d'ordre public européen peut aussi bien servir à exclure des normes internationales incompatibles (A), qu'à accroître les pouvoirs de l'institution (B).

A. L'arrêt *Soering*, exception aux autres obligations internationales des États

M. Soering, un ressortissant allemand, était poursuivi aux États-Unis pour un crime passible de la peine de mort. Le gouvernement britannique était lié par un traité d'extradition avec les États-Unis⁸¹⁵ laissant la possibilité de refuser l'extradition en cas d'absence de garanties de non-exécution de la peine de mort⁸¹⁶. La Cour a reconnu le but légitime des traités d'extradition qui servent à lutter contre le crime. Cependant elle a refusé qu'un traité d'extradition puisse créer les conditions d'atteintes à l'article 3.

La position de principe d'envisager l'affaire sous l'angle des valeurs de l'ordre public européen est affirmée dans le paragraphe 87 :

« La Convention doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...]. En outre, toute interprétation des droits et libertés énumérés doit se concilier avec "l'esprit général [de la Convention], destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique" »⁸¹⁷.

La Cour s'est justifiée dans le cadre des traités de garantie collective des droits de l'homme sans se placer à l'aune d'un droit international général des droits de l'homme. Si elle constate que la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants possède une clause spécifique interdisant les extraditions mettant une personne en danger de subir des

⁸¹⁵ CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A 161, § 30.

⁸¹⁶ *Ibid.* § 36.

⁸¹⁷ *Ibid.* § 87.

tortures⁸¹⁸, la Cour a utilisé une interprétation a contrario, fondée sur l'objet et le but de la Convention.

« De ce qu'un traité spécialisé en la matière énonce en détail une obligation précise dont s'accompagne l'interdiction de la torture, il ne résulte pas qu'une obligation en substance analogue ne puisse se déduire du libellé général de l'article 3 de la Convention européenne. Un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé »⁸¹⁹.

Ici donc, bien que la Cour reconnaisse l'existence de normes internationales d'interdiction de la torture, que ce soit dans la Convention contre la torture ou dans le PIDCP, elle ne cherche pas à établir une interprétation universelle.

Certes, la dimension régionale de l'interdiction de la peine de mort ne fait pas de doute. L'Europe est le seul continent où la peine de mort a été abolie⁸²⁰, même en temps de guerre⁸²¹. Si l'objectif d'abolition de la peine de mort fait partie de l'agenda des Nations Unies, ce dernier n'est mis en œuvre qu'à petits pas, avec un danger de recul toujours présent⁸²². C'est d'ailleurs pour le juge DE MEYER l'argument principal qui doit être tiré de l'ordre public européen :

« Une telle peine n'est pas compatible avec l'état actuel de la civilisation européenne. [...] Extradier quelqu'un dans de telles circonstances heurterait les

⁸¹⁸ Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, article 3: « Aucun État partie [...] n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. »

⁸¹⁹ CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A 161, § 88.

⁸²⁰ Protocole n° 6, entré en vigueur le 1^{er} mars 1985. Ratifié par 46 des 47 membres du Conseil de l'Europe, au 1^{er} juin 2013.

⁸²¹ Protocole n° 13, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003. Ratifié par 43 États du Conseil de l'Europe au 1^{er} juin 2013.

⁸²² Emmanuel DECAUX, « Les enjeux de la diplomatie multilatérale », in *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, G. Cohen-Jonathan et W. Schabas (dir.), Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2003, p. 157-180.

normes de justice européennes et irait à l'encontre de l'ordre public de l'Europe »⁸²³.

La Cour aurait également pu reconnaître le caractère de *jus cogens* de la prohibition visée à l'article 3 CEDH, mais en son absence c'est bien à l'ordre public européen qu'il faut rattacher cette décision.

Au final, l'application de l'ordre public européen a fondé un constat de violation de la Convention fait en rejetant un traité international valide, passé avec un État tiers qui possède pourtant un catalogue constitutionnel de droits fondamentaux similaire ou au moins de protection globalement équivalente. L'atteinte à la coopération internationale est donc actée, et cela même s'il n'existe pas de hiérarchie en droit international entre ce traité d'extradition et un traité sur les droits de l'homme. D'ailleurs, en cas de conflits, la Cour reconnaît désormais la nécessité d'harmonisation :

« En assumant de nouvelles obligations internationales, les États ne sont pas supposés vouloir se soustraire à celles qu'ils ont précédemment souscrites. Quand plusieurs instruments apparemment contradictoires sont simultanément applicables, la jurisprudence et la doctrine internationales s'efforcent de les interpréter de manière à coordonner leurs effets, tout en évitant de les opposer entre eux. Il en découle que deux engagements divergents doivent être autant que possible harmonisés de manière à leur conférer des effets en tous points conformes au droit en vigueur. »⁸²⁴

Dans ce cas, les intérêts servis sont bien ceux des individus qui se retrouvent dans une telle situation. Cette jurisprudence, ayant été étendue aux expulsions d'étrangers, a eu un impact important sur la protection des ressortissants d'États non-membres du Conseil de l'Europe. Ce ne sont pas les valeurs démocratiques ou de la prééminence du droit qui sont décisives, mais bien le cœur des droits de l'homme représentés par l'article 3.

Mais l'ordre public n'agit pas uniquement en faveur des droits fondamentaux, il agit également en matière de procédure.

⁸²³ Opinion concordante du juge DE MEYER, CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A 161.

⁸²⁴ CourEDH, *Nada c. Suisse*, GC, 12 septembre 2012, § 170.

B. L'arrêt *Loizidou* : le renforcement institutionnel de la Cour

L'affaire *Loizidou*⁸²⁵ fut la première dans laquelle la Cour⁸²⁶ a fait jouer un rôle explicite à l'ordre public européen. La Turquie avait accepté le droit de recours individuel devant la Commission (ancien article 25) dans l'ancien système antérieur au protocole 11, sous réserve que :

« la reconnaissance du droit de recours ne s'étend qu'aux allégations concernant les actes ou omissions des autorités publiques turques commis à l'intérieur des frontières du territoire auquel s'applique la Constitution de la République de Turquie »⁸²⁷.

Elle fit une déclaration visant un objectif similaire en acceptant la compétence de la Cour (ancien article 46) « comme obligatoire [...] sur toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention qui relèvent de l'exercice de sa juridiction au sens de l'article 1 (art. 1) de la Convention, accompli à l'intérieur des frontières du territoire national de la République de Turquie et à condition en outre que de telles affaires aient été préalablement examinées par la Commission dans le cadre du pouvoir qui lui a été conféré par la Turquie. »⁸²⁸ Comme l'affaire avait trait à une allégation de violation du droit de propriété de la requérante pour une propriété située dans la partie nord de Chypre, la validité de ces déclarations était déterminante.

La Commission et la Cour ont accepté le principe des limitations *ratione temporis* jointes aux déclarations d'acceptation. Or, selon la Turquie, si ces dernières étaient valides, il n'existait pas de raison d'exclure les restrictions relatives à la compétence *ratione loci*. La Turquie prenait pour appui la pratique des États devant la CIJ. Au contraire, pour la Cour, le système européen de supervision est suffisamment différent de celui offert par la CIJ pour permettre une conception différente de la légalité des réserves.

« À ce propos, il n'est pas contesté que les États peuvent tempérer de restrictions leur acceptation de la compétence facultative de la Cour

⁸²⁵ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), GC, 23 mars 1995, Série A 310.

⁸²⁶ La Commission l'avait déjà fait pour rejeter l'application de limites territoriales à la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour et de la Commission par la Turquie.

⁸²⁷ *Ibid.* § 15.

⁸²⁸ *Ibid.* § 17.

internationale. Il n'est pas davantage contesté que l'article 46 de la Convention fut calqué sur l'article 36 du statut.

Selon la Cour, il n'en découle toutefois pas qu'il faille aussi admettre sur le terrain de la Convention pareilles restrictions à la reconnaissance de la compétence de la Commission et de la Cour.

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

Une différence aussi fondamentale de rôle et de finalité entre les institutions dont il s'agit ainsi que l'existence d'une pratique de l'acceptation inconditionnelle en vertu des articles 25 et 46, constituent des éléments commandant de distinguer la pratique de la Convention de celle de la Cour internationale. »⁸²⁹

Toutefois, cette explication n'oblige pas la Cour à prendre des solutions qui diffèrent de celles retenues par la CIJ. Un argument supplémentaire nécessaire est toutefois avancé par la Cour celui de l'affaiblissement du système de contrôle.

« Si, comme le prétend le gouvernement défendeur, ces dispositions permettaient des restrictions territoriales ou sur le contenu de l'acceptation, les Parties contractantes seraient libres de souscrire à des régimes distincts de mise en œuvre des obligations conventionnelles selon l'étendue de leurs acceptations. Un tel système, qui permettrait aux États de tempérer leur consentement par le jeu de clauses facultatives, affaiblirait gravement le rôle de la Commission et de la Cour dans l'exercice de leurs fonctions, mais

⁸²⁹ *Ibid.* § 83-85.

amoindrirait aussi l'efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen. »⁸³⁰

La première phrase de cette citation ne permet pas de distinguer les variations à la compétence de la Cour de celle de la CIJ. Concernant la seconde, l'influence et le pouvoir de la CIJ dépendent également de l'étendue de sa compétence. Mais la Cour décrit cette limite de manière dramatique : elle en serait « gravement affaiblie ». Cette constatation paraît exagérée. La Cour a d'ailleurs noté qu'un seul autre État, Chypre, avait fait une déclaration à l'article 25 restreignant la portée territoriale, qui avait été retirée entre temps. De plus, le jeu des clauses facultatives permettait déjà de moduler l'acceptation de la Cour et de la Commission à l'époque de la décision. Cette faiblesse faisait partie du système.

Il reste le dernier argument d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen ». Apparemment, il n'y avait nul besoin de tenter d'en démontrer son contenu matériel. La Cour n'a même pas tenté d'en esquisser les contours. Il agit comme argument d'autorité.

Du point de vue des requérants, il faut noter que la nullité de cette déclaration adjointe à l'extension de la notion de juridiction au sens de l'article 1 est importante car elle a permis de placer l'ensemble de la République Turque de Chypre du Nord (RTCN) sous la juridiction de la Turquie et de conduire à un important contentieux devant la Cour avec des résultats mitigés.

Pour autant, du point de vue de la Cour, il semble difficile de voir en quoi de telles limitations de la juridiction au territoire métropolitain attenteraient à cet ordre public, alors qu'elle accepte les exclusions des territoires d'outre-mer de l'article 63⁸³¹. En quoi l'absence de recours en RTCN serait-il plus grave qu'en Nouvelle-Calédonie ?

L'explication alternative est que l'ordre public européen vient davantage renforcer les pouvoirs de la Cour et son image de juridiction constitutionnelle que favoriser la justice. Un tribunal efficace contrôle sa juridiction et ne peut être soumis au bon vouloir des États. C'est d'ailleurs ce qu'a décidé la Cour en interprétant l'article 6 CEDH comme garantissant le droit d'accès aux tribunaux : les États ne sauraient

⁸³⁰ *Ibid.* § 75.

⁸³¹ Certes, cela se comprend en termes de légitimation de l'activité judiciaire. Exclure l'application de l'article 63 irait trop loin dans l'activité créatrice du juge. Toutefois, cela ne répond pas à l'argument téléologique. Voir par exemple, CourEDH, *Yonghong v. Portugal*, (dec.), 25 novembre 1999, CEDH 1999-IX.

exclure certains contentieux sans mettre en danger l'article 6⁸³². Il s'agit donc de rejeter, autant que possible, la nature de juridiction internationale créée par compromis entre États.

L'ordre public européen pour qu'il puisse être opérationnel avait besoin d'être structuré sur des valeurs consensuelles déterminées. Le problème est double. D'une part, il ne peut reposer sur des valeurs strictement européennes, à partir du moment où les droits de l'homme ont été proclamés à l'échelle universelle. D'autre part, il ne s'appuie pas non plus sur une procédure distinctive, l'idée proposée par René CASSIN d'avoir un procureur européen pouvant initier une procédure, ayant été abandonnée⁸³³.

Concernant le premier point, la Cour a fusionné la démocratie et l'État de droit au sein de l'idéologie libérale des droits de l'homme mais sans pouvoir donner de définition matérielle spécifique à l'Europe. La lutte contre le totalitarisme est insuffisante pour tenir compte de dangers nouveaux et la notion de société démocratique respectant la prééminence du droit est extrêmement malléable.

Concernant le second, la véritable spécificité de l'ordre public européen ne sont ni les valeurs, ni le recours individuel, mais le rôle pris par la Cour européenne des droits de l'homme. À cet égard, il n'est certainement pas innocent, que les récents mélanges offerts à Luzius WILDHABER aient été intitulés « Droits de l'homme, démocratie et État de droit », alors même que l'œuvre juridique du dédicataire, bien que plus large, est surtout associée à la Cour européenne des droits de l'homme, au sein de laquelle il a siégé pendant seize ans et qu'il a présidé pendant près de neuf ans. Surtout, il est de ceux qui ont prononcé les plus vifs plaidoyers en faveur d'une cour constitutionnelle européenne des droits de l'homme⁸³⁴. Le rôle central du juge et principalement celui du juge européen des droits de l'homme devient alors, en l'absence de consensus exprimé sur les valeurs, celui qui détermine dans le temps ce que doivent être ces consensus.

⁸³² CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18.

⁸³³ SIMPSON, *Britain and the End of Empire*, *op. cit.*, p. 651-652. Le droit d'initiative a également été refusé au Commissaire européen des droits de l'homme dans la réforme du Protocole 14. Il possède uniquement un droit d'intervention, nouvel article 36 § 3.

⁸³⁴ Luzius WILDHABER, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RUDH*, 2002, vol. 14, p. 1.

Conclusion du Titre 2

En faisant le bilan de l'efficacité des différentes règles d'interprétation, il apparaît qu'aucune règle ne permet de résoudre la question de l'interprétation que ce soit de la Convention ou du droit international en général. Les références par la Cour aux principes de bonne foi ou d'utilisation du sens ordinaire ne servent qu'à réaffirmer ce qui est déjà connu. La Cour utilise le langage juridique et respecte les canons généraux de son fonctionnement. Parmi les autres éléments utilisés, le contexte ne peut être connu a priori ; définir celui-ci nécessite un choix entre différents contextes identifiables. Il en va de même pour l'objet et le but selon qu'ils sont définis via l'intention des auteurs ou l'efficacité globale de la Convention à respecter les objectifs affichés.

Les contraintes méthodologiques ne sont pas ce qu'on affirme traditionnellement en ce qu'elles n'imposent pas de solution unique, mais elles ne sont pas pour autant superflues. Elles régulent l'activité juridictionnelle d'un juge international devant interpréter la CEDH. Elles créent la possibilité de la continuité et du changement.

L'analyse du recours au droit international de l'interprétation ne permet pas de discerner si cette dernière respecte les canons d'interprétation internationaux d'un traité. Les contradictions internes aux règles internationales d'interprétation posent des problèmes insurmontables. Leur reformulation par la Cour permet néanmoins de contrôler le cadre dans lequel elle se situe. La répétition des formules et leur usage dans des contextes différents génèrent une narration originale qui offre l'avantage de ne pas intégrer les solutions du droit international général et permet de s'en départir plus facilement.

Pourtant, il est certain que la Cour est un tribunal international et qu'elle ne peut se concevoir autrement. L'idée de la voir uniquement comme cour constitutionnelle n'est pas convaincante, à partir du moment où la structure même de saisine en fait une juridiction qui tranche des questions potentiellement rattachées à des problèmes de

souveraineté, car ce sont des États qui sont défenseurs. Il en irait autrement si des décisions ou législations nationales étaient directement attaquées⁸³⁵.

De plus, la Cour doit toujours se justifier par rapport aux situations internes de chaque État. Elle ne peut ignorer la perception subjective par les tribunaux internes et par les différents acteurs politiques de ce que sont les droits de l'homme. Elle reste soumise à l'obligation de ne pas se séparer durablement ou trop intensément des perceptions étatiques nationales. Un exemple frappant depuis 2001 concerne la gestion des questions liées au terrorisme. De nombreuses personnalités politiques britanniques de premier plan ont mis en garde contre une interprétation trop protectrice des terroristes « potentiels » et ont été jusqu'à suggérer la suspension ou même la dénonciation de la CEDH, si les juges ne peuvent s'opposer à l'extradition de personnes présumées terroristes ou impliquées dans le terrorisme, en cas d'extradition ou d'expulsion vers un pays tiers⁸³⁶. Ce débat a été initié par la réaction possible des juges face à l'application de la nouvelle réglementation sur la lutte contre le terrorisme et a impliqué un ministre de l'intérieur, Charles CLARKE⁸³⁷ et même l'ancien premier ministre, Tony BLAIR⁸³⁸.

David CAMERON avait même envisagé la dénonciation de la CEDH lorsqu'il était leader de l'opposition. Après son élection, s'il n'est plus question de dénonciation, la présidence britannique du Conseil de l'Europe en 2012, s'est penchée activement sur des moyens de diminuer « l'activisme » de la Cour, alors que le gouvernement est très irrité par la jurisprudence de la Cour sur le droit de vote des détenus. Le

⁸³⁵ Pour autant, la Cour agit matériellement dans un contexte similaire à celui des cours constitutionnelles du point de vue des décisions à trancher. Voir par exemple, WILDHABER, « Un avenir constitutionnel », *op. cit.*, p. 1.

⁸³⁶ Concernant la possibilité qu'une extradition ou une expulsion vers un pays tiers d'une personne « liée au terrorisme » soit contraire à la CEDH à cause de risque de torture ou de traitements inhumains ou dégradants : « Tony Blair has already signalled that he is gearing up for a fight, saying that he would be prepared to amend the Human Rights Act, if necessary, in order to ensure that the Government is able to impose its will. » *The Time*, 24 août 2005 ; « The UK could opt out of a new directive banning the EU from sending people back to countries where they face torture, the Home Office has indicated. » *BBC News*, 31 août 2005, http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/4200474.stm, accédé le 5 juillet 2012.

⁸³⁷ « “Following some of the judgments in the European court, there are serious questions about the operation of the European Convention on Human Rights,” Clarke told reporters in London yesterday, without specifying which decisions he had in mind. If judges don't shift their interpretation of the convention, “then the conclusion will be that politicians such as myself will say ok we've got to have a change in the regime.” » *Bloomberg*, 7 septembre 2005.

⁸³⁸ http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk_politics/4214636.stm, accédé le 5 juillet 2012.

Premier ministre a affirmé à plusieurs reprises que cette question devrait être un problème décidé par le Parlement et non pas « par un tribunal étranger »⁸³⁹.

La dénonciation du mécanisme de supervision de traités internationaux de protection des droits de l'homme n'est pas théorique, elle est connue à la fois du Comité des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine. Ces deux systèmes ont été confrontés soit à des cas de dénonciation pure et simple, soit à une dénonciation assortie d'une ré-acceptation avec réserve pour contrer la jurisprudence jugée trop gênante par l'État en question⁸⁴⁰.

Malgré tout, ces contraintes externes sont relativement faibles. En effet, étant donné les divergences politiques au sein des 47 États du Conseil de l'Europe, il est improbable qu'ils puissent se mettre d'accord pour modifier la Convention pour s'opposer à une politique jurisprudentielle s'éloignant trop des intérêts des États. Le seul accord trouvé dans le protocole n°15 a été d'intégrer la notion de subsidiarité dans le préambule telle que déjà interprétée par la Cour⁸⁴¹.

Ainsi, la Cour reste essentiellement libre de continuer à débattre de sa propre ligne jurisprudentielle sous ses propres termes, sur la base des ressources interprétatives construites par le droit international. Sous cet angle, cela confirme que les tribunaux internationaux n'ont aucun intérêt à rejeter le droit international de l'interprétation des traités pour justifier de leur activité. Ils ont alors, comme les institutions strasbourgeoises, toutes les raisons de se situer au sein de cet espace international général.

⁸³⁹ Voir par exemple, « Votes for prisoners: Cameron says UK will fight European Court », BBC News, <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-18177776>, accédé le 10 juillet 2012.

⁸⁴⁰ Voir Philippe FRUMER, « Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence des organes de contrôle », *RGDIP*, 2000, p. 939-963.

⁸⁴¹ Le nouveau considérant « est destiné à renforcer la transparence et l'accessibilité de ces caractéristiques du système de la Convention et à rester cohérent avec la doctrine de la marge d'appréciation telle que développée par la Cour dans sa jurisprudence ». Rapport explicatif du Protocole n° 15, § 7.

Conclusion de la première partie

Comme l'affirme le Doyen COHEN-JONATHAN, « [l]e point de départ est clair. Quelle que soit la spécificité qu'il revêt sur certains points, le droit international des droits de l'homme fait, partie intégrante du droit international. »⁸⁴² Toutefois, cette simple référence, de par sa généralité, est insuffisante pour comprendre comment le droit international est intégré par la Cour dans sa jurisprudence. Il peut sembler évident que le juge européen ait fait appel au droit international, tant ce dernier imprègne la Convention et constitue un moyen pertinent pour ancrer le discours de la Cour dans le droit. Ce recours permet aux décisions de ne pas apparaître pas comme l'expression des préférences politiques des juges.

La Cour a régulièrement intégré le droit international pour motiver l'interprétation convergente de la Convention avec ce qu'elle identifie comme étant le droit international général. Cette importance se voit aussi bien dans l'idée d'une conciliation des règles de la Convention avec d'autres règles matérielles du droit international que pour fonder le discours jurisprudentiel de la Cour, en tant qu'organe d'interprétation du droit. Mais de nombreuses contradictions apparaissent à propos de chacun de ces deux usages.

L'idéal de la neutralité du juge et d'un recours à un droit isolé de la politique ne peut être atteint par le recours au droit international. Délimiter le contenu du droit international et les règles d'interprétation suppose des choix qui ne peuvent s'ancrer dans le droit lui-même.

Mais loin de tenter de vouloir résoudre les tensions inhérentes au droit international général, la Cour a préféré opter pour une méthode « floue » d'identification suffisamment générale afin de ne pas être vulnérable aux critiques d'utopie ou d'apologie. Elle identifie le droit international à l'aune de l'opinion dominante des juristes occidentaux. Néanmoins, les formules utilisées lui permettent de choisir au cas par cas d'intégrer ou non le droit international. Elle peut exceptionnellement refuser son application en cas d'atteinte aux principes constitutifs de l'ordre public européen.

⁸⁴² Gérard COHEN-JONATHAN, « Les droits de l'homme et l'évolution du droit international », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 613.

Plus largement, l'appel au droit international général permet de résoudre la tension entre protection du consentement des États et mise en œuvre des valeurs de la CEDH. D'une part, la Cour peut se conformer aux interprétations dominantes du système international, et donc légitimer son discours juridictionnel et ses décisions. D'autre part, du point de vue de l'interprétation matérielle, le recours au droit international de l'interprétation fonde l'utilisation des objectifs de la démocratie libérale.

Enfin, l'utilisation du droit international peut aussi renforcer la Cour en tant qu'institution. Il est bien connu des sociologues que les organisations ont toujours tendance à vouloir renforcer leurs pouvoirs⁸⁴³. Cela se justifie par une superposition des prérogatives et des objectifs⁸⁴⁴. Dans la CEDH, c'est assimiler accroissement des pouvoirs de la Cour et amélioration de la protection des droits de l'homme en Europe. Cette approximation demande à être démontrée.

Dans une discussion relative au droit international général, l'interprétation de la Convention par la Cour présente à la fois une histoire européenne, donc contingente, tout en développant un discours fondé sur des universaux. La CEDH est à la fois un document de mise en œuvre de la DUDH en même temps qu'une réponse historique à certains problèmes européens, tel le fait que la démocratie représentative ne puisse d'elle-même empêcher la mise en place de régimes totalitaires.

Ainsi, il existe une tension entre la mise en œuvre d'un contrôle juridictionnel (typiquement) européen de toute régression totalitaire et la mise en place des idéaux universels utopiques. Il s'agit de préciser les relations entre une Cour défendant un ordre juridique spécialisé avec des règles destinées soit à traiter de problèmes plus larges (comme l'interprétation des traités ou la responsabilité des États), ou bien à gérer des problèmes spécifiques aux relations entre États (comme la question de l'immunité des agents ou des représentations diplomatiques). L'enjeu de la deuxième partie est d'analyser comment ces tensions ont été résolues et quels types de politiques jurisprudentielles ont été créés en interaction avec le droit international, dans un contexte où toutes les décisions reposent *in fine* dans les mains de la Cour.

⁸⁴³ DOUGLAS, *Comment pensent les institutions*, *op. cit.*

⁸⁴⁴ Martti KOSKENNIEMI, « Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power », *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, 2010, vol. 1, p. 47-58.

Deuxième partie. Le droit international, outil de renforcement de la légitimité et des pouvoirs de la Cour

Il n'existe qu'une seule règle qui régit explicitement les conflits entre la CEDH et les autres normes, nationales ou internationales. C'est celle de l'article 53⁸⁴⁵ établissant la Convention comme un standard minimum de protection. Le principe est celui du mieux disant : si les droits fondamentaux sont mieux garantis dans un autre système, alors celui-ci est compatible avec la Convention.

L'apport de l'article 53 est toutefois limité car il ne trouve véritablement à s'appliquer en droit international que dans le domaine des droits de l'homme. Les autres règles du droit international, qui visent d'autres objectifs, n'ont pas d'effet direct sur le niveau de protection des droits de l'homme, mais seulement, parfois, sur la jouissance de ces droits. C'est là que l'évaluation doit être faite. Par exemple, accroître ou réduire la compétence de la Cour via l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne constitue pas à proprement parler un problème de droits de l'homme. C'est une question incidente, pouvant avoir des conséquences sur la résolution d'un problème d'interprétation et d'application de la CEDH. Si la compétence de la Cour s'en trouvait réduite, cela n'entraînerait pas de baisse automatique de la protection des droits de l'homme et les obligations de l'État resteraient inchangées. L'article 53 n'affecte donc qu'à la marge les choix de la Cour en matière d'intégration du droit international général.

Si on y ajoute le fait que le droit international peut toujours être exclu au nom des valeurs européennes ou retravaillé en vertu des principes d'interprétation des traités, alors, à l'instar des juridictions internes, la Cour peut conduire des « politiques jurisprudentielles »⁸⁴⁶. Il faut donc étudier comment elle intègre le droit international de manière concrète et considérer ses raisons. Deux possibilités semblent

⁸⁴⁵ Article 53 CEDH : Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie.

⁸⁴⁶ CourEDH, *Soumare c. France*, 24 août 1998, Rec. 1998-V, § 40.

évidentes : il s'agirait soit de privilégier les buts de la Convention, soit ceux du droit international. Toutefois, cette alternative ne permet pas d'expliquer une pratique inégale, penchant d'un côté ou de l'autre selon les thématiques abordées.

Une troisième possibilité est plus éclairante : la Cour, en tant qu'institution, serait la véritable bénéficiaire de l'intégration du droit international. Selon cette hypothèse, le droit international général permet de renforcer la légitimité et les pouvoirs de la Cour face au scepticisme généré par sa création et à l'opposition au déplacement de pouvoirs qui s'en est suivi. Malgré la signature en fanfare de la Convention, de nombreux obstacles se posaient, au premier rang desquels le refus de ratification persistant d'un État fondateur du Conseil de l'Europe et signataire de la Convention⁸⁴⁷. L'utilisation du droit international général a permis de conforter l'acceptabilité de ce nouveau système international de contrôle en (ré)introduisant la protection de la souveraineté des États comme objectif d'interprétation de la CEDH. De plus, dès lors qu'il est institutionnalisé, le juge n'est plus un tiers désintéressé⁸⁴⁸. Il possède au contraire un intérêt à accroître sa capacité d'influence.

On peut ainsi imaginer qu'« à l'intérieur de cet ensemble de valeurs offertes au choix du juge, les plus accessibles seraient celles qui rallient la plus grande majorité ou confortent davantage, ou les deux, la reproduction des caractéristiques de la société [...] où il exerce ses pouvoirs »⁸⁴⁹. Mais en outre les interprétations qu'il choisit sont celles qui permettent de renforcer les pouvoirs réels ou symboliques de la Cour.

Pour cette analyse, il faut distinguer les normes qui ont servi à interpréter des dispositions ayant un impact sur l'activité et sur la procédure. On verra à cet égard que la Cour a su, peu à peu, utiliser le droit international général pour amplifier ses pouvoirs juridictionnels (Titre 1) mais qu'elle a été beaucoup plus prudente avec les normes régissant les interactions entre les acteurs du droit international hors du cadre de la CEDH (Titre 2). Elle s'y est montrée beaucoup plus respectueuse des structures établies du droit international, une attitude permettant de renforcer sa propre position.

⁸⁴⁷ Il s'agit bien entendu de la France.

⁸⁴⁸ MONTESQUIEU estimait d'ailleurs que les juges ne devaient pas siéger de manière permanente mais être tiré au sort dans le but de limiter la puissance du juge. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. cit., p. 399.

⁸⁴⁹ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, PUF, 1997, p. 198.

Titre 1. Un outil de renforcement du système européen de supervision

La Cour a largement utilisé le droit international pour consolider son activité juridictionnelle non seulement comme la Convention l'indique en matière d'épuisement des voies de recours internes mais aussi pour établir sa compétence *ratione temporis*, et pour reconnaître le caractère obligatoire des mesures provisoires.

Nous aurions aussi pu intégrer la question de la réparation mais nous ne l'avons pas fait car il n'y a que peu de choses à dire. La Cour s'est bornée à constater que la satisfaction équitable impliquait, si possible, la *restitutio in integrum*⁸⁵⁰. Même si elle a admis que l'article 41 (ancien article 50) avait été « emprunté »⁸⁵¹ à des traités internationaux, elle n'a pas fait usage du droit international pour en développer le contenu. Elle a d'abord développé une interprétation propre via le « sens commun »⁸⁵².

Ce n'est qu'en 1995 qu'elle a pour la première fois fait référence à la jurisprudence internationale, dans la décision *Papamichalopoulos*⁸⁵³, en citant l'*affaire relative à l'usine de Chorzów* de la CPJI :

« la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination

⁸⁵⁰ CourEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (« Vagabondage »), 10 mars 1972, (art. 50), Série A 14.

⁸⁵¹ *Ibid.* § 20.

⁸⁵² *Ibid.*

⁸⁵³ CourEDH, *Papamichalopoulos c. Grèce*, 31 octobre 1995, (art. 50), Série A 330-B, § 36.

du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international. »⁸⁵⁴

La Cour a employé cette décision à d'autres reprises, sans qu'il y ait davantage d'élaboration du droit international⁸⁵⁵, alors que la CDI a abordé la question dans ses rapports⁸⁵⁶ et son projet d'articles sur la responsabilité internationale des États⁸⁵⁷. De plus, ses appels à la *restitutio in integrum* n'ont fait que renforcer la pratique déjà existante de la Cour⁸⁵⁸. C'est pour cela qu'aucune section spécifique ne lui est dédiée dans ce travail, faute de matière.

Le recours au droit international pour renforcer le système de supervision s'est ainsi fait dans le cadre d'une disposition renvoyant expressément au droit international en matière d'épuisement des voies de recours internes (Chapitre 1), grâce à l'intégration d'une norme coutumière non controversée concernant la compétence *ratione temporis* (Chapitre 2), et la réception d'une jurisprudence internationale afin de reconnaître le caractère obligatoire des mesures provisoires (Chapitre 3).

Ces trois utilisations expriment bien les degrés de liberté disponibles à la Cour. La référence de l'article 35 CEDH aux principes du droit international rendait essentiel l'emploi de ce dernier ; la solidité de la norme coutumière également. Le croisement des intérêts de la Cour avec ceux d'autres institutions internationales a finalement permis l'accroissement de ses pouvoirs.

⁸⁵⁴ CPJI, 13 septembre 1928, Série A no 17, p. 47.

⁸⁵⁵ Voir par exemple, CourEDH, *Scordino c. Italie* (n°3), 6 mars 2007, § 32.

⁸⁵⁶ Pour une étude, voir Alain PELLET, « Remarques sur une révolution inachevée, le projet d'articles de la Commission du Droit international sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 42, 1996, p. 7-32 ; Alain PELLET, « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin? », *AFDI*, vol. 48, 2002, p. 1-23.

⁸⁵⁷ Assemblée générale, documents officiels, 56e session, Supplément n° 10 (A/56/10), p. 43-44.

⁸⁵⁸ Voir généralement, Loukis G. LOUCAIDES, « Reparation for Violations of Human Rights under the European Convention and Restitutio in integrum », *EHRLR*, 2008, p. 183-192.

Chapitre 1. L'épuisement des voies de recours internes, mécanisme de protection de la Cour

La nécessité d'épuiser les voies de recours internes « selon les principes du droit international généralement reconnus » de l'article 35 CEDH est une des seules références explicites au droit international dans la Convention. La signification du concept d'épuisement des voies de recours interne est cruciale pour l'application de la Convention car c'est un des filtres les plus efficaces permettant de limiter le nombre des requêtes.

La règle selon laquelle un État ne peut saisir un tribunal international pour les préjudices de ses nationaux qu'à la condition d'avoir épuisé les voies de recours internes trouve son origine dans le cadre de la protection diplomatique⁸⁵⁹. C'est en outre un sujet que la CPJI⁸⁶⁰, la CIJ⁸⁶¹ et des tribunaux arbitraux⁸⁶² ont eu à traiter. Enfin, contrairement à ce qu'il en est pour d'autres concepts du droit international, le caractère coutumier de cette règle⁸⁶³ est reconnu par différentes juridictions et la doctrine. La question qu'elle soulève n'est donc pas celle de son caractère normatif mais de son contenu⁸⁶⁴. En effet, tous s'accordent pour affirmer que la règle n'est pas absolue. Seuls les recours disponibles et efficaces doivent être utilisés⁸⁶⁵.

L'épuisement des voies de recours internes se distingue également par sa nature éminemment judiciaire et par l'existence, dès l'entrée en vigueur de la Convention, d'une jurisprudence internationale relativement fournie en la matière. Le sujet a continué d'être un terrain de recherche académique assez important depuis les

⁸⁵⁹ Voir, Antonio A. CANÇADO TRINDADE, « Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of local Remedies in International Law », *RBDI*, vol. 12, 1976, p. 499; Chittharanjan. F. AMERASINGHE, *Local remedies in international law*, Grotius, 1990, p. 11 et s. ; Denis SULLIGER, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Lausanne-Faculté de droit, 1979, p. 9 et s.

⁸⁶⁰ CPJI, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), Série A/B 76, p. 16.

⁸⁶¹ CIJ, *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955, Recueil 1955, p. 4.

⁸⁶² Voir par exemple, *Affaire des Bateaux Finlandais*, Sentence arbitrale du 9 mai 1934, Finlande c. Royaume-Uni, RSA, vol. III, p. 1484 ; *Affaire Ambatielos*, Sentence arbitrale du 6 mars 1956, Grèce c. Royaume-Uni, RSA, vol. XII, p. 91.

⁸⁶³ SULLIGER, *L'épuisement des voies de recours internes*, op. cit., p. 11.

⁸⁶⁴ JESSUP affirmait en 1956 que la règle était « bien établie mais mal définie », Philip A. JESSUP, *Modern Law of Nations*, 1956, p. 104.

⁸⁶⁵ Voir entre autres pour la doctrine récente, Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, OUP, 7^{ème} éd., 2007, p. 492 ; DAILLET et PELLET, *Droit international public*, op. cit., p. 813 ; Martin SHAW, *International Law*, OUP, 6^{ème} éd., 2008, p. 620 et article 19 ; article 15, Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, *Annuaire CDI*, 2006, vol. II(2), p. 75.

années 1960⁸⁶⁶ et de nombreuses études, sur lesquelles il n'est pas question de revenir ici, ont détaillé le contenu de l'obligation. Il s'agit plutôt d'analyser comment la référence au droit international a été utilisée. C'est en effet un sujet qui a conduit la Commission et la Cour à traiter du contenu du droit international. La doctrine a abondamment commenté la pratique et, par conséquent, les opinions dominantes du droit international devraient être facilement identifiables.

L'interprétation de cette obligation à la charge des requérants permet de se faire une idée plus précise des mécanismes liés à l'application du droit international par la Commission et la Cour. On pourrait même envisager pour ce sujet, d'étudier la « qualité » de la jurisprudence à cet égard. Ceci a d'ailleurs été effectué par Denis SULLIGER dès 1972⁸⁶⁷. Pour autant, cette approche ne sera envisagée que de manière incidente, et essentiellement pour ce qui concerne les débuts de la Commission et de la Cour, à une époque où il y avait un consensus tellement fort que son respect aurait pu faire l'objet d'un contrôle par les organes strasbourgeois⁸⁶⁸.

Enfin, en ce qui concerne l'obligation d'épuisement des voies de recours internes, les échanges entre droit international général et CEDH fonctionnent à double sens : les variations résultant de l'interprétation de cette règle au nom des spécificités de la CEDH, intégrées à la jurisprudence de la Convention, ont à leur tour participé à l'évolution de l'interprétation de la règle d'épuisement des voies de recours internes⁸⁶⁹. Le droit international général ne peut être envisagé de manière statique, comme un point de référence sur lequel la Cour aurait pu s'appuyer pour fonder sa jurisprudence, comme le texte de la Convention le lui intime pourtant.

⁸⁶⁶ Voir entre autres : AMERASINGHE, *Local remedies in international law*, *op. cit.* ; Antonio A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983 ; Joost DELBRÜCK, « The exhaustion of local remedies rule and the international protection of human rights. A plea for a contextual approach », in *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung, Mélanges Partsch*, Duncker & Humblot, 1989, p. 213-231 ; Jean GUINAND, « La règle de l'épuisement des voies de recours interne dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme », *RBDI*, 1968, p. 471 ; Henri G. SCHERMERS, « Exhaustion of domestic remedies », in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer Law International, 2002, p. 947-975 ; SULLIGER, *L'épuisement des voies de recours internes*, *op. cit.*

⁸⁶⁷ SULLIGER, *L'épuisement des voies de recours internes*, *op. cit.*

⁸⁶⁸ La théorie basant cette étude ne permet pas de tirer ce type de conclusions concernant le respect par la Cour du droit international général. La première partie a démontré que le droit international général est fluide et structuré par des opinions dominantes, minoritaires ou marginales et qu'il en va de même pour la jurisprudence de la Convention. Voir *supra* Première partie.

⁸⁶⁹ Voir *infra*. Par exemple le rapport explicatif du projet d'articles de la Commission de droit international sur la protection diplomatique de 2006 fait un usage important de la jurisprudence de la Commission et de la Cour pour venir soutenir son projet de codification. *Annuaire CDI*, 2006, vol. II(2).

Pour ces raisons, la structure de la présente analyse reprend la grille présentée dans la première partie. L'interprétation de la Cour s'est non seulement détachée du droit international général reçu à ses débuts, mais elle est en outre devenue le corpus de référence au sein du droit international général.

Avant d'analyser les différentes argumentations à la lumière des opinions séparées, il est nécessaire d'expliquer pourquoi la discussion entre les juges sur les questions relatives à l'épuisement des voies de recours internes n'apparaît que rarement ouvertement.

Selon l'article 45 CEDH,

« 1. Les arrêts, ainsi que les décisions déclarant des requêtes recevables ou irrecevables, sont motivés. 2. Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée. »

Cet article est né du Protocole n° 11. Auparavant les juges pouvaient toujours émettre leurs opinions individuelles, alors que le nouveau système limite les opinions dissidentes aux seuls « arrêts ». Cela exclut les « décisions » sur la recevabilité, sauf en Grande chambre et dans des arrêts de chambre où recevabilité et fond sont tranchés ensemble. Du coup, les juges ne peuvent que très rarement exprimer les raisons de leur désaccord en la matière. Une interprétation formaliste limite les opinions séparées aux arrêts mais une interprétation souple laisse à la Grande chambre la liberté de statuer sur la recevabilité.⁸⁷⁰

⁸⁷⁰ La Cour a interprété l'article 45 de manière formaliste, de sorte que les opinions séparées ne sont pas produites concernant les décisions. Dès lors, elles sont généralement exclues en matière de recevabilité. Néanmoins, cela devient possible lorsque la chambre tranche à la fois la recevabilité et le fond, car c'est alors un « arrêt ». C'est également le cas devant la grande chambre, qui selon l'article 43 § 3 CEDH, ne statue que par des « arrêts ». Or, il n'a pas été prévu dans la Convention que la Grande chambre puisse traiter de la recevabilité et revenir sur des « décisions », mais en la matière, la conception de la Cour avant le protocole 11 a perduré. La Grande chambre a pris une vue non formaliste et a décidé qu'elle était également compétente pour réapprécier de la recevabilité, même si cela n'entre pas expressément dans son champ d'attribution. Cela signifie en pratique que, toujours selon la terminologie de la Cour, la Grande chambre émet des « arrêts » également en matière de recevabilité, ouvrant ainsi la voie aux opinions séparées à ce stade. Il est difficile de comprendre l'intérêt de cette situation. Cela empêche de savoir qu'elle est la répartition des votes, lorsqu'une décision non unanime sur la recevabilité est prise. Elle rend beaucoup moins transparent le processus de décision et empêche la compréhension des points de tension sur les décisions de recevabilité prise à la majorité. Et c'est certainement, une des raisons expliquant le très faible nombre d'opinions dissidentes à propos de l'application de la règle par la nouvelle Cour. Or elles démontrent comment les opinions minoritaires se structurent face aux opinions dominantes. Si les opinions individuelles sont acceptables quant à la recevabilité des arrêts de chambre en joignant fond et recevabilité et des arrêts

La jurisprudence des organes de la Convention concernant l'épuisement des voies de recours a suivi plusieurs mouvements. Le premier fut essentiellement mené par la Commission, où elle a tenté de cerner le contenu de cette norme d'après les indices des interprétations dominantes en droit international. Il s'est agi d'une phase de réception de la règle (Section 1). Le second mouvement est celui où cette approche a été questionnée, hors des objectifs assignés à la règle dans son contexte originel de protection diplomatique, mais selon les valeurs du système conventionnel. Ce second temps est celui de la Cour. Il fallait rendre compatible la finalité de la règle en droit international, essentiellement protectrice de la souveraineté des États, avec celle du système européen de protection des droits de l'homme (Section 2). Le dernier temps marque la disparition de la référence au droit international général. Le contenu de la norme ne s'exprime plus qu'à travers la relecture de sa propre jurisprudence, où le droit international n'est qu'un écho, présent uniquement à cause des décisions antérieures (Section 3).

Évidemment, ces trois phases ne peuvent être totalement dissociées et se chevauchent parfois. Toutefois cette lecture permet d'analyser de manière plus fine le développement d'un espace juridique propre à la CEDH dont les racines et le fondement se situent en droit international.

Section 1. Une règle originellement destinée à protéger les États

Ayant été la première à devoir statuer sur le contenu de la notion d'épuisement des voies de recours internes, la Commission a clairement utilisé les indices classiques de détermination du contenu des opinions dominantes en droit international. Et dans un premier temps, la Cour en a repris les principaux éléments.

En 1959, concomitamment avec les débuts des travaux de la Commission, la CIJ a constaté que « la règle selon laquelle des recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier »⁸⁷¹. Cela a été rappelé plus récemment dans l'affaire

de Grande chambre, il est impossible de comprendre en quoi les décisions de recevabilité prises par une chambre diffèrent.

⁸⁷¹ CIJ, *Interhandel* (Suisse c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 21 mars 1959, Recueil 1959, p. 27.

ELSI où elle a affirmé qu'il s'agissait d'un « principe important de droit international coutumier »⁸⁷².

Or si le rôle des organes de la Convention est donc bien ici de déterminer le contenu d'une coutume internationale, on observera qu'ils se sont abstenus de faire usage des deux éléments de la coutume⁸⁷³. Ils ont utilisé les indices portant la trace des opinions dominantes (§ 1) mais également admis que l'objectif était le même qu'en droit international, la protection des États (§ 2).

§ 1. La délimitation de la règle par recours aux opinions dominantes du droit international

Dès ses premières décisions, la Commission s'est référée aux « principes de droit international généralement reconnus » sans toutefois articuler de manière précise son développement. Si le contenu matériel de la règle utilisée paraît se conformer à la conception dominante de l'époque, il est difficile de se faire une opinion claire car les premières décisions d'irrecevabilité ont une motivation extrêmement lapidaire.

Il faut néanmoins rappeler que, pour l'aider dans son interprétation, la Commission était aidée par un rapport, adjoint aux travaux de la Conférence de hauts fonctionnaires de juin 1950, analysant le droit international en la matière⁸⁷⁴. Ce rapport est exceptionnel, car ce n'est que pour la référence aux « principes de droit international généralement reconnus » que les travaux préparatoires de la Convention contiennent une étude complète de la jurisprudence internationale. Il est en outre probable que la Commission, qui comptait parmi ses membres d'aussi éminents internationalistes que les professeurs EUSTATHIADES, SØRENSEN, SÜSTERHENN et WALDOCK, ait été particulièrement bien informée du contenu de ce rapport.

La Commission a fini par rédiger des décisions où elle était plus explicite sur l'interprétation de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Dans la décision *Nielsen c. Danemark* du 2 septembre 1959, soit quatre années après ses

⁸⁷² CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (États-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989, Recueil 1989, p. 42, § 50.

⁸⁷³ Voir *supra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 2.

⁸⁷⁴ Voir *Travaux Préparatoires CEDH*, vol. IV.

premières décisions, elle a fait ouvertement référence au rapport d'experts⁸⁷⁵. Mais elle ne s'est pas arrêtée là. Elle a également proposé sa propre lecture des sources du droit international évoquées dans le rapport.

Pour la première fois, dans cette décision, la Commission a ainsi mentionné l'ensemble des indices usuellement retenus pour identifier les opinions dominantes en droit international : arrêt de la Cour permanente de justice internationale (affaire *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*⁸⁷⁶), arrêt de la Cour internationale de justice (affaire *Interhandel*⁸⁷⁷), sentence arbitrale (affaire *Ambatielos*⁸⁷⁸) et, fait plus rare, une résolution de l'Institut de droit international (résolution de Grenade, 1956⁸⁷⁹), dont il a été noté dans la première partie, la proximité avec ce qui pourrait le mieux représenter le consensus dominant au sein des juristes internationaux.

Deux ans plus tard, la Commission a de nouveau eu recours à ces références dans les affaires *Autriche c. Italie* du 11 janvier 1961⁸⁸⁰ et *Retimag c. Allemagne* du 19 décembre 1961⁸⁸¹. Dans ces deux décisions, elle a également cité l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*⁸⁸² de la CPJI, l'affaire *Nottebohm*⁸⁸³ de la CIJ et la sentence arbitrale dans l'affaire des *Bateaux Finlandais*⁸⁸⁴. Toutes ces références, qui apparaissaient déjà dans le rapport des experts de 1950, permettent ici de mieux comprendre comment la Commission a interprété et appliqué le droit international.

Les parties ont également influencé cet usage. Dans l'affaire *Nielsen*, le gouvernement défendeur a évoqué la décision arbitrale *Salem*⁸⁸⁵. Dans l'affaire *Autriche c. Italie*, les deux gouvernements ont également cité de manière extensive la jurisprudence internationale en la matière (*Salem*, *Navires finlandais*, *Ambatielos*) pour soutenir leurs arguments.

⁸⁷⁵ ComEDH, *Nielsen c. Danemark*, 2 septembre 1959, (déc.), *Ann. CEDH* II, p. 437.

⁸⁷⁶ CPJI, *Compagnie d'électricité belge de Sofia et de Bulgarie* (Belgique c. Bulgarie), 4 avril 1939, Série A/B n°77.

⁸⁷⁷ CIJ, *Interhandel* (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 21 mars 1959, *Rec. 1959*, p. 27.

⁸⁷⁸ 1956, *International Law Reports*, p. 306.

⁸⁷⁹ Session de Grenade, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1956, p. 358.

⁸⁸⁰ ComEDH, *Autriche c. Italie*, (déc.), 11 janvier 1961, *Ann. CEDH* IV, 1961.

⁸⁸¹ ComEDH, *Retimag SA c. Allemagne*, (déc.), 16 décembre 1961, *Ann. CEDH* IV, p. 29.

⁸⁸² CPJI, 28 février 1939, Série A/B n°76, p. 16.

⁸⁸³ CIJ, *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt du 6 avril 1955, *Recueil 1955*, p. 4.

⁸⁸⁴ *Affaire des Bateaux Finlandais*, sentence arbitrale du 9 mai 1934, Finlande c. Royaume-Uni, RSA, vol. III, p. 1484.

⁸⁸⁵ ComEDH, *Nielsen c. Danemark*, 2 septembre 1959, (déc.), *Ann. CEDH* II, p. 438.

Enfin, dans l'affaire *Nielsen*, la Commission a décrit, après son étude du droit international, le contenu des « règles relatives à l'épuisement des voies de recours internes, telles qu'elles sont généralement admises de nos jours »⁸⁸⁶. Dans l'affaire *Autriche c. Italie*, elle a explicitement déterminé les exigences de la règle « d'après les conceptions *dominantes* de nos jours en la matière »⁸⁸⁷.

Il est notable que ces dernières décisions ne sont qu'indirectement informées par la pratique des États qui apparaît seulement dans les références à la doctrine faites par certains arbitres. La pratique est ainsi escamotée de l'analyse de la Commission. Cela ne reflète pas les enjeux théoriques des différentes visions doctrinales de la coutume, qui, quelles qu'elles soient, lui assignent une portée importante.⁸⁸⁸ Il ne faut cependant pas sur-interpréter cette position pour y voir une conception divergente de la Commission, ou de la Cour, mais davantage une nouvelle preuve que le droit international général est conçu comme l'ensemble des opinions dominantes.

Une fois la pratique analysée, même indirectement, il n'est plus nécessaire d'y faire référence pour les nouvelles interprétations de la norme. Parce que son incorporation est implicite, elle sera d'autant plus facile à ignorer par la suite.

Il est à cet égard important de mentionner les travaux préparatoires de la Convention, très explicites sur l'utilité de la référence au droit international en ce qui concerne l'épuisement des voies de recours internes :

« Le Comité a ajouté au texte de l'article [...] les mots "tel qu'il est entendu en droit international généralement reconnu" afin d'indiquer que pour décider si les voies de recours internes sont épuisées, il y aura lieu de tenir compte de la jurisprudence établie en la matière et selon laquelle des cas où les juridictions nationales retardent indûment leurs décisions sont assimilés aux cas d'épuisement des voies de recours. »⁸⁸⁹

On comprend mieux dès lors l'utilisation du terme « reconnu », qui vise la reconnaissance de la règle par les juridictions internationales. La Commission n'a rien fait d'extraordinaire dans sa pratique interprétative, du moins s'est-elle conformée aux attentes des rédacteurs de la Convention.

⁸⁸⁶ *Ibid.* p. 441.

⁸⁸⁷ ComEDH, *Autriche c. Italie*, (déc.), 11 janvier 1961, *Ann. CEDH* IV, 1961, p. 169. Italiques ajoutés.

⁸⁸⁸ Voir *supra* coutume.

⁸⁸⁹ *Travaux Préparatoires CEDH*, vol. IV, p. 39.

En conséquence, conformément à la pratique des tribunaux internationaux⁸⁹⁰, la charge de la preuve de l'épuisement pèse sur le requérant, sauf s'il apporte des preuves de « circonstances particulières » permettant de l'en dispenser. En revanche, il incombe à l'État défendeur de démontrer que les recours non utilisés auraient été à même de redresser le grief soulevé⁸⁹¹.

Toutefois, le recours quasi-exclusif à la jurisprudence internationale peut être également expliqué par le caractère éminemment judiciaire de la règle, laquelle ne peut prendre sens que dans une procédure devant un tribunal. Vérifier comment d'autres instances internationales ont traité la question peut en effet paraître plus utile que de décrypter la pratique étatique. Les attitudes et arguments des États devant les tribunaux internationaux ne sauraient produire une preuve fiable d'une pratique, car ils vont dans le sens de l'intérêt immédiat davantage qu'ils ne résultent de conceptions d'ordre général. Pour un État défendeur, il faut argumenter dans le sens du non-épuisement, et inversement pour un État requérant⁸⁹².

Quoi qu'il en soit, les débuts de l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes sont basés sur le droit international général avec l'intégration de l'objet de cette règle telle que déterminé dans le contexte de la protection diplomatique.

§ 2. La réception de l'objet de la règle en droit international général

La Commission a exprimé une position classique sur l'objet de la règle d'épuisement en droit international : elle « est fondée sur le principe que l'État défendeur doit pouvoir d'abord redresser le grief allégué par ses propres moyens dans le cadre de son ordre juridique interne »⁸⁹³. Dans ses premières décisions, la Commission n'a pas cherché à distinguer les contextes : qu'il s'agisse de la protection diplomatique ou de droit international des droits de l'homme, le contenu matériel et l'objet semblent aller de concert.

⁸⁹⁰ Voir John DUGARD, *Troisième rapport sur la protection diplomatique*, 54ème session de la CDI, 2002, A/CN.4/523, p. 41-47.

⁸⁹¹ *Affaire Ambatielos*, Sentence arbitrale du 6 mars 1956, (Grèce c. Royaume-Uni), *RSA*, vol. XII, p. 119.

⁸⁹² Ceci est d'ailleurs bien démontré par la Belgique, qui, certes avec 50 ans d'intervalle, a plaidé pour deux conceptions très opposées entre l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* et l'affaire *Barcelana Traction*, AMERASINGHE, *Local remedies in international law*, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁹³ ComEDH, *Nielsen c. Danemark*, 2 septembre 1959, (déc.), *Ann. CEDH II*, p. 439.

La Cour a exprimé la même position :

« la règle de l'épuisement des voies de recours internes délimite le domaine dans lequel les États contractants ont consenti à répondre des manquements qui leur sont reprochés devant les organes de la Convention »⁸⁹⁴.

Il s'agit donc de respecter la volonté des États. Les outils habituels de reconnaissance du contenu du droit international ont été utilisés, en conformité avec la plupart des auteurs. L'épuisement des voies de recours internes sert à offrir à l'État incriminé la possibilité de réparer le préjudice avant que la procédure puisse être internationalisée. Selon cette perspective, tout jugement international constatant une violation du droit international constitue une atteinte à la souveraineté de l'État concerné. Ceci est souligné dans la décision *Autriche c. Italie*. La Commission est d'ailleurs allée plus loin en rappelant le caractère unique de cette procédure impliquant des individus qui pourraient également être des non-nationaux :

« Considérant que par la Convention européenne, les États contractants ont établi un système de protection internationale des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour toutes les personnes relevant de leur juridiction, indépendamment de leur nationalité ; que ce système de protection internationale s'étend donc aux ressortissants de l'État qui aurait violé la Convention et aux apatrides, autant qu'aux ressortissants d'autres États ; que le principe sur lequel se fonde la règle de l'épuisement des voies de recours internes et les considérations qui ont amené l'introduction de celle-ci en droit international général s'appliquent manifestement, à plus forte raison, à un système de protection internationale dont bénéficient les propres ressortissants d'un État aussi bien que les étrangers »⁸⁹⁵.

De telles remarques pourraient sembler dépassées alors les droits de l'homme ne sauraient varier selon la nationalité du détenteur, tant qu'il se trouve dans la juridiction de l'État, tel qu'établi par l'article 1 CEDH. Mais ces considérations de la Commission suggèrent bien son état d'esprit à ses débuts et sa volonté de minimiser les désagréments d'une procédure internationale de contrôle.

⁸⁹⁴ CourEDH, *De Wilde, Ooms, Versyp c. Belgique* ('Vagabondage'), 18 juin 1971, Série A 12, § 50.

⁸⁹⁵ ComEDH, *Autriche c. Italie*, (décision), 11 janvier 1961, Annuaire IV, p. 149-151.

Dans *Retimag*, quelques mois plus tard, la Commission a néanmoins reconnu que des limites à l'obligation ont été posées par la jurisprudence internationale dans le cadre de la protection diplomatique :

« Considérant, cependant, que les voies de recours qui ne permettent pas de redresser le grief allégué ne sauraient passer pour efficaces ou suffisantes ; qu'elles n'ont donc pas besoin d'être épuisées, selon les principes de droit international généralement reconnus ». ⁸⁹⁶

La règle de l'épuisement des voies de recours ne vise pas uniquement la protection des États. Implicitement l'individu est également protégé ; il ne doit pas être contraint d'utiliser les recours inefficaces ou insuffisants. L'objectif de la règle est donc double : protéger la subsidiarité (et donc l'intérêt des États) comme les victimes (protection des droits de l'homme). Il n'y a donc pas d'affrontement entre les finalités du droit international et celles de la CEDH, mais davantage une tension entre la protection des États et celle des individus dans des situations particulières.

Pour les régler, un mécanisme de mise en balance, ou test de proportionnalité, doit être inclus dans l'application de cette règle. La question la plus importante est donc de savoir quels intérêts seront favorisés.

La Commission a tout de suite assorti cette exception d'une limite :

« un individu n'est pourtant pas relevé de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes, tant qu'il existe un recours qui, manifestement, n'est pas *dépourvu de toute chance de succès* (Aff. arbitr. Ambatielos; Aff. Bateaux finlandais, Rec. ONU, tome III, pages 1481 - 1550) ; qu'en outre, s'il existe un doute quant à la question de savoir si une voie de recours déterminée peut être ou non de nature à offrir une chance réelle de succès, c'est là un point qui doit être soumis aux tribunaux internes eux-mêmes, avant tout appel au tribunal international (Aff. du Chemin de fer Panevezys Saldutiskis C.P.J.I., série A/B n° 76). » ⁸⁹⁷

⁸⁹⁶ ComEDH, *Retimag SA c. Allemagne*, (déc.), 16 décembre 1961, Annuaire IV, p. 41.

⁸⁹⁷ *Ibid.* Italiques ajoutés.

L'exception concerne donc uniquement les recours manifestement dépourvus de toute chance de succès. C'est la formulation la plus défavorable aux requérants⁸⁹⁸. Cela diffère notablement du droit d'avoir le recours le plus efficace, qu'il soit au niveau national ou international, tel que présenté par Chittharanjan F. AMERASINGHE⁸⁹⁹.

La Commission a conçu les exceptions très étroitement : « la règle de l'épuisement des voies de recours internes est stricte et doit s'interpréter en conséquence »⁹⁰⁰. Il suffit donc pour considérer que ce critère n'est pas rempli qu'un recours qui « eût eu quelque chance de faire aboutir l'ensemble de sa demande »⁹⁰¹ ait été omis.

Il faut aussi noter que les deux décisions de 1961, *Retimag* et *Autriche c. Italie*, si elles ont bien étudié la portée de l'obligation des voies de recours internes en droit international, ont abouti à des décisions favorables aux États défendeurs. Il s'est agi d'une application de la règle protectrice de la souveraineté.

Et même si dans l'affaire *Nielsen* la Commission a fini par déclarer recevable une partie de la requête, l'argumentation du gouvernement défendeur ne visait pas à démontrer un manquement à l'obligation d'épuisement⁹⁰², mais uniquement que le délai n'avait pas été respecté car le dernier recours utilisé, une voie exceptionnelle, ne comptait pas. La Commission a rejeté cet argument et imposé aux demandeurs d'utiliser les recours extraordinaires dès lors qu'ils permettaient de répondre aux griefs, même au prix d'un revirement de la juridiction nationale suprême, ou de trancher un cas de figure non traité⁹⁰³. C'est une quête difficile, ayant peu de chances de succès, et entraînant un net allongement de la procédure. Ceci ne répond donc pas à l'intérêt des requérants de voir leur grief traité efficacement.

Il faut cependant remettre la jurisprudence de la Commission dans son contexte. Elle est la garantie institutionnelle souhaitée par les États pour réduire au minimum les cas de saisine d'une cour internationale. La Commission a été conçue avant tout

⁸⁹⁸ Voir Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, *Annuaire CDI*, 2006, vol. II(2), p. 80.

⁸⁹⁹ AMERASINGHE, *Local remedies in international law*, *op. cit.*, p. 72.

⁹⁰⁰ ComEDH, *Retimag SA c. Allemagne*, (déc.), 16 décembre 1961, *Annuaire IV*, p. 42.

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² ComEDH, *Nielsen c. Danemark*, (déc.), 2 septembre 1959, *Annuaire II*, p. 439. Le délai de 6 mois démarre après le dernier recours à épuiser. Si la dernière action n'était pas un recours utile alors le délai commence au prononcé de la décision précédente pouvant rendre une requête irrecevable pour non-respect du délai de 6 mois.

⁹⁰³ *Ibid.*

comme un organe de filtrage censé rejeter toutes les demandes « fantaisistes »⁹⁰⁴, qu'une telle institution n'aurait manqué d'attirer. Le soupçon face au droit de recours individuel est d'ailleurs clairement établi à travers deux mécanismes de protection : le caractère facultatif et la possibilité d'accepter le recours pour une période limitée, une période d'essai en quelque sorte.

Il a fallu plus de temps pour que la Commission et la Cour reconsidèrent la signification de la transposition de règles issues de la protection diplomatique dans un système de protection des droits individuels.

Section 2. Une stabilisation de l'interprétation de la règle par le recours au droit international

L'obligation d'épuisement des voies de recours internes imposée par le droit international est évidemment soumise à conditions. En effet, si les États pouvaient créer une voie de recours obligatoire mais qui offrirait des chances quasi nulles d'obtenir gain de cause, ou assorties de délais excessifs, alors l'obligation d'épuiser les recours internes ferait du droit de recours individuel une coquille vide.

D'un autre côté, il se pourrait bien que dans certains États l'obligation d'épuisement soit structurellement préjudiciable au requérant et à la nécessité de lui rendre justice, et que les organes strasbourgeois soient les mieux à même à produire la solution la plus satisfaisante. En effet, la capacité des juridictions internes de traiter des violations de la Convention dépend de plusieurs éléments : du statut de la CEDH en droit interne, de la capacité à utiliser la jurisprudence des organes conventionnels pour influencer l'interprétation du droit national ou écarter les normes nationales incompatibles, et enfin de la volonté des juges nationaux de suivre ces interprétations⁹⁰⁵. Mais cette approche *pro victima* pourrait, cette fois, vider de sa substance l'obligation d'utiliser prioritairement les voies de recours nationales et de laisser aux États la possibilité de remédier eux-mêmes à la situation. De plus, la Cour a toujours affirmé, que l'article 13 qui garantit le droit à un recours effectif, n'imposait aucune solution particulière aux États en termes d'incorporation de la

⁹⁰⁴ « La Commission, dont les fonctions sont déterminées par l'article 10 servira de crible ou de filtre aux nombreuses pétitions fantaisistes qui pourraient inonder la Cour. », *Travaux Préparatoires CEDH*, vol. I, p. 123.

⁹⁰⁵ Voir par exemple, Alexandre SICILIANOS, « La « réforme de la réforme » du système de protection de la CEDH », *AFDI*, vol. 49, 2003, p. 614 et s.

Convention et de la jurisprudence de la Cour⁹⁰⁶, même si l'intention des auteurs « se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne »⁹⁰⁷.

Les trois décisions évoquées dans la section précédente, *Autriche c. Italie*, *Retimag et Nielsen*, posent les bases d'une interprétation protectrice des États. Néanmoins, la Cour et la Commission ne se sont pas limitées à une interprétation de la pratique défavorable aux requérants. C'est en s'appuyant sur l'absence de formalisme en droit international⁹⁰⁸ qu'elles ont interprété l'obligation plus souplesment et au bénéfice de ces derniers.

Il convient de replacer le droit de recours dans la perspective du système de garantie des droits fondamentaux. Du point de vue de la victime, en effet, la violation du droit garanti est bien plus grave que l'oubli d'une voie de recours interne. Toute omission pourrait alors se justifier en fonction du degré d'atteinte au droit. En d'autres termes, le fond de l'affaire prévaudrait sur le respect de la procédure.

On pourrait alors penser avec Antonio CANÇADO TRINDADE que la référence au droit international général pour préciser la notion d'épuisement des voies de recours n'était qu'une échappatoire face à une notion imprécise et qu'elle devrait surtout être appréciée concrètement⁹⁰⁹.

Si l'obligation doit être interprétée selon les opinions dominantes du droit international, alors aucune de ces positions ne peut être acceptable, celles-ci n'ayant pas été validées par les juridictions internationales. Les juges ne sauraient trancher entre défense de la subsidiarité (apologie) et approche *pro-victima* (utopie). Ils se doivent de recourir à des éléments de chaque approche et de tenter de tracer des lignes autour desquelles la jurisprudence s'est stabilisée. Il s'agit ici d'une phase d'auto-observation.

⁹⁰⁶ « La Cour estime [...] que l'article 13 [...] ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un État contractant comme contraires en tant que telles à la Convention ou à des normes juridiques nationales équivalentes. », CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, Série A 98, § 112.

⁹⁰⁷ CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Série A 25, § 239.

⁹⁰⁸ Il faut souligner que c'est la structure même de l'argumentation en droit international qui permet de fonder une interprétation stricte de l'exception, mais également une interprétation non-formaliste. Voir *supra* Introduction et KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, *op. cit.* p. 336-337.

⁹⁰⁹ CANÇADO TRINDADE, *The Application of Rule of Exhaustion of Local Remedies*, *op. cit.*, p. 53.

C'est dans l'affaire *Ringeisen* que la Cour a pour la première fois explicitement travaillé sur les tensions inhérentes au droit international. Son cheminement pourrait alors se décrire comme une ligne dans le sable, avec des variations et différentes formulations de la règle qui oscillent dans un formalisme plus ou moins appuyé (§ 1).

Mais en plus de cette ligne interne au droit international, une approche *pro victima* s'est opposée à son principe même. Cette position « marginale »⁹¹⁰ fut défendue avec constance par le juge MERTENS dans ses opinions dissidentes (§ 2).

§ 1. De *Ringeisen* à *Van Oosterwijck* : une ligne dans le sable

Dans les premiers temps de sa jurisprudence, la Commission s'est mise dans le sillon de la jurisprudence internationale classique en matière de protection diplomatique : seuls les recours manifestement voués à l'échec pourraient être omis. Or cette position découle de la nécessité de protéger le consentement des États, qui n'ont accepté la compétence des organes strasbourgeois qu'après épuisement des voies de recours internes.

L'affaire *Ringeisen c. Autriche* du 16 juillet 1971⁹¹¹ a fourni l'occasion à la Cour d'examiner quinze ans de jurisprudence de la Commission en la matière et d'établir une doctrine entre formalisme et souplesse. En l'espèce, la décision de la Cour constitutionnelle autrichienne n'avait été prise que deux mois après le dépôt de la requête et trois jours après l'enregistrement formel⁹¹². La Commission avait décidé que cela ne posait pas de problèmes tant que l'épuisement était effectif à la date où elle devait statuer sur la recevabilité. Cela a été évidemment contesté par le gouvernement défendeur pour qui l'épuisement se devait d'être réalisé dès le dépôt du recours. Il y a donc une opposition entre une interprétation insistant sur la protection de la volonté des États et une autre cherchant à privilégier l'accès des victimes au système.

Pour justifier son approche flexible de la règle, la Cour, suivant en cela la Commission, a utilisé un autre principe général du droit international : « le droit international ne peut être appliqué avec le même formalisme que celui qui s'impose

⁹¹⁰ Voir *supra* première partie.

⁹¹¹ CourEDH, *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, Série A13.

⁹¹² *Ibid.* § 93.

parfois dans l'application du droit interne »⁹¹³. La Cour avait déjà affirmé dans l'affaire *Stögmüller* que « le droit international [...] est loin de donner à la règle de l'épuisement la portée rigide que le Gouvernement semble lui attribuer »⁹¹⁴ même si, à cette occasion, cela n'a eu aucune conséquence sur la pratique de l'application de la règle.

Il faut ainsi évaluer si cette appréciation est compatible avec les interprétations dominantes de l'époque. Or parmi les éléments déterminants du droit international général, deux décisions pourraient sembler contradictoires.

Dans l'affaire *Administration du prince von Pless*⁹¹⁵, la CPJI a accepté, dans son ordonnance sur les mesures provisoires, de ne traiter de l'épuisement des voies de recours internes qu'au moment de la décision sur le fond. Surtout, elle a conclu que l'épuisement n'était nécessaire qu'à cette phase de la procédure, et non pas au moment de la saisine⁹¹⁶.

Quelques années plus tard, elle a pris une position différente dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*⁹¹⁷. La Belgique invoquait la protection diplomatique encadrée par un traité bilatéral. Les juges de La Haye ont décidé que l'obligation d'épuisement des voies de recours devait être complètement remplie au moment de la saisine. Toutefois, ils ont trouvé le fondement de cette obligation dans le traité bilatéral et non dans le droit international coutumier. Ce n'est pour autant pas un argument décisif, car cette disposition a été rédigée de manière classique, et c'est ce type de clauses qui a contribué à l'émergence de la règle en droit coutumier.⁹¹⁸

Ainsi, il est possible de procéder à une lecture conciliant les deux décisions avec celle de la Commission dans *Ringeisen*, en attribuant à la seconde une spécificité du traité, et à la première le contenu du droit international général. Il est aussi envisageable que ces deux décisions partant de prémisses opposées soient irréconciliables. Même si c'était le cas, cela ne serait pas problématique, au moins du point de vue de la compatibilité de la décision *Ringeisen* avec le droit international général. En effet, la Cour a clairement situé l'obligation d'épuisement au sein du droit

⁹¹³ *Ibid.* § 89.

⁹¹⁴ CourEDH, *Stögmüller c. Autriche*, 10 novembre 1969, Série A 9.

⁹¹⁵ CPJI, *Administration du prince von Pless*, ordonnance, 11 mai 1933, (Demande en indication de mesures conservatoires), Série A/B 52.

⁹¹⁶ *Ibid.* pp. 15-16.

⁹¹⁷ CPJI, *Compagnie d'électricité belge de Sofia et de Bulgarie*, 4 avril 1939, Série A/B n°77.

⁹¹⁸ SULLIGER, *L'épuisement des voies de recours internes*, *op. cit.*, p. 12 et s.

international, tout en adaptant la règle aux particularités de la CEDH, donc en invoquant des arguments de spécialité. En effet, parmi les raisonnements avancés en faveur d'une souplesse dans l'application de la règle se trouve le fait que nombre des requérants « sont des profanes »⁹¹⁹, non représentés par des avocats, au contraire de la protection diplomatique quand il s'agit de la défense d'intérêts commerciaux comme dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*. De plus, la Cour a aussi accepté qu'il puisse être remédié au défaut d'épuisement des recours internes lors du dépôt d'une nouvelle requête.⁹²⁰

De la sorte, si la décision définitive intervient avant la décision de recevabilité et que la requête est déclarée irrecevable, il suffit déposer de nouveau la requête, en joignant la preuve de la décision définitive, pour que cette dernière soit recevable. Cette approche pragmatique n'a donc véritablement d'impact que sur le requérant, qui bénéficie d'un traitement plus rapide, et sur la Cour, qui évite de traiter deux fois une même requête. Au contraire, dans le cadre de la protection diplomatique, un rejet peut produire des effets beaucoup plus importants en faveur de l'État défendeur, car l'État exerçant la protection diplomatique pourrait changer d'avis ou bien, comme dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, la clause d'acceptation de la juridiction du tribunal pourrait être dénoncée entre temps. Une situation similaire, assez improbable dans l'ancien système, est devenue impossible avec le Protocole n°11 rendant obligatoire l'acceptation du recours individuel et de la juridiction de la Cour.

Dans l'affaire *Ringeisen*, la Cour a pris une position qui, bien que favorable au requérant, est compatible avec un droit international général au service de la protection des intérêts étatiques. Comme elle l'a déclaré dans cette affaire, « aucun intérêt légitime de l'État défendeur n'a pu être lésé par la circonstance que l'introduction et l'enregistrement de la requête ont quelque peu précédé l'arrêt final de la Cour constitutionnelle »⁹²¹.

Cette ligne jurisprudentielle est aussi conciliable avec un principe du droit international reconnu dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, selon lequel « une juridiction internationale n'est pas tenue d'attacher à des considérations de

⁹¹⁹ CourEDH, *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, Série A 13, § 92.

⁹²⁰ SCHERMERS, « Exhaustion of domestic remedies », *op. cit.*, p. 959.

⁹²¹ CourEDH, *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, Série A 13, § 93.

forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne »⁹²². Dans cette affaire, la CPJI a admis qu'un défaut procédural auquel il peut aisément être remédié par une nouvelle requête ne doit pas être « une raison suffisante pour débouter le demandeur de sa requête »⁹²³. La Commission et la Cour avaient donc un précédent comparable dans la jurisprudence de la CPJI pour fonder ce principe, répété à de nombreuses reprises, que l'article 26 (désormais art. 35) doit s'interpréter « avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif »⁹²⁴.

Pour autant, quelques années après la décision *Ringeisen*, la Cour a exceptionnellement rejeté l'interprétation de la notion d'épuisement favorable au requérant développée par la Commission dans l'affaire *Van Oosterwijck c. Belgique*⁹²⁵. Le caractère unique de cette décision tient au fait que la Cour n'a rejeté l'interprétation de la Commission en matière de recevabilité qu'extrêmement rarement⁹²⁶. En outre il s'agit là d'une des dernières décisions où la Cour s'est appuyée sur le droit international général pour avancer une interprétation plus favorable aux États défendeurs.

En l'espèce, le requérant souhaitait faire procéder à une rectification de son état civil sur la base des opérations médicales de changement de sexe qu'il avait subies. Cela lui avait été refusé par les juridictions internes, et en dernier lieu par décision d'une cour d'appel du 7 mai 1974. Pour la majorité des juges de la Cour, deux éléments étaient problématiques : d'une part, l'absence de pourvoi en cassation et, d'autre part, l'absence de référence à l'article 8 de la Convention, alors même qu'une jurisprudence de 1971⁹²⁷ avait affirmé la primauté de la CEDH sur la loi dans l'ordre juridique belge. Ainsi, en suivant *l'affaire des Navires finlandais* établissant une présomption que les recours nationaux sont « accessibles et adéquats »⁹²⁸ sauf preuve du contraire⁹²⁹, la Cour a reçu l'exception d'absence d'épuisement des voies de recours. Le requérant n'a pas offert à l'État défendeur « l'occasion que la règle de l'épuisement a précisément pour finalité de ménager en principe aux États :

⁹²² CPJI, *Concessions Mavrommatis de Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), 30 août 1924, Série A n°2, p. 34.

⁹²³ *Ibid.*

⁹²⁴ CourEDH, *Guzzardi c. Italie*, Ass. plénière, 6 novembre 1980, Série A 39, § 72.

⁹²⁵ CourEDH, *Van Oosterwijck c. Belgique*, 6 novembre 1980, Série A 40.

⁹²⁶ Le juge MERTENS n'a compté que deux instances jusqu'en décembre 1989. Opinion dissidente du juge MERTENS, CourEDH, *Brozicek c. Italie*, Ass. plénière, 19 décembre 1989, Série A 167.

⁹²⁷ Cour de cassation belge, arrêt du 27 mai 1971, *affaire Fromagerie Franco-Suisse Le Ski, Pasicrisie belge*, 1971, I, p. 886-920.

⁹²⁸ CourEDH, *Van Oosterwijck c. Belgique*, 6 novembre 1980, Série A 40, § 27.

⁹²⁹ *Ibid.*

redresser les manquements allégués à leur rencontre »⁹³⁰. Au contraire, pour les quatre juges dissidents et la Commission, ces deux possibilités étaient très incertaines car elles n'avaient jamais été tentées dans ce contexte.

En somme, le véritable problème était de traiter l'incertitude engendrée par une question nouvelle relative à la CEDH dans un ordre juridique interne. En effet, il est impossible de connaître, avant la décision de la juridiction suprême, si elle ne va pas se départir de sa jurisprudence, même établie. L'appréciation de cette question relève alors de la prospective. S'il s'agit de prendre la position exclusive du requérant, alors il faut accepter l'épuisement en cas d'absence de jurisprudence favorable des tribunaux supérieurs. L'inverse forcerait les requérants à saisir tous les échelons, rajoutant de nombreuses années à la procédure sans réelles chances de succès.

D'un autre côté, du point de vue de l'État défendeur, une décision nationale est beaucoup plus acceptable qu'une décision strasbourgeoise lorsqu'il s'agit de situations socialement controversées. Surtout, cela laisse à la juridiction suprême l'occasion de rectifier sa jurisprudence sans intervention du système strasbourgeois.

Même si dans l'affaire *Van Oosterwijck* la Cour a tranché en faveur de la subsidiarité, suivant sa position traditionnelle en matière de droit international, la décision *Ringeisen* légitime le développement d'objectifs alternatifs et la prise en compte de la défense des droits individuels. Cela ouvre une nouvelle approche, qui ne serait plus compatible avec les opinions dominantes du droit international.

§ 2. Entre défense des États et approche « cloud cuckoo-land »⁹³¹ ou *pro victima*

Dans l'affaire *Retimag*, la Commission a établi que « la règle de l'épuisement des voies de recours est stricte et doit s'interpréter en conséquence »⁹³². Cette position avait été adoucie selon une application peu contestable de la jurisprudence de la CPJ pour incorporer une approche non-formaliste⁹³³. Pour autant, le débat entre les

⁹³⁰ *Ibid.* § 34.

⁹³¹ Sir FITZMAURICE a affirmé dans son opinion dissidente dans l'affaire *Guzzardi*, que le résultat de l'affaire « nous amène dans cette zone de l'absurde désignée en anglais par l'expression “cloud-cuckoo land” », CourEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, Série A 39.

⁹³² ComEDH, *Retimag SA c. Allemagne*, (décision), 16 décembre 1961, Annuaire IV, pp. 29-42, p. 407.

⁹³³ *Supra*, CourEDH, *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, Série A 13.

organes de la Convention ne se limitait pas à déterminer si l'absence de formalisme devait primer sur l'interprétation stricte. Au contraire, certains ont voulu argumenter dans le sens d'une transformation de la règle, pour ne répondre qu'à l'objectif de protection des individus, sans chercher à concilier les objectifs divergents.

Dès lors qu'il leur fallait être à la fois « formaliste » et « humaniste », la Cour et la Commission ont dû revenir dans les décisions *Ringeisen* à *Van Oosterwijck* sur l'unité du droit international tel qu'appliqué dans le cadre de la Convention. Celui-ci ne peut plus être traité de manière statique et fixe, mais il dépend au contraire d'un contexte toujours changeant.

Pour autant, la position de la Cour sur l'utilisation de la Convention lorsqu'elle a valeur légale dans l'ordre juridique de l'État défendeur, pourrait paraître contradictoire. Son Assemblée plénière a en effet fourni avec la décision *Guzzardi*⁹³⁴ une interprétation opposée à celle prise le même jour dans l'affaire *Van Oosterwijck*, où comme nous l'avons vu, l'exception de non-épuisement avait été accueillie en privilégiant une interprétation stricte de la règle.

La décision *Guzzardi* est un exemple d'interprétation *pro-victima*. L'Assemblée plénière s'y est divisée (à dix contre huit) sur la question de l'épuisement des voies de recours internes, et en particulier sur celle de savoir si le requérant avait soulevé « en substance » le grief basé sur l'article 5 par. 1 CEDH.

En effet, il n'est pas impératif d'invoquer expressément une violation d'un des articles de la Convention devant les juridictions nationales, pour autant que le recours permette de répondre au grief relatif à la violation de la Convention, dans ce cas la privation de liberté. Il est donc possible d'épuiser les voies de recours, ici relativement à l'article 5, sans formellement invoquer une violation de la Convention, si le grief a été soulevé « en substance ».⁹³⁵

Le requérant avait bien argué des violations de la CEDH devant les tribunaux internes mais uniquement pour les articles 3, 6 et 8. Incidemment, il avait négligé de soulever « les premier et deuxième alinéas de l'article 13 de la Constitution italienne, concernant la protection de la liberté individuelle contre toute mesure de

⁹³⁴ CourEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, Série A 39.

⁹³⁵ SCHERMERS, « Exhaustion of domestic remedies », *op. cit.*, p. 960-962.

détention »⁹³⁶. La même chose s'est produite dans sa requête strasbourgeoise. C'est seulement la Commission qui, constatant que les autres griefs étaient mal fondés, a appliqué d'office l'article 5 et trouvé une violation.

Le requérant était soupçonné par les autorités italiennes de faire partie de la mafia et d'avoir été impliqué dans l'enlèvement d'un industriel italien pour lequel il avait été condamné en appel. Or, après avoir passé le maximum légal de deux ans en détention provisoire, il avait dû être libéré et avait été placé en résidence surveillée sur une petite île, Asinara. Il contestait cette mesure en justice, son avocat arguant que « son client se trouvait physiquement et psychologiquement prisonnier (*carcerato*) à l'Asinara ; il y végétait dans des conditions pires que celles de sa détention provisoire⁹³⁷. »

Dans une autre lettre adressée à la justice, le requérant qualifiait même l'île de « véritable camp de concentration »⁹³⁸. Dix juges ont trouvé que c'était suffisant pour estimer, qu'en fait, le requérant se plaignait d'une illégalité de sa détention, alors que pour les autres, il se plaignait uniquement des restrictions apportées à sa vie privée et à sa liberté de mouvement.

Le cœur du problème se situe sur la protection à apporter au système national pour que ce dernier puisse traiter efficacement des violations de droits de l'homme. Une double distinction s'impose ici comme l'a fait remarquer Mme BINDSCHEDLER-ROBERT dans son opinion dissidente. D'un côté, la Commission a utilisé l'argument de l'absence de formalisme en droit international. Cet argument est principalement fondé sur la fréquente non-représentation des requérants. Par contre, c'est assez différent au niveau interne. Les requérants sont très souvent assistés d'un avocat devant les tribunaux nationaux et peuvent toujours l'être dans le cadre de décisions pénales. Il n'y a donc pas de différence avec la protection diplomatique.

D'un autre côté, favoriser dans ce cas le requérant pourrait avoir des conséquences sur les obligations procédurales en droit interne. Du point de vue de la subsidiarité, pour permettre aux États de remédier à la situation avant saisine d'un organe international, il faut que le recours juridique respecte les formes de saisine permettant au recours d'être efficace. Or les juridictions internes sont souvent très

⁹³⁶ CourEDH, *Guzzardi c. Italie*, précité, opinion dissidente du Président BALLODORÉ PALLIERI.

⁹³⁷ *Ibid.*, § 16.

⁹³⁸ *Ibid.*

formalistes de ce point de vue, et donc nécessitent une protection particulière. Selon la Cour, « le renvoi au droit interne par la règle de l'épuisement des voies de recours internes peut seulement signifier le renvoi à ce droit tel qu'il est interprété par la jurisprudence interne⁹³⁹ ».

Elle a néanmoins réinterprété le droit italien pour lui faire dire que le recours intenté visait en fait une détention illégale, alors même qu'il a abouti à un transfert dans une autre location, plutôt qu'à la fin de la mesure.

Par conséquent, on peut voir dans cette décision une approche *pro victima*, selon les défenseurs de cette vision, ou la création de conséquences absurdes pour les États, pour ceux qui veulent défendre les États. Sir FITZMAURICE a considéré

« l'arrêt de la Cour comme une erreur judiciaire grave et évitable – encore qu'elle ne frappe pas un individu, mais un gouvernement et que, je le sais, elle ne soit pas intentionnelle. Ce résultat me paraît couronné par l'allocation d'une somme au requérant ; elle nous amène dans cette zone de l'absurde désignée en anglais par l'expression “cloud-cuckoo land” »⁹⁴⁰.

Toutefois, le juge britannique a bien noté que cette position s'est décidée à des questions de degré⁹⁴¹, pour savoir si l'article 5 était bien mis en jeu par le fait de l'assignation à une petite partie d'une île.

Dans ces deux affaires traitées le même jour par la formation solennelle avec une composition quasiment identique, quatre juges ont pris une position favorable au requérant ; huit ont pris une position défendant davantage les intérêts des États ; six juges ont essayé de distinguer une ligne jurisprudentielle cohérente à travers ces deux affaires, mettant pourtant en jeu des principes similaires, à savoir l'étendue des obligations des juridictions nationales quand la CEDH peut être appliquée d'office par les juridictions internes.

On peut lire, à travers ces diverses positions, une volonté de passer du suivi des opinions dominantes du droit international privilégiant la défense du consentement des États à une ligne privilégiant les intérêts des individus lésés dans leurs droits

⁹³⁹ Opinion dissidente de Mme BINSCHEDLER-ROBERT, *ibid.*

⁹⁴⁰ Opinion dissidente de Sir FITZMAURICE, § 13, *ibid.*

⁹⁴¹ *Ibid.* § 7.

garantis par la CEDH. On peut y voir une tentative de transformer des opinions minoritaires en opinions dominantes.

Chittharanjan AMERASINGHE a affirmé dans des termes prudents qu'il était possible pour les juridictions des droits de l'homme de conserver l'essentiel de l'interprétation faite en droit de la protection diplomatique, tout en gardant des traits particuliers liés à la fonction de protection des droits de l'homme⁹⁴². D'autres auteurs, tels le juge CANÇADO TRINDADE, pensent que cela n'est pas possible, que ce sont deux branches aux objectifs si différents que les normes produites sont distinctes.⁹⁴³

Sur ce type de lignes vient se greffer l'argumentation volontairement *pro victima* commencée dans une opinion dissidente sur l'arrêt *Brozicek*⁹⁴⁴ et prolongée avec constance par le juge MERTENS, accompagné du juge MORENILLA⁹⁴⁵.

Ces juges ont exprimé leur opposition à chaque fois que la Cour a voulu renverser une décision de recevabilité de la Commission. Pour le juge MARTENS, il y va d'un problème d'interprétation des pouvoirs de la Cour dans l'ancien système pré-protocole 11 (tel qu'accepté dans l'affaire du *Vagabondage*) lui permettant de revenir sur les décisions de recevabilité de la Commission, alors même que la décision d'irrecevabilité était définitive⁹⁴⁶. Mais en ce qui concerne l'utilisation du droit international général, ce qui nous intéresse ici, c'est que les juges MARTENS et MORENILLA ont souhaité expressément sortir l'épuisement des voies de recours internes du contexte de la protection diplomatique. Ils ont voulu créer un régime spécial, différent du droit international général.

Cette bataille fut véritablement lancée dans l'affaire *Cardot*⁹⁴⁷. Ce fut la dernière dans laquelle la Cour a renversé la décision de recevabilité de la Commission en ayant recours à la jurisprudence internationale. Le requérant se plaignait d'une violation de son droit à un procès équitable à cause de l'absence de ses co-accusés à son procès en France. Il fut condamné à une peine de prison ferme pour avoir pris parti à

⁹⁴² « [T]he individual is given somewhat greater recognition in the protection of human rights, with the result that there is a good case for giving his special interests somewhat greater emphasis », AMERASINGHE, *Local remedies in international law*, *op. cit.*, p. 85.

⁹⁴³ CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies*, *op. cit.*, p. 156 ; DELBRÜCK, « The exhaustion of local remedies rule », *op. cit.*

⁹⁴⁴ CourEDH, *Brozicek c. Italie*, (plénière), 19 décembre 1989, Série A 167.

⁹⁴⁵ Voir les opinions dissidentes des juges MARTENS et MORENILLA, *Cardot c. France*, 19 mars 1991, Série A 200.

⁹⁴⁶ *Ibid.*

⁹⁴⁷ CourEDH, *Cardot c. France*, 19 mars 1991, Série A 200.

un trafic de drogue. Sa procédure et celle de ses complices furent disjointes, car contrairement aux autres, il était détenu à l'époque en Italie. Son procès ne put avoir lieu qu'après extradition. Ce n'est que lors de son pourvoi en cassation qu'il évoqua l'impossibilité de contester au cours de son procès les témoignages à charge de ses co-accusés. Par exemple, il n'avait pas demandé que ses co-accusés soient entendus comme témoins lors de son procès.

La question était alors de savoir si le simple fait d'invoquer la Convention devant une juridiction suprême qui possède le pouvoir de l'appliquer de sa propre initiative serait suffisant pour satisfaire à l'obligation d'épuisement des voies de recours internes, alors même que les griefs n'étaient pas établis selon le droit national de manière à permettre aux juges de première et deuxième instance de traiter du problème.

La majorité des juges s'est basée sur la sentence arbitrale *Ambatielos*⁹⁴⁸, sentence utilisée par la Commission dans l'affaire *Retimag*⁹⁴⁹, en citant l'extrait suivant :

« La règle [de l'épuisement] exige d'épuiser les “voies de recours internes” avant de pouvoir engager une action internationale. Les voies en question comprennent non seulement la saisine des tribunaux et autres organes juridictionnels, mais aussi l'utilisation des ressources de procédure que le droit interne offre aux plaideurs devant lesdites juridictions. [...]

On ne saurait prétendre qu'une partie n'ayant pas usé des moyens dont elle disposait devant la juridiction de première instance, et ayant ainsi rendu vain son appel, soit en droit d'invoquer ce fait pour échapper à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.⁹⁵⁰ »

Ils ont conclu que rien dans le droit international tel qu'exprimé dans cette sentence ne permettait de réduire l'obligation pesant sur les prétendues victimes d'offrir aux juridictions internes les moyens de réparer le préjudice subi. Dans cette affaire, le problème de l'utilisation à charge des témoignages utilisés dans l'autre procès aurait pu être évoqué avec succès en première instance et en appel.

⁹⁴⁸ *RSA*, Nations unies, vol. XII.

⁹⁴⁹ Voir *supra*, section 1.

⁹⁵⁰ *RSA*, Nations unies, vol. XII, p. 120 et 122.

Pour le juge MARTENS au contraire, la Cour aurait dû effectuer un revirement de jurisprudence pour imposer aux juridictions nationales qui le peuvent d'exercer leur droit d'appliquer la CEDH.

Et, pour le juge MORENILLA :

« En l'espèce, le but et l'objet de la Convention demandent une interprétation souple "pro victima" de cet article (art. 26), en faveur d'une recevabilité des requêtes, qui permette la considération par les organes de la Convention des griefs allégués. »⁹⁵¹

Ces positions minoritaires au sein de la Cour ont continué à s'exprimer. Ce fut le cas par exemple dans les affaires *Ahmet Sadik c. Grèce*⁹⁵² et *Bahaddar c. Pays-Bas*⁹⁵³.

Dans l'affaire *Ahmet Sadik*, il s'agissait également de l'étendue de l'obligation de soulever en substance un grief devant des tribunaux internes d'un pays où la CEDH a été incorporée avec un statut supérieur à la loi. Là encore, la majorité a estimé que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées car le requérant n'avait pas mis la Cour de cassation grecque dans la position d'appliquer la Convention à son cas. Au contraire, le juge MARTENS a réaffirmé son opposition à cette ligne jurisprudentielle, en voulant faire peser sur les tribunaux internes, surtout les cours suprêmes, une obligation d'interpréter l'affaire sous le prisme de la CEDH.

Dans l'affaire *Bahaddar*, les juges FOIGHEL et MORENILLA se sont opposés à la majorité des juges qui ont décidé de renverser la décision de recevabilité de la Commission parce que le requérant n'avait pas justifié l'absence de respect des délais du recours devant le Conseil d'État. Là également, ils se sont battus contre un excès de formalisme de la Cour pour inciter les juridictions suprêmes à appliquer d'office la Convention.

On pourrait lire dans la continuité du rejet de l'approche *pro victima* une volonté de protéger les États. La section suivante met en avant une autre possibilité : les objectifs affichés en droit international public ne forment plus le cadre pertinent d'analyse de ces décisions, suite au processus d'internalisation des principes dans la jurisprudence de la Cour.

⁹⁵¹ Opinion dissidente du juge MORENILLA, CourEDH, *Cardot c. France*, 19 mars 1991, Série A 200.

⁹⁵² CourEDH, *Ahmet Sadik c. Grèce*, 15 novembre 1996, Rec. 1996-V.

⁹⁵³ CourEDH, *Bahaddar c. Pays-Bas*, 19 février 1998, Rec. 1998-I.

Section 3. Un recours exceptionnel au droit international marquant l'internalisation de la règle

Une fois qu'une jurisprudence interprétant le droit international est établie, les organes de la Convention font comme la plupart des tribunaux : ils se basent sur leurs décisions précédentes. Problématiquement, ils le font au risque d'oublier la nature même de la référence aux principes du droit international. Il serait possible de parler de phase de différenciation. Le droit international général n'est plus le vecteur des interprétations dominantes et la référence aux principes du droit international généralement reconnus n'implique plus qu'exceptionnellement que la Cour se réfère à des décisions internationales (§ 1). Au contraire, l'application de la règle est vue avant tout dans son contexte particulier de mécanisme institutionnel international de protection des droits de l'homme (§ 2).

§ 1. Des références exceptionnelles à la jurisprudence internationale

L'application de la norme internationale d'épuisement des voies de recours internes est censée demander une réinterprétation des sources internationales pour en évaluer le contenu. Or, depuis les années 1990, la Cour a exceptionnellement fait usage des indices de détermination du droit international général. Dans ce contexte, deux situations visant la Turquie doivent être discutées. La première concerne l'occupation du Nord de Chypre par la Turquie, situation que la Cour n'aurait pas dû traiter si elle avait respecté la volonté de l'État turc. La seconde envisage la situation insurrectionnelle dans le sud-est de la Turquie opposant le PKK au gouvernement turc, surtout dans les années 1980 et 1990.

La Cour approche la première situation selon la spécificité d'une juridiction des droits de l'homme ayant à faire face à des situations exceptionnelles d'instabilité politique et de violence. Dans l'affaire *Akdivar*⁹⁵⁴, les requérants se plaignaient d'une destruction de leur maison par les forces de sécurité turques, lesquelles réagissaient à une action armée du PKK dans le même village. Toutefois aucun des requérants n'avait saisi les tribunaux locaux alors que la Turquie mettait en avant l'existence de plusieurs recours.

⁹⁵⁴ CourEDH, *Akdivar et autres c. Turquie*, GC, 16 septembre 1996, Rec. 1996-IV.

La Cour a fait appel à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme pour compléter son interprétation de la Convention dans le cadre de problèmes systémiques graves. Elle a mentionné l'arrêt *Velásquez Rodríguez*⁹⁵⁵ et l'avis consultatif du 10 août 1990⁹⁵⁶ sur les « exceptions à la règle de l'épuisement des voies de recours internes » (article 46 paras. 1, 2 a) et b) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme⁹⁵⁷.

L'avis consultatif était utile en ce que la question posée était très proche des faits de l'affaire *Akdivar*. En effet, la Cour interaméricaine a affirmé que l'épuisement des voies de recours n'était pas nécessaire en cas de climat de peur régnant dans le territoire en question. Pour ce faire, elle s'est mise sur le même plan d'autorité que la CIJ pour interpréter les principes du droit international, même si, dans l'avis consultatif et l'affaire *Velásquez Rodríguez*, elle n'a aucunement analysé le droit international. La valeur de ces affirmations du point de vue du contenu du droit international général est donc douteuse.

Dans l'affaire *Akdivar*, la Cour strasbourgeoise a reconnu l'existence d'un recours administratif potentiellement utile. Toutefois, elle a mis en avant le fait que :

« le Gouvernement, malgré l'ampleur des destructions de villages [...], n'ait pas été en mesure de citer des exemples d'indemnisations accordées à des personnes alléguant que des membres des forces de sécurité auraient délibérément détruit leurs biens, ni de faire état de poursuites engagées contre ceux-ci à la suite de telles allégations. »⁹⁵⁸

Il fallait également tenir compte du fait que les recours locaux des requérants auraient dépendu d'une enquête que les autorités n'auraient en réalité pas menée. La Cour en a conclu à l'existence de circonstances particulières permettant de les dispenser d'épuiser les recours.

Pour le juge MARTENS, cette affaire montre une nouvelle tendance dans la jurisprudence de la Cour, même si celle-ci a pris soin de préciser que « sa décision se limite aux circonstances de l'espèce et ne doit pas s'interpréter comme une

⁹⁵⁵ CourIADH, *Velásquez Rodríguez*, exceptions préliminaires, 26 juin 1987, Série C n° 1, § 88.

⁹⁵⁶ CourIADH, Série A n° 11, p. 32, § 41.

⁹⁵⁷ CourEDH, *Akdivar et autres c. Turquie*, GC, 16 septembre 1996, Rec. 1996-IV, § 68.

⁹⁵⁸ *Ibid*, § 71.

déclaration générale signifiant que les recours ne sont pas effectifs dans cette région de la Turquie »⁹⁵⁹. Il estime en effet que

« l'on peut douter que la règle de l'épuisement des voies de recours internes cadre toujours parfaitement avec le système car elle fait obstacle au pouvoir, pour la Cour, de rendre la justice dans les affaires de violation des droits de l'homme où la victime n'a pas bénéficié d'une bonne assistance juridique au niveau interne.⁹⁶⁰ »

Il est possible qu'il s'agisse de la raison principale de la décision *Akdivar*. Néanmoins, il est difficile de conclure avec le juge MARTENS qu'elle a inauguré une nouvelle tendance, vu la rareté de son application postérieure.

La Cour a utilisé, exceptionnellement et de manière significative, la jurisprudence de la CIJ sur un autre aspect de la règle de l'épuisement des voies de recours, dans le cadre de l'occupation par la Turquie de la partie nord de Chypre.

On sait que les autorités prétendaient représenter la République turque de Chypre du Nord (ci-après RTCN) alors qu'elles n'étaient pas reconnues par la communauté internationale. Or, suite à sa jurisprudence *Loizidou*⁹⁶¹ et suivant en cela la Commission, la Cour a accepté que cette occupation, illégale en droit international, entraînait l'extension de la juridiction de l'État turc au territoire de la RTCN, au sens de l'article 1 CEDH⁹⁶². Ainsi la Convention s'applique-t-elle au Nord de Chypre, la Turquie étant débitrice de ces obligations.

Les autorités de la RTCN ont certes construit un ordre juridique, avec une constitution, des lois, et des tribunaux chargés de les faire respecter, mais la question de l'épuisement des voies de recours demeure problématique : l'occupation turque a été déclarée illégale par le Conseil de sécurité des Nations unies⁹⁶³ et par tous les autres États européens,⁹⁶⁴ avec pour conséquence logique la nullité de la constitution de la RTCN et de tous les actes juridiques qui en découlent. Si les

⁹⁵⁹ CourEDH, *Akdivar et autres c. Turquie*, GC, 16 septembre 1996, Rec. 1996-IV, § 77.

⁹⁶⁰ Opinion dissidente du juge MARTENS, § 4, CourEDH, *Ahmet Sadik c. Grèce*, 15 novembre 1996, Rec.1996-V.

⁹⁶¹ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, Série A 310.

⁹⁶² Voir *infra* Titre 2, Chapitre 1.

⁹⁶³ Résolutions 541 (1983) et 550 (1984).

⁹⁶⁴ Résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

tribunaux sont illégaux, rien n'impose qu'ils soient saisis en cas de violation de la Convention.

Une telle conclusion poserait toutefois un problème de taille. D'une part, elle signifierait que l'obligation d'épuisement des voies de recours ne s'applique pas pour les griefs liés à la RTCN⁹⁶⁵. La Cour strasbourgeoise deviendrait le recours de première instance en matière de garantie des droits de l'homme.

D'autre part, en raison de l'illégalité du système juridique de la RTCN dans son ensemble, toute restriction d'un droit garanti par la CEDH contrevient à la Convention. Par exemple toute arrestation serait une violation de l'article 5, y compris celle d'un meurtrier en série. Et tout procès aurait de même lieu en violation de l'article 6⁹⁶⁶. Mais *a contrario*, l'inaction entraînerait dans le cas du meurtrier en série une violation des obligations positives de l'article 2 protégeant le droit à la vie⁹⁶⁷ et dans l'absence de procès une violation de l'article 6 garantissant le droit à l'accès aux tribunaux⁹⁶⁸.

Il a été rappelé dans la première partie que la Convention fonctionnait sur le postulat de l'État de droit. En l'absence de ce dernier, il faut reconnaître l'existence de violations massives et constantes, ici créées par l'occupation illégale. Le seul moyen de remédier au problème est la fin de l'occupation ou toute autre voie acceptable internationalement. Dans un tel cas de figure, les autorités de la RTCN n'auraient aucun intérêt à coopérer et la Cour serait potentiellement submergée de requêtes. Problématiquement⁹⁶⁹, la résolution d'un tel conflit n'entre pas dans la capacité de la Cour et des organes conventionnels.

L'autre possibilité est alors de faire « comme si » les recours étaient légaux, établir une fiction basée sur la réalité des faits car la vie continue. Un précédent de la CIJ a servi à la Cour pour justifier cette option. Dans l'affaire *de la Namibie*, la CIJ a en effet admis qu'une partie des actes légaux pris par une administration pourtant illégale pouvait avoir des conséquences juridiques dans des cas particuliers.

⁹⁶⁵ Voir par exemple, l'argumentation du gouvernement requérant à cet effet, CourEDH, *Chypre c. Turquie*, GC, 10 mai 2001, Rec. 2001-IV, § 81.

⁹⁶⁶ Voir l'argument développé par le gouvernement chypriote, *ibid.*, § 229.

⁹⁶⁷ Voir par exemple, *L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, Rec. 1998-III.

⁹⁶⁸ Voir par exemple, CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A 18.

⁹⁶⁹ Par exemple, la question de l'unification de l'île s'est faite sous les auspices de l'ONU et de l'adhésion de Chypre à l'Union européenne.

« D'une manière générale, la non-reconnaissance de l'administration sud-africaine dans le territoire ne devrait pas avoir pour conséquence de priver le peuple namibien des avantages qu'il peut tirer de la coopération internationale. En particulier, alors que les mesures prises officiellement par le Gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne après la cessation du mandat sont illégales ou nulles, cette nullité ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire »⁹⁷⁰.

La Cour de Strasbourg a réaffirmé ce principe dans l'affaire *Loizidou* :

« le droit international reconnaît en pareil cas la légitimité de certains arrangements et transactions juridiques, par exemple en ce qui concerne l'inscription à l'état civil des naissances, mariages ou décès, “dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire” »⁹⁷¹.

Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, où furent évoqués les droits des Chypriotes grecs au nord de l'île, la Cour a conclu qu'

« elle ne saurait simplement faire abstraction, aux fins des relations en cause en l'espèce, des organes judiciaires institués par la “RTCN”. La faculté de demander la protection de ces organes est dans l'intérêt même des habitants de la “RTCN”, y compris les Chypriotes grecs ; et si les autorités de la “RTCN” ne les avaient pas instaurés, l'on pourrait à juste titre juger la situation contraire à la Convention. Par conséquent, les habitants de cette région peuvent être tenus d'épuiser ces recours, sauf à prouver leur inexistence ou leur caractère inopérant, ce qu'il y a lieu d'examiner au cas par cas. »⁹⁷²

Elle a tiré les conséquences de cette transformation de la notion de légalité dans le contexte de la CEDH et a donc considéré que :

« les tribunaux locaux peuvent passer pour “établis par la loi”, ce qui renvoie à la “base constitutionnelle et juridique” sur laquelle ils fonctionnent, aux fins de statuer sur des “droits et obligations de caractère civil”.

⁹⁷⁰ *Ibid.* p. 56.

⁹⁷¹ CourEDH, *Loizidou c. Turquie* (fond), GC, 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI, § 45.

⁹⁷² CourEDH, *Chypre c. Turquie*, GC, 10 mai 2001, Rec. 2001-IV, § 98.

Pour la Cour, toute autre conclusion serait contraire aux intérêts de la communauté chypriote grecque et conduirait à fermer aux membres de cette communauté la possibilité d'obtenir une décision de justice sur un grief dirigé contre un particulier ou un organisme public. »⁹⁷³

Pour accepter la conclusion de la Cour et admettre avec elle la compétence des tribunaux internes au motif qu'ils serviraient les « intérêts de la communauté chypriote grecque », il faut décomposer l'analogie avec la décision de la CIJ.

Il ne fait pas de doute que la CIJ avait comme objectif de défendre les intérêts des personnes qui ne participaient pas de l'illégalité du régime namibien. Elle donne des exemples de droits qui, en matière d'actes d'état civil notamment, bénéficient aux individus pour peu qu'ils soient acceptés internationalement. Or, en ce qui concerne l'épuisement des voies de recours internes, la reconnaissance de la légalité des tribunaux n'impose au contraire que des obligations. À l'instar du juge MARCUS-HELMONS dans son opinion dissidente, on peut donc relever qu'il s'agissait dans l'affaire de la Namibie

« d'une mesure favorable aux habitants du territoire et d'un souci de ne pas aggraver la situation pour ces habitants. A contrario, jamais la CIJ n'aurait eu l'idée de reconnaître une quelconque validité à un acte illégal en vertu du droit international, si cet acte doit entraîner un désavantage pour les habitants du territoire. »⁹⁷⁴

De plus, même si la Cour avait constaté l'illégalité des tribunaux de la RTCN, il aurait toujours été possible de continuer de les saisir en pratique, si les requérants pensaient pouvoir en tirer un bénéfice. La CEDH commande à la Cour de condamner toute organisation ne respectant pas l'état de droit. Cela ne signifie pas que des améliorations du système juridique qui seraient encore imparfaites devraient être toujours utilisées. Prenons par exemple le cas d'une détention non autorisée par un juge indépendant. La création par la loi d'une autorité judiciaire chargée de contrôle des détentions serait un pas dans la bonne direction. Toutefois, si cette autorité était soumise aux autorités politiques, alors sa saisine ne devrait pas être obligatoire à cause de son manque d'indépendance. Mais cela n'empêcherait pas que, dans certaines circonstances, un plaignant puisse quand même avoir intérêt à la saisir. Il y

⁹⁷³ *Ibid.* § 237.

⁹⁷⁴ Opinion en partie dissidente du juge MARCUS-HELMONS, § 1, *ibid.*

a là une grande différence entre une possibilité et une obligation. Dans ce sens, la juge PALM a reconnu dans son opinion dissidente que « la Cour ne devrait pas supposer trop rapidement qu'elle agit au profit de la population locale lorsqu'elle se penche sur la légalité de ces arrangements. [...] La reconnaissance ponctuelle accordée par des juridictions étrangères est une chose. L'exigence d'épuisement des recours en est une autre. »⁹⁷⁵

Mais il faut surtout reconnaître que :

« demander aux personnes soumises à l'autorité de l'occupant de s'adresser aux tribunaux avant que la Cour ne puisse examiner leurs griefs de violation des droits de l'homme est à n'en pas douter irréaliste étant donné le manque de confiance, évident et compréhensible, qu'inspire un tel système d'administration de la justice. »⁹⁷⁶

La Cour a prolongé cette approche dans les affaires *Xenides-Arestis*⁹⁷⁷ et *Demopoulos*⁹⁷⁸, relatives à la violation du droit de propriété dans le nord de Chypre. Dans l'affaire *Loizidou* elle avait déjà constaté qu'il y avait là une violation de l'article 1 Protocole n°1.

Dans l'affaire *Xenides-Arestis*, elle a, sous la forme d'un arrêt pilote⁹⁷⁹, demandé à la Turquie de « mettre en place un recours qui garantisse véritablement une réparation effective des violations de la Convention constatées en l'espèce dans le chef de la présente requérante, mais aussi dans toutes les affaires similaires pendantes devant elle. »⁹⁸⁰

Le premier recours créé par la RTCN avait été jugé insuffisant par la Cour. Par contre, plus récemment, dans *Demopoulos*, la Cour a admis que la Commission des

⁹⁷⁵ Opinion en partie dissidente de Mme la juge PALM, *ibid.*

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ CourEDH, *Xenides-Arestis c. Turquie*, 22 décembre 2005.

⁹⁷⁸ CourEDH, *Demopoulos c. Turquie*, GC, 1 mars 2010.

⁹⁷⁹ Voir entre autres, Peggy DUCOULOMBIER, « Les conséquences de la procédure de l'arrêt pilote sur la recevabilité des requêtes, *Demopoulos c. Turquie* », *L'Europe des libertés*, n° 32, mai 2010, p. 16-18 ; Laurent SERMET, « L'obscurité clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote », *RGDIP*, 2007, p. 863-878 ; Stuart WALLACE, « Much ado about nothing? The pilot judgment procedure at the European Court of Human Rights », *EHRLR*, 2011, p. 71-81.

⁹⁸⁰ CourEDH, *Xenides-Arestis c. Turquie*, 22 décembre 2005.

biens immobiliers créée par une loi de 2005⁹⁸¹ était un recours utile au sens de la Convention et devait être employé.

Ces deux arrêts ne pourraient être plus clairs. La Cour peut imposer la création de recours spécifiques internes à la RTCN, qui, s'ils respectent les critères énoncés, doivent être considérés comme « légaux » au sens de la Convention. Il n'y a donc plus de doute véritable sur l'approche de la Cour. La RTCN est traitée comme tout autre État contractant engagé à respecter les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit, même si elle n'est liée par la CEDH qu'indirectement par le biais de la Turquie.⁹⁸²

Enfin, la finalité de la reconnaissance de la légalité des recours créés en RTCN est clairement affichée :

« La Cour ne saurait trop souligner qu'elle n'est pas une juridiction de première instance ; elle n'a pas la capacité, et il ne sied pas à sa fonction de juridiction internationale, de se prononcer sur un grand nombre d'affaires qui supposent d'établir les faits de base ou de calculer une compensation financière – deux tâches, qui, par principe et dans un souci d'effectivité, incombent aux juridictions internes. »⁹⁸³

S'il semble que les arrêts contre la Turquie en matière d'expropriation ont finalement eu certains effets bénéfiques⁹⁸⁴, ce n'était pas une conséquence évidente de la première condamnation de la Turquie pour le Nord de Chypre. Ce serait surestimer la Cour que d'oublier le contexte de pressions internationales sur la Turquie et la RTCN, ainsi que le souhait de la Turquie d'entrer dans l'Union européenne qui ont fait beaucoup pour que la Turquie accepte la jurisprudence de la Cour. En contraste, le résultat fut par exemple très différent en Tchétchénie⁹⁸⁵. De plus, pour Loukis LOUCAIDES, l'ancien juge chypriote de la Cour, cette décision constitue en réalité un

⁹⁸¹ *Ibid.* § 35

⁹⁸² De même la Cour affirme qu'elle « demeure de l'avis que permettre à l'État défendeur de redresser les torts qui lui sont imputables n'emporte pas légitimation indirecte d'un régime illégal au regard du droit international ». *Ibid.* § 83.

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ *Ibid.* § 40.

⁹⁸⁵ Hélène TIGROUDJA, « La Cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie », *RTDH*, 2006, p. 111-140.

immense recul de la Cour et ce pour de nombreuses raisons, dont l'impossibilité pour les Chypriotes grecs d'avoir accès à leurs biens.⁹⁸⁶

Les affaires *Akdivar* et celles concernant la RTCN indiquent que la Cour continue à avoir exceptionnellement recours aux indices du droit international pour interpréter la référence de l'article 35 CEDH. Pour autant, le cadre et le contexte de ces utilisations mettent en avant la perte de la protection des objectifs tels qu'envisagés par le droit international de la protection diplomatique. Les objectifs d'efficacité du système supervisé par la Cour ont pris une place décisive. Ces aspects doivent être développés dans les évolutions de la jurisprudence où le droit international a disparu.

§ 2. Les « oublis » de la jurisprudence récente

Deux décisions importantes récentes *Azinas c. Chypre* du 28 avril 2004⁹⁸⁷ et *Burden c. Royaume-Uni* du 29 avril 2008⁹⁸⁸ illustrent les « oublis » de la jurisprudence récente. Elles présentent un intérêt particulier car elles ont précisé des points contestés dans l'interprétation de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. L'appel à la formation solennelle montre également leur importance. La Grande chambre, qui statue sur les questions les plus importantes, offre un cadre pour analyser en profondeur les questions de principes et d'interprétation. Par conséquent, l'absence de référence aux nouveaux éléments du droit international ou à la jurisprudence de la CIJ est très significative.

De plus, ces deux affaires doivent être observées à la lumière de décisions internationales récentes et des travaux de la Commission du droit international dans le domaine de la protection diplomatique (1995⁹⁸⁹ à 2006⁹⁹⁰).

Dans l'affaire *Azinas*, il s'agissait de déterminer si, en abandonnant devant la Cour suprême chypriote le grief d'atteinte à son droit de propriété, le requérant n'avait pas failli à l'obligation de saisine développée par la jurisprudence de la Cour. Sur ce point, la chambre et la Grande chambre ont pris des décisions opposées. Pour

⁹⁸⁶ Loukis LOUCAIDES, « Is the European Court of Human Rights Still a Principled Court of Human Rights After the *Demopoulos* Case? », *LJIL*, 2011, p. 435-465.

⁹⁸⁷ CourEDH, *Azinas c. Chypre*, GC, 28 avril 2004, Rec. 2004-III.

⁹⁸⁸ CourEDH, *Burden c. Royaume-Uni*, GC, 29 avril 2008.

⁹⁸⁹ *Annuaire CDI*, 1995, vol. II(2), p. 116.

⁹⁹⁰ « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs », *Annuaire CDI*, 2006, vol. II(2), pp. 22-103.

justifier sa position, la Grande chambre a réaffirmé la raison d'être de la règle ainsi que la méthode d'application dans les termes suivants :

« Dans le cadre du dispositif de protection des droits de l'homme, la règle de l'épuisement des voies de recours internes doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif, mais elle n'exige pas seulement la saisine des juridictions nationales compétentes et l'exercice de recours destinés à combattre une décision litigieuse déjà rendue qui viole prétendument un droit garanti par la Convention : elle oblige aussi, en principe, à soulever devant ces mêmes juridictions, au moins en substance et dans les formes et délais prescrits par le droit interne, les griefs que l'on entend formuler par la suite au niveau international (voir, parmi beaucoup d'autres, *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 37, CEDH 1999-I).⁹⁹¹ »

L'interprétation de la règle se fait donc « dans le cadre du dispositif de protection des droits de l'homme ». Les appels aux indices fondant l'interprétation de la règle en droit international ont disparu au profit des références à la jurisprudence plus récente tel le jugement *Fressoz et Roire*. Par exemple, on peut apercevoir les notions d'interprétation « souple et sans formalisme », discutées dans l'affaire *Ringeisen*, et le fait que des obligations de diligence pèsent également sur le requérant.

C'est pourtant l'interprétation précise de la règle qui a dans cette affaire monopolisé l'attention des dix-sept juges de la Grande chambre et les a divisés. Si douze d'entre eux ont conclu à l'absence d'épuisement des voies de recours internes, la majorité de la chambre a accepté la recevabilité de cette partie⁹⁹² de la requête ainsi donc que cinq juges de la Grande chambre. Comme sur les questions de recevabilité, le nombre de juges dissidents n'est pas connu, il est tout de même possible de compter un minimum de quatre juges en faveur de la recevabilité, ajouté aux cinq juges de la Grande chambre, soit un total de neuf à onze (contre treize à quinze juges).

⁹⁹¹ CourEDH, *Azinas c. Chypre*, GC, 28 avril 2004, Rec. 2004-III, § 38.

⁹⁹² Seul le juge *ad hoc* chypriote a émis une opinion dissidente, jointe à l'arrêt de chambre pris sur le fond, contestant la recevabilité de la requête. Ainsi à ces six juges, il faut ajouter une majorité des juges de la chambre (la composition de la chambre avait été transformée entre temps à cause d'une modification des sections - voir § 7, CourEDH, *Azinas c. Chypre*, (recevabilité), 20 juin 2002, pour la 1^{ère} décision sur la recevabilité.

Pour trancher une question d'interprétation si controversée, il aurait donc été logique de revenir au texte et de renvoyer à l'interprétation des « principes du droit international généralement reconnus ». Il n'en a rien été. Et même, s'il y est fait allusion dans l'opinion dissidente des juges COSTA et GARLICKI, ce n'est que pour invoquer d'autres décisions de la Cour et rappeler que « les principes de droit international généralement reconnus impliquent, surtout pour une cour des droits de l'homme, que la règle de l'épuisement des voies de recours doit s'appliquer “avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif”. »⁹⁹³

Il y avait pourtant ici une opportunité de revenir sur le débat opposant l'interprétation fondée sur la décision *Retimag* et les positions du juge MARTENS, en revisitant le contenu le plus récent du droit international général. C'était aussi une possibilité d'utiliser les travaux de la CDI sur la protection diplomatique. En effet, selon l'article 15 du projet d'articles intitulé « Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes », les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque :

« a) Il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles pour accorder une réparation efficace, ou les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation ». ⁹⁹⁴

De plus, dans le commentaire de cet article, on peut lire une attaque directe à la jurisprudence strasbourgeoise la plus favorable aux requérants.

« Le critère de la “futilité manifeste”, exposé par l'arbitre Bagge dans l'Arbitrage relatif aux navires finlandais, fixe la barre trop haut. À l'inverse, le critère de “l'absence de perspective raisonnable de succès”, accepté par la Commission européenne des droits de l'homme dans plusieurs décisions, est trop généreux pour le demandeur. »⁹⁹⁵

De plus :

« Pour fonder convenablement une réclamation internationale au motif que les recours internes ont été épuisés, le plaideur étranger doit formuler, devant les

⁹⁹³ CourEDH, *Azinas c. Chypre*, GC, 28 avril 2004, Rec. 2004-III, opinion dissidente commune à MM. COSTA et GARLICKI, § 7.

⁹⁹⁴ *Ibid.* p. 79.

⁹⁹⁵ *Ibid.* p. 79-80.

tribunaux nationaux, les principaux arguments qu'il entend faire valoir au niveau international.⁹⁹⁶ »

La CDI cite à ce propos la CIJ dans l'affaire *ELSI* :

« pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès. »⁹⁹⁷

Et la CDI affirme enfin que ce critère est préférable à celui, plus strict, énoncé dans *l'Arbitrage relatif aux navires finlandais*, selon lequel⁹⁹⁸ « tous les arguments de fait et de droit qui sont avancés par le Gouvernement demandeur [...] doivent avoir été examinés par les tribunaux internes, qui doivent s'être prononcés en ce qui les concerne⁹⁹⁹ ».

S'il faut reconnaître que le rapport ne se réfère qu'à des décisions anciennes de la Commission, qui ne vont d'ailleurs pas dans le sens indiqué¹⁰⁰⁰, et que la Cour n'a jamais repris le critère d'« absence de perspective raisonnable de succès », la Cour évite complètement le débat. Il était clairement possible de réexaminer les arguments de la chambre et de la Grande chambre en utilisant cette interprétation. Certes, les juges auraient pu se diviser sur l'application de ce critère car la notion de « substance » est éminemment contextuelle. Pour autant, ces commentaires permettaient, d'une part, d'intégrer l'assouplissement des critères d'épuisement dans le cadre du droit international général, duquel la CEDH est censée « faire partie intégrante » et d'autre part, de justifier, pour les juges de la Grande chambre, la ligne plus restrictive.

Dans une autre décision récente de la Grande chambre, l'affaire *Burden* de 2008, la Cour avait à trancher une question qui n'avait jamais été traitée par cette formation. Il s'agissait de savoir si la demande de déclaration d'incompatibilité formulée par un tribunal sur la base de l'article 4 du *Human Rights Act* 1998 constituait, en l'espèce,

⁹⁹⁶ *Annuaire CDI*, 2006, vol. II(2), p. 74.

⁹⁹⁷ CIJ, *ELSI* (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), Rec. 1989, p. 15.

⁹⁹⁸ *Annuaire CDI*, 2006, vol. II(2), p. 74.

⁹⁹⁹ *Affaire des Bateaux finlandais*, sentence arbitrale du 9 mai 1934, (Finlande c. Royaume-Uni), *RSA*, vol. III, p. 1502.

¹⁰⁰⁰ Le rapport mentionne les affaires *Retimag* et *X, Y, Z c. Royaume-Uni*, mais la Commission n'a aucunement utilisé ce critère et, au contraire, dans l'affaire *Retimag*, comme étudié précédemment, la Commission est restée très proche des critères les plus stricts du droit international.

un recours à épuiser. Cette question était nouvelle car le Royaume-Uni a adopté une procédure unique d'incorporation de la Convention ne permettant pas au juge d'écarter une législation qu'il estime contraire à la CEDH, telle qu'interprétée par les organes strasbourgeois. Il peut uniquement émettre une déclaration d'incompatibilité, laissant au législateur l'initiative de rectifier la situation. Il s'agit d'une question sensible pour le Royaume-Uni car la déclaration d'incompatibilité est ce qui a permis, en théorie, de protéger un des fondements du droit constitutionnel anglais, la primauté du Parlement, et donc de préserver une certaine image de la souveraineté du Royaume-Uni¹⁰⁰¹. En l'espèce, la Grande chambre a validé des décisions précédentes refusant à la déclaration d'incompatibilité le caractère de recours devant être épuisé.

Pour ce faire, elle a fait un rappel de la nature de la règle et de son objet, mais s'est abstenue de mentionner les principes du droit international. Elle ne fait non plus aucune référence au projet d'articles de la CDI de 2006.

Dans une analyse de la jurisprudence récente en matière de l'épuisement des voies de recours¹⁰⁰², Michel PUÉCHAVY constate un durcissement des critères d'épuisement. Des recours qui avaient été précédemment jugés non efficaces le sont devenus, sans raisons évidentes, dans la jurisprudence interne. Ainsi, par exemple, la saisine de la Cour de cassation française est devenue obligatoire en matière de contrôle de la durée de la détention provisoire¹⁰⁰³ et d'éloignement des étrangers¹⁰⁰⁴ alors même que le droit français n'a guère évolué.

La question de l'épuisement des voies de recours internes n'entretient plus que de lointains rapports avec l'interprétation qui a été faite en droit international de la protection diplomatique. Elle doit être relue dans le contexte institutionnel du système strasbourgeois, en danger d'être dépassé par le nombre de requêtes. Pour Michel PUÉCHAVY, ce durcissement « est le reflet de la volonté de la Cour d'opérer des réformes à droit constant en faisant preuve d'une sévérité accrue à l'égard des

¹⁰⁰¹ Voir par exemple, Francesca KLUG, « Judicial Deference Under the Human Rights Act 1998 », *EHRLR*, 2003, p. 125-133.

¹⁰⁰² Michel PUÉCHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1299-1315.

¹⁰⁰³ CourEDH, *Civet c. France*, GC, 28 septembre 1999, Rec. 1999-VI.

¹⁰⁰⁴ CourEDH, *Hamaïdi c. France*, (déc.), 6 mars 2001, Rec. 2001-V.

requérants sur cette condition de recevabilité afin de limiter au mieux l'afflux des requêtes à Strasbourg. »¹⁰⁰⁵

La Cour aurait donc transformé la référence aux principes du droit international général en une référence à sa propre jurisprudence qui privilégie le travail de la Cour avant toute autre considération. Sa principale préoccupation serait-elle de réguler le flot des requêtes ?

Dans les premières décisions de la Commission, puis de la Cour, le droit international général était manifestement employé dans le but de créer et de compléter la notion d'épuisement des voies de recours internes. Il ne fait aucun doute que les opinions dominantes du droit international ont joué un rôle important pour décider du contenu de la règle jusqu'aux années 1980. Les organes strasbourgeois ont d'abord pris une ligne très classique en la matière, en privilégiant la protection des intérêts des États.

Un second temps a vu l'introduction d'une interprétation *pro victima* tandis que la CEDH s'affirmait comme fondement d'un ordre public européen protégeant les droits fondamentaux.

Pour autant, l'opposition entre la défense de l'État d'une part et la protection des victimes d'autre part a fini par s'affirmer. La Cour a d'abord suivi les mécanismes traditionnels de stabilisation du droit, l'auto-observation et l'autoréférence. Une fois qu'elle a déterminé les lignes directrices, les évolutions se sont faites par une nouvelle application aux cas d'espèce de principes précédemment dégagés, davantage qu'en cherchant à savoir comment la règle de l'épuisement de recours internes a bien pu évoluer en droit international général.

Mais le plus intéressant est que la Cour a dégagé une ligne interprétative qui semble défendre le mieux ses intérêts institutionnels. Au début, il s'agit de protéger le système strasbourgeois et les États d'un trop grand nombre de requêtes. Cette étape est indispensable à l'établissement de la confiance des États envers ce mécanisme nouveau et facultatif. Ainsi, la première ligne jurisprudentielle les protège.

¹⁰⁰⁵ PUÉCHAVY, « La règle de l'épuisement », *op. cit.*, p. 1301.

Ensuite, on aperçoit une volonté de stabiliser la ligne entre formalisme et souplesse, pour continuer de protéger la règle de l'épuisement. Il est possible de lire une ligne commune dans les positions exprimées dans *Ringeisen* et *Van Oosterwijck*, au lieu de décisions favorisant des intérêts opposés. Il ne s'agit pas de privilégier les États ou les requérants, mais bien de prendre la meilleure décision possible du point de vue des intérêts de la Cour elle-même, avec la subsidiarité et l'efficacité du système en point de mire.

Rejeter la recevabilité de l'affaire *Ringeisen* n'aurait fait que retarder le dépôt de la requête de quelques mois, ou pire aurait contraint à prendre deux décisions sur la recevabilité, sans que cela ne change quoi que ce soit au contenu du dossier ou à sa qualité en ce qui concerne une potentielle violation de la Convention. En somme, il se serait agi de faire un travail très peu productif. La seconde décision allait dans le sens du renforcement de la subsidiarité, donc diminuant également le travail de la Cour.

Enfin, les oublis du renvoi au droit international dans la jurisprudence récente permettent à la Cour de demander l'épuisement des voies de recours d'institutions illégales : que ce soit dans le but de préserver la Cour d'un flot de requêtes comme dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, ou bien de demander un système où la Convention, telle qu'interprétée par la Cour, soit incorporée dans tous les États membres. Moduler l'interprétation de la notion d'épuisement des voies de recours vise à endiguer le nombre de recours, dans le but de sauvegarder la capacité de réflexion de la Cour.

Au final, même si chacune de ces interprétations prise isolément peut s'exprimer en fonction de l'opposition entre les intérêts des États et ceux des requérants, elles peuvent surtout être vues comme des moyens de conforter la Cour dans le système de protection des droits de l'homme, où les États membres doivent faire l'essentiel du travail et lui laisser le soin de décider de l'évolution de l'interprétation de la Convention.

Chapitre 2. La compétence *ratione temporis* ou la difficile promotion de l'état de droit

Le chef d'irrecevabilité *ratione temporis* ne figure nulle part dans la Convention pas plus que dans les protocoles d'amendement à la Convention ou dans les travaux préparatoires. Pourtant, il semble impensable que les États aient voulu que l'ensemble des dispositions de la CEDH puisse être appliqué sans limite de temps, donc vis-à-vis de situations s'étant déroulées bien avant que la Convention n'entre en vigueur à leur égard. Certains États ont d'ailleurs expressément souhaité le contraire par l'adjonction à leur ratification, ou à leur déclaration d'acceptation de la compétence de la Commission ou de la Cour à connaître des affaires individuelles, de déclarations quant à l'application temporelle de ces dispositions.

Toutefois, cela ne règle pas le problème pour la majorité des États restée silencieuse. Il devait donc exister un critère permettant à la Commission d'établir quelles requêtes, bien que matériellement compatibles avec la Convention, devaient être écartées à cause de la non-applicabilité de la Convention à l'époque des faits incriminés, donc de délimiter la compétence *ratione temporis* des organes strasbourgeois. Ne trouvant aucune ressource dans la Convention, la Commission puis la Cour se sont appuyées sur les principes généraux du droit international pour en trouver le fondement et en préciser la portée.

Parmi ceux-ci, elles ont retenu celui de la non-rétroactivité des traités. Ainsi, la Convention « ne régit, pour un État contractant déterminé, que la période postérieure à son entrée en vigueur à l'égard de cet État »¹⁰⁰⁶. La doctrine contemporaine accepte de manière unanime que « le principe de non rétroactivité est un principe général applicable à tous les actes juridiques internationaux »¹⁰⁰⁷. Si la Commission a correctement cerné le droit international positif en vigueur, alors la question de la recevabilité *ratione temporis* ne devrait pas poser de véritables problèmes. Pourtant,

¹⁰⁰⁶ ComEDH, *X c. RFA*, 2 octobre 1968, (déc.), req. 3151/67 ; CourEDH, *Blečić c. Croatie*, GC, (déc.), 8 mars 2006, § 70.

¹⁰⁰⁷ Voir entre autres pour la doctrine contemporaine : DAILLIER, PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 221 ; DUPUY *Droit international public*, 9^{ème} éd, 2001, p. 300 ; JENNINGS, R. et WATTS, A. (ed.) *Oppenheim's international law*, vol. I, 9^{ème} éd., Harlow, 1992, p. 1249 ; et pour des écrits plus anciens Denise BINSCHEDLER-ROBERT, « De la rétroactivité en droit international public », in *Mélanges P. Guggenheim*, 1968, Genève, p. 185 ; Louis CAVARÉ, *Le droit international positif*, tome II, Paris, 1964, p. 88.

comme l'a remarqué Sir Humphrey WALDOCK, quatrième rapporteur spécial de la CDI sur le droit des traités, « la question paraît relativement simple, mais un examen plus approfondi montre qu'elle comporte de grandes difficultés, surtout lorsqu'il s'agit des clauses juridictionnelles »¹⁰⁰⁸.

En effet, pour pouvoir appliquer le principe de non-rétroactivité, il faut découvrir les règles permettant d'établir si le comportement incriminé a pris fin et surtout à quel moment. Pour ce faire, la Cour s'est explicitement basée sur le droit international (Section 1) mais elle a été relu et opérationnalisé à l'aune de l'état de droit (Section 2).

Section 1. La non-rétroactivité, principe de droit international général

Le principe de non-rétroactivité des traités a été codifié dans l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités :

« À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date. »

Cet article dont il est généralement admis qu'il fait partie du droit coutumier (§ 1) pose, dans sa rédaction même, une atténuation concernant les situations qui n'auraient pas cessé d'exister, les situations continues (§ 2).

§ 1. Un principe clair : la non-rétroactivité des traités

Le principe de non-rétroactivité en droit international général peut être constaté par le recours à différents matériaux (A). Les organes strasbourgeois ont d'ailleurs repris ce principe dès le début de leur jurisprudence (B).

¹⁰⁰⁸ Annuaire de la Commission de droit international, 1964, vol. I, 730^e séance, par. 2.

A. La formulation du principe en droit international

Comme le reconnaît la juge BINSCHEDLER-ROBERT, la première question posée par la non-rétroactivité est « dans quelle mesure des règles nouvelles peuvent-elles s'appliquer pour apprécier des comportements antérieurs à la mise en vigueur de la règle [...] ? ».

Le principe de non-rétroactivité des traités a été posé dès 1903, par un tribunal arbitral mixte qui a reconnu dans l'affaire *Sambiaggio* « qu'un grand nombre d'autorités connues ont été citées pour établir la règle que les lois et les traités ne sont pas considérés, habituellement, comme rétroactifs dans leurs effets »¹⁰⁰⁹. En 1928, Max HUBER, dans un arbitrage resté célèbre¹⁰¹⁰, a affirmé que pour résoudre les questions d'application inter-temporelle du droit international, l'étendue des obligations doit être lue à la lumière du droit applicable à l'époque. On doit en conclure que les obligations apparues après les faits ne rétroagissent pas.

Ce principe a également été adopté par la Cour internationale. Premièrement, la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis* a énoncé qu'on peut déduire, contrairement au droit commun, une rétroactivité d'un traité selon le but de ce dernier¹⁰¹¹. La non-rétroactivité est donc bien le principe. Dans le domaine des traités, le principe de non-rétroactivité est le corollaire de la sécurité juridique¹⁰¹². Comme les traités sont susceptibles d'affecter de façon importante et rapide les obligations étatiques, il est important que les obligations auxquelles les États s'engagent, ne les lient que pour le futur¹⁰¹³. La CIJ l'a redit dans l'arrêt *Ambatielos* de 1952, où elle juge qu'un article stipulant l'entrée en vigueur du traité à une date donnée rejette la possibilité d'en faire une application rétroactive, à moins d'une raison spéciale contraire¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁹ R.S.A. vol. XI, cité et traduit par Paul TAVERNIER, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et règles en droit international public*, Paris, 1970, p. 116.

¹⁰¹⁰ *Affaire de l'île de Palmas*, Nations Unies, RSA, vol. II, p. 828

¹⁰¹¹ CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis de Palestine*, Série A n°2, p. 35.

¹⁰¹² BINSCHEDLER-ROBERT, « De la rétroactivité en droit international public », *op. cit.*, p. 185.

¹⁰¹³ G.E. do NASCIMENTO E SILVA, *Le facteur temps et les traités*, RCADI, 1977, p. 272.

¹⁰¹⁴ « Accepter cette théorie serait conférer un effet rétroactif à l'article 29 du traité de 1926, alors que l'article 32 du même traité énonce que le traité, ce qui doit signifier toutes les dispositions du traité, entrera en vigueur dès sa ratification. Cette conclusion aurait pu être contredite s'il avait existé une clause ou raison particulière appelant une interprétation rétroactive. Il n'existe pas dans le cas présent de telle clause ou de telle raison. Il est donc impossible d'admettre que l'une quelconque de ses dispositions doivent être considérée comme ayant été en vigueur à une date antérieure. », CIJ, *Affaire Ambatielos*, Exceptions préliminaires, 1^{er} sept. 1952, Rec. 1952, p. 40.

Ce principe a été codifié à plusieurs reprises, en premier lieu dans l'article 28 de la Convention de Vienne de 1969. De même, le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission du droit international le 9 août 2001¹⁰¹⁵, réaffirme ce principe dans son article 13 intitulé « Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État » : « Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit. »

La jurisprudence internationale et la codification sont claires : le principe est la non-rétroactivité, l'exception étant la volonté contraire des États. Ce principe fait partie du droit international coutumier, ou constitue, selon la terminologie de la Cour, un principe général de droit international. La Cour, comme la Commission, l'ont clairement accepté.

B. La réception du principe dans la CEDH

Pour la Commission, il est vrai que le chef d'irrecevabilité *ratione temporis* « ne figure point parmi ceux qu'énumèrent les articles 26 et 27 de la Convention » et que « l'article 66 de la Convention se borne à déterminer quand se produit l'entrée en vigueur de la Convention, sans préciser à partir de quelle date cette entrée en vigueur déploie ces effets ». Elle relève dès lors que « l'existence du chef d'irrecevabilité *ratione temporis* dérive cependant du principe de la non-rétroactivité des traités et conventions, lequel se range parmi les principes de droit international généralement reconnus »¹⁰¹⁶.

Ce principe était applicable dès 1955 pour les débuts des travaux de la Commission. Il existait déjà une jurisprudence internationale constante sur laquelle l'article 28 de la Convention de Vienne fut ultérieurement construit. La Commission a toutefois fait une différence entre l'acte de se « borner » à la date d'entrée en vigueur, dont on ne peut tirer de conclusion comme le démontre Paul TAVERNIER¹⁰¹⁷, et l'irrecevabilité *ratione temporis* qui « dérive [...] de la non rétroactivité ». Au contraire, la CIJ retient

¹⁰¹⁵ Rapport sur les travaux de la cinquante-troisième session de la Commission du droit international, Comptes rendus officiels de l'Assemblée Générale, Cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), chp.IV.E.1 et chp.IV.E.2, pp. 46 et 133-145.

¹⁰¹⁶ ComEDH, *De Becker c. Belgique*, (déc.), 9 juin 1958, req. 214/56, p. 233.

¹⁰¹⁷ TAVERNIER, *Recherches sur l'application dans le temps*, op. cit., p. 121.

uniquement de l'existence d'une date d'entrée en vigueur d'une Convention, une présomption de non-rétroactivité.

Dans l'arrêt *Blečić*, en 2006, la Grande chambre de la Cour a revisité sa position :

« La Cour rappelle qu'en vertu des règles générales du droit international [...], les dispositions de la Convention ne lient une Partie contractante ni en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de cette partie, ni en ce qui concerne une situation qui avait cessé d'exister avant cette date. »¹⁰¹⁸

Il est notable que cette formulation intègre en plus de sa jurisprudence constante, des termes repris de l'article 28 de la Convention de Vienne concernant « la situation qui avait cessé d'exister » alors que la décision à laquelle la Cour s'est référée, *Kadikis c. Lettonie* du 29 juin 2000, ne contenait pas ce passage. Cela semble révéler une volonté de respecter le droit international codifié. Cette extension permet d'introduire également de manière synthétique l'exception au principe.

La Cour a reconnu implicitement que la première exception ne s'applique pas. Il n'y avait pas de volonté des États de faire rétroagir la Convention. Les États auraient donc fixé pour principe

« d'empêcher que puissent être déférés par la voie d'une requête à la Cour des faits remontant à une époque où l'État défendeur n'était pas en mesure de prévoir la responsabilité internationale ou les procédures juridictionnelles auxquelles ces faits étaient susceptibles de donner lieu »¹⁰¹⁹.

En d'autres termes, il s'agit de respecter la souveraineté des États en ne les engageant pas au-delà de ce qui était prévisible.

Concernant la méthode, la Cour a affirmé que sa compétence temporelle devait se déterminer « par rapport aux faits constitutifs de l'ingérence alléguée »¹⁰²⁰. Toutefois, elle n'a préconisé aucun moyen d'évaluation. Elle n'a pas choisi entre une appréciation subjective, du point de vue des parties, ou objective, d'un point de vue externe. Pour

¹⁰¹⁸ CourEDH, *Blečić c. Croatie*, GC, (déc.), 8 mars 2006, § 70.

¹⁰¹⁹ *Ibid.* § 68.

¹⁰²⁰ *Ibid.* § 77.

« établir la compétence temporelle de la Cour, il est donc essentiel d'identifier dans chaque affaire donnée la localisation exacte dans le temps de l'ingérence alléguée. La Cour doit tenir compte à cet égard tant des faits dont se plaint le requérant que de la portée du droit garanti par la Convention dont la violation est alléguée. »¹⁰²¹

Cette citation de la Cour résume toute la difficulté de la démarche. Comme l'a remarqué Joost PAUWELYN¹⁰²², si l'on s'en tient à une approche centrée sur la victime – et donc sur les effets des actes incriminés à l'égard des droits subjectifs garantis par la Convention –, toutes les ingérences deviennent susceptibles de violations continues car la formulation des droits garantis est très large.

Cette conclusion est inacceptable car elle annule complètement l'effet du principe posé. Pour autant, une interprétation objective pose le problème du fondement, qui doit se situer hors de la perception des États.

Afin de préciser cette approche, il est nécessaire d'identifier, au-delà de la complexité du concept, les caractéristiques de la non-rétroactivité en droit international.

§ 2. Un principe complexe

La complexité du principe de non-rétroactivité apparaît à plusieurs niveaux. La première difficulté est liée à l'existence de plusieurs dates à prendre en compte. La Cour européenne qualifie de « date critique » la date à partir de laquelle elle est compétente pour vérifier si l'ingérence alléguée respecte les droits matériellement garantis dans la Convention. Il est donc essentiel de pouvoir la déterminer (A). Le deuxième problème est de définir quelles sont les situations qui démarrent avant la date critique et qui sont recevables (B).

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² « [O]n the effects on the victim of the act (in casu the individual), taking into account all relevant circumstances of the case, rather than on the objective qualification of the act as such or the subjective intentions of its author (in casu the State). In this sense all rights and freedoms protected by the Convention can be the object of a continuing violation », Joost PAUWELYN, « The concept of a “continuing violation” of an international obligation: selected problems », *BYBIL*, 1995, vol. 66, p. 421.

A. La détermination de la « date critique » et les déclarations unilatérales

Habituellement, en matière conventionnelle, la date à prendre en compte est celle de l'entrée en vigueur du traité. Toutefois, dans le cadre de la CEDH, deux autres types de date s'y ajoutent car il s'agit d'établir non seulement le moment où la Convention entre en vigueur mais également celui où les organes de la Convention sont compétents. En effet, jusqu'en 1998 et les modifications apportées par le Protocole n°11, l'acceptation du droit de recours individuel ainsi que l'acceptation de la compétence de la Cour étaient facultatives et soumises à des déclarations de chaque État sur la base des anciens articles 25 et 46¹⁰²³. Or, certaines de ces déclarations ont été accompagnées de restrictions limitant la compétence des organes de contrôle pour les faits s'étant produits après la date de la déclaration, et non uniquement après la ratification¹⁰²⁴. Si la Commission a été supprimée et si la compétence de la Cour est devenue obligatoire depuis lors, l'article 6 du Protocole n°11 prévoit que les restrictions temporelles apportées au moment de la déclaration d'acceptation de la compétence de la Commission ou de la Cour restent applicables¹⁰²⁵. À l'instar de la Cour, il convient de désigner comme « date critique », la date de début d'appréciation par les organes strasbourgeois du respect des engagements.

On distingue donc une première date, celle de l'entrée en vigueur de la Convention et de ses protocoles additionnels à l'égard de l'État défendeur, et une seconde date, celle de l'acceptation du recours individuel et de la compétence obligatoire de la

¹⁰²³ Ancien article 46 : « § 1. Chacune des hautes parties contractantes peut, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, la juridiction de la Cour sur toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la présente Convention. § 2. Les déclarations ci-dessus visées pourront être faites purement et simplement ou sous condition de réciprocité de la part de plusieurs ou de certaines autres Hautes Parties contractantes ou pour une durée déterminée. »

¹⁰²⁴ Voir par exemple la déclaration grecque : « Le Gouvernement de la Grèce reconnaît, pour la période allant du 20 novembre 1985 au 19 novembre 1988, la compétence de la Commission européenne des Droits de l'Homme à être saisie d'une requête adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, postérieurement au 19 novembre 1985, par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui, à raison d'un acte, d'une décision, de faits ou d'événements postérieurs à cette date, se prétend victime d'une violation des droits reconnus dans la Convention et dans le Protocole additionnel (P1) [...] » ou la déclaration turque du 22 janvier 1990 présentée dans des termes similaires [Annuaire CEDH 1990, p. 10 -11].

¹⁰²⁵ « Dès lors qu'une Haute Partie contractante a reconnu la compétence de la Commission ou la juridiction de la Cour par la déclaration prévue à l'ancien article 25 ou à l'ancien article 46 de la Convention, uniquement pour les affaires postérieures, ou fondées sur des faits postérieurs à ladite déclaration, cette restriction continuera à s'appliquer à la juridiction de la Cour aux termes du présent Protocole. »

Cour. Il faut souligner que même si la date d'acceptation de la compétence de la Commission est antérieure à celle de la Cour, cette dernière est toujours liée par la restriction temporelle la visant spécifiquement. Elle n'a donc pas pu utiliser la période incluse entre les deux acceptations¹⁰²⁶.

Toutefois, pour la Commission comme la Cour, dès lors que les États n'ont pas assorti leur déclaration de limitations temporelles, la compétence *ratione temporis* des organes conventionnels commence au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné, même si l'acceptation de la compétence des organes conventionnels est plus tardive¹⁰²⁷. L'irrecevabilité d'une requête basée sur des faits qui se sont produits après l'entrée en vigueur de la Convention n'est qu'une irrecevabilité temporaire, qui cesse dès l'acceptation de la juridiction de la Cour ou de la Commission¹⁰²⁸. Comme l'a écrit Gérard COHEN-JONATHAN, la Commission et la Cour ont ainsi attribué « un effet rétroactif à la reconnaissance du droit de requête individuelle »¹⁰²⁹. Cette rétroactivité est parfaitement compatible avec la jurisprudence de la Cour internationale. Des questions similaires se sont posées à cette dernière comme à sa devancière, car leur compétence est facultative. Elles ont admis que la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire possédait une valeur rétroactive sauf réserve. Le principe de la non-rétroactivité des traités ne trouve pas ici à s'appliquer s'agissant d'une clause de compétence comme l'ont affirmé la CPJI dans l'affaire *Mavrommatis*¹⁰³⁰ et la CIJ dans l'affaire *Interhandel*¹⁰³¹. Concrètement, dès que la Convention est ratifiée les engagements doivent être respectés et peuvent être soumis à une juridiction dès que celle-ci est compétente :

«La Cour est d'avis que, dans le doute, une juridiction basée sur un accord international s'étend à tous les différends qui lui sont soumis après son établissement [...] La réserve faite dans de nombreux traités d'arbitrage au sujet de différends engendrés par des événements antérieurs à la conclusion du

¹⁰²⁶ CourEDH, *Yagci et Sargin c. Turquie*, 8 juin 1995, A 319-A, § 40.

¹⁰²⁷ Dès 1961, selon M. A. EISSEN, cette solution est adoptée par la Commission de manière « implicite mais non équivoque » en application d'une décision de principe prise dès septembre 1955. M.-A. EISSEN, « Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme, décisions en matière de compétence *ratione temporis* », *AFDI*, 1963, p. 724.

¹⁰²⁸ Par exemple, (déc.), 18 décembre 1961, req. 1102/61. Voir les références fournies par EISSEN, *op. cit.*, p. 724.

¹⁰²⁹ Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, p. 101.

¹⁰³⁰ CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis de Palestine*, Série A n°2, p. 35.

¹⁰³¹ Comme l'a affirmé le mémoire américain, en rejetant l'exception préliminaire d'irrecevabilité *ratione temporis*, la CIJ a admis implicitement que la juridiction obligatoire de la Cour possède un effet rétroactif. CIJ, *Interhandel*, arrêt, 21 mars 1959, Recueil 1959, p. 23.

traité semble démontrer la nécessité d'une limitation expresse de la juridiction »¹⁰³².

Cela ne signifie cependant pas que le droit applicable aux faits puisse être le droit en vigueur au moment de l'accord juridictionnel ; la non-rétroactivité reste de mise. Dans son étude des références faites en droit international à des situations antérieures rédigée avant qu'elle ne soit élue à la Cour de Strasbourg, Denise BINSCHEDLER-ROBERT retient que la non-rétroactivité ne s'impose qu'envers les « normes de comportement »¹⁰³³. En effet, ce n'est qu'envers ce type d'obligations que le problème de la sécurité juridique et de la prévisibilité apparaît. Or, les clauses juridictionnelles sont uniquement un mode de règlement des différends et non pas un moyen d'imposer des obligations nouvelles de comportement. Elles échappent donc à la non-rétroactivité.

Une fois que la date critique a été déterminée, il faut traiter du point le plus délicat : les situations continues.

B. Le problème de l'extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

La question de l'extension temporelle des violations des obligations internationales a été discutée par le biais du concept de « situations continues » (1), dont la CPJI a privilégié une conception minimaliste (2).

1. L'extension par les situations continues

Étant donné que nul État n'a souhaité que la CEDH soit rétroactive à son égard, la seule exception à la non-rétroactivité concerne les situations ayant démarré avant la date critique mais dont les effets continuent après.

La première formulation doctrinale du principe de violation continue a probablement été faite par TRIEPEL et a été citée par la CPJI dans l'*affaire des Phosphates du Maroc* :

« si à un moment donné les États sont internationalement obligés d'avoir des règles de droit d'une teneur déterminée, l'État qui les a déjà viole son devoir

¹⁰³² CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis de Palestine*, Série A n°2, p. 35.

¹⁰³³ BINSCHEDLER-ROBERT, « De la rétroactivité en droit international public », *op. cit.*, p. 199.

s'il les abolit et néglige de les introduire à nouveau, tandis que l'État qui ne les a pas encore violés son devoir seulement par le fait de ne pas les introduire : tous les deux commettent d'ailleurs [...] un délit permanent international (völkerrechtliches Dauerdelikt) »¹⁰³⁴.

Cette définition pose clairement le problème que les organes strasbourgeois ont à affronter. La Cour a également précisé au profit de l'État les conséquences de l'immédiateté : cela « n'impose aux États contractants aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant qu'ils ne ratifient la Convention »¹⁰³⁵. Il fallait impérativement apprendre à reconnaître les situations qui entraînent une possible responsabilité juridique limitée dans le temps, sous peine de vider la non-rétroactivité de sa substance.

L'enjeu de la distinction est clair, du moins plus que son utilisation. La notion de violation continue permet soit d'utiliser des faits préexistants la date critique, soit de ne pas exclure des faits s'étant produits après cette date, même s'ils sont connectés avec des situations antérieures à la date critique. Dans les deux cas, il s'agit d'éviter l'exception d'irrecevabilité *ratione temporis*.

L'article 28 de la Convention de Vienne de 1969 établit une distinction entre les actes, les faits et les situations. Si les deux premiers termes ne posent guère de difficultés car les faits ne peuvent exister en droit que conçus dans le cadre d'un acte juridique et renvoient ainsi à une même notion, le troisième a soulevé de nombreux débats au sein de la CDI et de nombreuses modifications ont été proposées¹⁰³⁶. La situation était perçue comme correspondant aux cas qui se prolongent dans le temps et ne peuvent donc pas être qualifiés de faits ou d'actes. Elle est plutôt une conséquence de ceux-ci. Dans cette acception, la notion de circonstance peut constituer une exception importante au principe de la non-rétroactivité.

Ce problème a été repris par la CDI et formulé ainsi dans le « Projet d'articles sur la responsabilité des États pour des faits internationalement illicites » :

¹⁰³⁴ Hans TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, p. 289 cité et traduit par la CPJI, série C, n° 84, p. 494.

¹⁰³⁵ CourEDH, *Blečić c. Croatie*, (déc.), GC, 8 mars 2006, § 81.

¹⁰³⁶ Pour une synthèse des débats voir : G.E. do NASCIMENTO E SILVA, *Le facteur temps et les traités*, RCADI, t.154, 1977, p. 274-276.

« Article 14 : Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.
2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.
3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné se produit au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation. »¹⁰³⁷

En résumé, si une situation n'est pas continue, elle possède alors une date de fin et c'est celle-ci qui doit être prise en compte pour savoir quelles sont les obligations applicables. Si la situation est continue, même si elle a débuté avant l'entrée en vigueur de l'obligation concernant l'État défendeur, celui-ci est tenu de mettre fin à la situation litigieuse.

Comme le constate Roberto AGO, un fait continu

« désigne un comportement de l'État [...] qui s'étale, toujours le même, sur un laps de temps plus ou moins long : autrement dit un fait qui, après s'être produit, continue d'exister en tant que tel et non pas seulement dans ses effets et dans ses conséquences »¹⁰³⁸.

Dès lors, comme l'a fait remarquer la CDI, « lorsqu'un nouveau traité entre en vigueur et qu'on veut l'appliquer à une situation continue, il s'agit en l'occurrence d'un effet immédiat et nullement d'un effet rétroactif »¹⁰³⁹. Ainsi,

« on ne saurait porter atteinte au principe de la non-rétroactivité en appliquant un traité à des situations qui se présentent une fois que le traité est en vigueur,

¹⁰³⁷ *Annuaire CDI*, 2001, vol. II, p. 146.

¹⁰³⁸ *Annuaire CDI*, 1978, vol. II, p. 101.

¹⁰³⁹ *Annuaire CDI*, 1964, vol. I, p. 43.

même si elles se sont présentées pour la première fois à une date antérieure. »¹⁰⁴⁰

Toutefois, résumer ce problème ainsi serait bien trop simplificateur. La distance entre l'effet rétroactif et l'effet immédiat est constituée par la définition de la situation continue.

C'est pour cela que la délégation américaine à la Conférence de Vienne de 1968 avait proposé la suppression des termes « ou toute situation qui avait cessé d'exister ». Pour Charles BEVANS, un des négociateurs américains, ces mots étaient ambigus :

« cette ambiguïté pourrait encourager des États qui cherchent à appliquer la convention rétroactivement à soutenir qu'un fait antérieur, exclu par l'article 24 de l'application de la convention, a donné naissance à une situation qui n'a pas cessé d'exister. Or s'il est relativement aisé de déterminer la date d'un acte ou d'un fait, il est plus difficile de préciser à quel moment une situation résultant d'un acte ou d'un fait a cessé d'exister »¹⁰⁴¹.

Et c'est bien là la question cruciale concernant tout tribunal international : quand l'illicéité cesse-t-elle ? Avant ou après la date critique ? Cette interrogation en soulève deux autres, aussi problématiques : il faut déterminer quels sont les actes, matériels comme juridiques, à prendre en considération pour identifier le moment où l'illicéité prend fin. D'autre part, il est nécessaire de savoir si une illicéité peut perdurer sans qu'il y ait renouvellement d'actes.

Concernant les situations ne s'étendant pas dans le temps, la CPJI a donné quelques exemples :

« Il y a, en effet, des infractions au droit des gens, comme par exemple une insulte au drapeau d'une nation amie, le torpillage [sic] d'un navire neutre, etc., qui ont un caractère immédiat. Lorsqu'une telle infraction est accomplie, c'est-à-dire lorsqu'elle est devenue parfaite, elle s'est aussi épuisée et n'existe plus comme telle. »¹⁰⁴²

¹⁰⁴⁰ *Annuaire CDI*, 1966, vol. II., p. 231.

¹⁰⁴¹ Cité par do NASCIMENTO E SILVA, *op. cit.*, p. 276-277.

¹⁰⁴² CPJI, *affaire des Phosphates du Maroc*, série C, n° 84, p. 494.

Toutefois, elle ne s'est pas prononcée *in concreto* sur l'existence de situations permanentes et n'a pas non plus énoncé de critères permettant de savoir pourquoi les actions citées sont des faits immédiats.

La Commission et la Cour ont également fourni différents exemples de faits immédiats à effet durable : une décision judiciaire¹⁰⁴³, une expropriation¹⁰⁴⁴, un licenciement¹⁰⁴⁵...

La CIJ a également eu à se prononcer sur le problème de la durée des violations d'engagements internationaux. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*¹⁰⁴⁶, elle a affirmé que la République islamique d'Iran « a violé [...] et continue de violer des obligations ... »¹⁰⁴⁷. Elle a donc repris le concept de violation continue, toutefois cette utilisation n'avait aucune incidence sur la recevabilité de la requête *ratione temporis*. Pour Éric WYLER, cet arrêt a contredit celui des *Phosphates du Maroc* où la CPJI s'est refusée à utiliser le concept de violation continue pour lui préférer celui de fait illicite « instantané à effets continus »¹⁰⁴⁸. Toutefois, le contexte de ces deux arrêts est assez différent. La perspective de la CPJI était de déterminer les faits ou situations à l'origine du différend quelle que soit leur durée et n'entendait pas distinguer entre faits et situations. On ne peut établir que la CIJ aurait utilisé la qualification de violation continue afin d'établir sa juridiction face à une déclaration d'acceptation de sa compétence assortie d'une limitation temporelle.

Le problème reste donc entier. Pour autant, d'autres affaires ont précisé cette conception prudente de la non-rétroactivité devant la CPJI, privilégiant la protection des États mis en cause pour minimiser les désagréments subis par une procédure internationale.

2. L'interprétation minimaliste de la notion de situation continue

Devant la Cour internationale de Justice, les termes du problème de rétroactivité ne sont pas identiques à ce qu'ils sont devant les organes de Strasbourg.

¹⁰⁴³ ComEDH, *De Becker c. Belgique*, (déc.), 9 juin 1958, Ann.CEDH 1958-59.

¹⁰⁴⁴ CourEDH, *Kefalas c. Grèce*, 8 juin 1995, A 318-A.

¹⁰⁴⁵ CourEDH, *Jovanović c. Croatie*, (déc.), CEDH 2002-III.

¹⁰⁴⁶ CIJ, 24 mai 1980, Rec. 1980, p. 3, ci-après l'affaire des *Otages*.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.* p. 44.

¹⁰⁴⁸ Éric WYLER, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *RDGIP*, vol. 95, 1991, p. 900.

Comme la CPJI en son temps, la CIJ doit pour décider de sa compétence *ratione temporis*, se prononcer sur le moment de l'élévation du différend international¹⁰⁴⁹ alors qu'à Strasbourg il s'agit de déterminer le moment de la violation d'un droit garanti par la Convention, indépendamment donc de la perception subjective du problème par les États.

L'élévation du différend peut être définie comme le moment où il existe entre deux États « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »¹⁰⁵⁰. Il ressort de la jurisprudence internationale qu'elle dépend aussi bien d'éléments factuels que subjectifs. Toutefois, l'utilisation par les États d'une clause de limitation temporelle de l'acceptation de la compétence obligatoire de la juridiction internationale sur le modèle de la déclaration belge du 25 septembre 1925 qui ne concerne que les litiges « qui s'élèveraient après la ratification, au sujet de situations ou de faits postérieurs à cette ratification », rend le contentieux comparable à celui des organes strasbourgeois. En effet, à Strasbourg, les droits étant établis au profit d'individus et non pas envers des États, la Cour n'a pas à déterminer le moment de l'élévation d'un différend international mais la date des faits ou situations ayant pu engendrer une violation des droits garantis par la CEDH. Un tribunal international confronté à la « clause belge » doit ainsi également évaluer les faits et situations pour déterminer le moment de l'élévation du différend.

Dès lors, savoir si une législation adoptée antérieurement à la date critique peut engendrer une violation continue est une question connue du droit international et ce, depuis le début du 20^e siècle. La CPJI s'est prononcée sur ce sujet à deux reprises.

Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*¹⁰⁵¹, elle devait trancher entre les prétentions du gouvernement italien et l'interprétation du gouvernement français concernant la légalité en droit international de la mise en place et de l'application d'une législation de 1920 applicable au Maroc, sous mandat français, tendant à établir un monopole d'exploitation des phosphates, excluant de ce fait la participation de ressortissants étrangers. La France avait adjoint à sa déclaration d'acceptation de la compétence une clause de type belge.

¹⁰⁴⁹ L'article 36 § 2 du statut de la CIJ précise que la juridiction facultative de la Cour porte sur « tous les différends d'ordre juridique », voir DEBBASCH, *La compétence ratione temporis*, op. cit., p. 235-241.

¹⁰⁵⁰ CPJI, *affaire des concession Mavrommatis en Palestine*, 30 août 1924, séries A n°2 p. 11.

¹⁰⁵¹ CPJI, *affaire des Phosphates du Maroc*, 4 juin 1938, Série A/B n°74.

Pour la France, la législation litigieuse avait été promulguée avant la décision d'acceptation de la juridiction de la CPJI qui date de 1931 et la Cour n'était donc pas compétente. Pour l'Italie, la violation des engagements pris par la France avait continué avec l'application de cette législation dans des cas particuliers envers des ressortissants italiens. Le cœur du problème était de savoir si ces actes d'individualisation d'une législation constituaient des faits ou situations nouvelles au regard du droit international ou si la situation créée par la législation pouvait être qualifiée de situation ou violation continue. La CPJI a décidé que les actes d'application n'étaient pas séparables de la législation controversée et qu'ils étaient couverts par la même cause d'irrecevabilité. Elle a constaté, en recherchant l'intention française contenue dans la déclaration d'acceptation, que « seuls relèvent de la juridiction obligatoire les situations ou les faits postérieurs à la date de la ratification au sujet desquels s'est élevé le différend c'est-à-dire ceux qui doivent être considérés comme générateur du différend »¹⁰⁵².

Le contrôle juridictionnel constitue une exception. En effet, considérant que « les États répugnent à se lier de manière indéfinie dans le passé comme dans l'avenir, c'est-à-dire pour des litiges qu'ils ne peuvent déterminer avec précision »¹⁰⁵³ la CPJI a fait une interprétation très respectueuse de la volonté des États dans l'affaire *des Phosphates du Maroc*.¹⁰⁵⁴

Elle a reproduit cette approche dans l'affaire *de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*¹⁰⁵⁵ mettant en cause les États bulgare et belge, cette affaire ayant demandé une nouvelle application de la déclaration belge en matière de compétence *ratione temporis*. Les États étaient liés par leur engagement l'un envers l'autre à partir du 10 mars 1926. La Belgique contestait l'application par les tribunaux bulgares de deux décisions d'un tribunal arbitral mixte datant de 1923 et 1925 fixant le prix de l'électricité versé à l'entreprise belge. Pour déterminer la date pertinente des faits ou situations à l'origine du différend, la CPJI a distingué entre la sentence arbitrale posant le cadre légal du différend, antérieure à 1926 « et qui se prolonge

¹⁰⁵² CPJI, *affaire des Phosphates du Maroc*, Série A/B n°74, p. 23.

¹⁰⁵³ Charles DEBBASCH, « La compétence *ratione temporis* de la CIJ », *RGDIP*, 1960, p. 233.

¹⁰⁵⁴ « il faut toujours garder à l'esprit la volonté de l'État qui, n'ayant accepté la juridiction obligatoire que dans certaines limites, n'a entendu y soumettre que les seuls différends qui sont réellement nés de situations ou de faits postérieurs à son acceptation », CPJI, *affaire des Phosphates du Maroc*, Série A/B n°74, p. 24.

¹⁰⁵⁵ CPJI, *affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Série A/B n°77.

actuellement »¹⁰⁵⁶, et les faits à l'origine du différend, postérieurs à 1926. Ainsi, elle a encore réfuté qu'une situation continue commencée avant la date d'acceptation puisse conduire à des effets rétroactifs.

Elle a toutefois conclu à la recevabilité *ratione temporis* de la requête. Elle a souligné que le différend ne s'était pas élevé à cause de la législation mettant en place le système de rétribution mais de par l'application faite par les tribunaux. Pour déterminer sa compétence, la CPJI devait établir si les décisions des tribunaux bulgares avaient été prises conformément à l'accord et donc statuer d'abord sur le fond. Seule une divergence entre les sentences arbitrales et l'application faite par les tribunaux pouvait créer une situation distincte de celle de 1926. Même si la cour a quant à elle affirmé qu'elle pouvait réfuter l'irrecevabilité *ratione temporis* car le gouvernement belge ne s'opposait pas aux décisions arbitrales mais à leur application, il s'agissait bien d'un conflit lié au fond du litige. Si l'application par les tribunaux bulgares était conforme au droit international reflété par les sentences arbitrales, alors il n'y avait pas de violation du droit international mais pas non plus de recevabilité *ratione temporis*.

Certes, rien n'est modifié du point de vue du principe, mais l'application de date d'élévation du différend ne permet pas d'établir que tous les contentieux liés à l'application d'une législation antérieure à la date critique doivent être écartés.

Dans ces deux affaires, la CPJI a adopté une posture confortant la volonté des parties, ce que souligne l'opinion dissidente du juge VAN EYSINGA jointe à l'arrêt *des Phosphates du Maroc*¹⁰⁵⁷. Selon lui, elle a été dans cette démarche au-delà du libellé de la réserve pour y dégager la volonté de l'État français et rejeter par là même la spécificité du terme « situation » par rapport aux « faits »¹⁰⁵⁸. La situation peut en effet, selon lui, se concevoir comme incluant les « faits illicites continués et permanents »¹⁰⁵⁹ tels que le prétendait le gouvernement italien ou comme l'a admis la CDI¹⁰⁶⁰. Une telle approche a également été approuvée par le juge CHENG dans son opinion dissidente, qui voit dans le monopole « un état de choses continu et permanent », donc une situation créant un préjudice qui « ne poursuit pas

¹⁰⁵⁶ *Ibid.* p. 82.

¹⁰⁵⁷ CPJI, *affaire des Phosphates du Maroc*, Série A/B n°74, p. 31-35.

¹⁰⁵⁸ « En voulant interpréter la déclaration française de cette façon, on en limite la portée d'une façon qui ne s'accorde guère avec la formule plus générale de la déclaration. » *Ibid.*, p. 35.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 34.

¹⁰⁶⁰ Voir *supra*.

simplement son existence antérieure, mais acquiert même une nouvelle existence chaque jour, tant que demeure en vigueur le dahir qui l'a institué pour la première fois »¹⁰⁶¹.

La juridiction internationale a refusé cette distinction entre faits et situations. Elle a au contraire estimé que toutes les violations qui prennent leur source dans un fait passé sont exclues de sa compétence, alors qu'elle aurait très bien pu constater que seuls les faits ou situations terminées lors de l'acceptation de sa juridiction étaient exclus et par conséquent inclure les situations continues.

Cette interprétation permet à l'État de ne pas avoir à répondre de la législation entrée en vigueur avant la date critique ; elle a en outre pour effet de réduire considérablement le nombre de différends pour lesquels un tribunal peut être saisi. Ce faisant, la Cour a minimisé sa mission de règlement pacifique des différends sur la base du droit international. En insistant sur cet objectif, elle aurait pu atteindre le résultat contraire. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit devant les organes strasbourgeois.

Section 2. La transformation de la non-rétroactivité par la Cour via l'état de droit

La CIJ et la CPJI ont systématiquement appliqué les déclarations et réserves à toutes les parties au litige, même en ce qui concerne les limitations *ratione temporis*¹⁰⁶². Leur compétence est en effet basée sur la réciprocité des consentements de sorte que toute limitation dans le temps doit s'appliquer de la même manière aux deux parties.

Au contraire, dans le système strasbourgeois, il n'existe pas de différence entre requêtes interétatiques et requêtes individuelles. Les réserves et les déclarations concernant l'application dans le temps du traité ne s'imposent pas de manière réciproque envers les autres États contractants.

¹⁰⁶¹ CPJI, *Affaire des Phosphates du Maroc*, Série A/B n°74, p. 25-26.

¹⁰⁶² Voir par exemple, CPJI, *Compagnie d'électricité belge de Sofia et de Bulgarie*, Série A/B n°77, p. 81.

Dans l'affaire *Autriche c. Italie* de 1961, la Commission a même autorisé la saisine interétatique pour des faits qui s'étaient produits avant que la partie demanderesse ne ratifie le traité¹⁰⁶³. Pour se justifier, elle avait fait référence à la jurisprudence *Mavrommatis* de la CPJI¹⁰⁶⁴, avant d'affirmer pour la première fois le caractère non synallagmatique des obligations souscrites dans le cadre de la CEDH dans un célèbre passage où elle consacrait l'existence d'un ordre public européen¹⁰⁶⁵. Cela démontre, s'il en était besoin, la volonté des organes strasbourgeois d'appliquer le droit international mais uniquement dans le respect des spécificités de la Convention.

Cette décision constitue un moyen de ne pas appliquer les principes de droit international via l'ordre public européen. On peut y voir une première entorse aux règles traditionnelles du droit international, ou bien une application spéciale de la règle générale. Il est difficile de mesurer l'impact de cette décision, aussi bien du point de vue de la protection de l'ordre public européen que de la réduction de la souveraineté de l'État car cette situation ne s'est jamais reproduite.

S'il est indéniable que le contrôle d'une juridiction internationale est potentiellement attentatoire à la souveraineté des États, surtout en l'absence de consentement, un tel argument possède une valeur faible à partir du moment où l'Italie avait reconnu la compétence de la Cour et surtout le droit de recours individuel. L'Italie aurait donc été comptable de ces mêmes actes devant la Commission sur la base d'un recours individuel.

Cette interprétation marque l'importance des valeurs européennes dans l'intégration du droit international relativement à la compétence *ratione temporis* de la Cour. Toutefois, ici les valeurs ne sont pas clairement identifiées.

De manière plus générale, dans l'application du principe de non-rétroactivité c'est une composante particulière de l'ordre public européen qui a dominé : l'état de droit, grâce auquel la Cour a développé ses critères de reconnaissance des situations continues.

¹⁰⁶³ ComEDH, *Autriche c. Italie*, Annuaire IV, 1961, p. 117, surtout « il faut admettre que, selon cette interprétation de l'article 24, l'Autriche a le droit d'introduire une plainte contre l'Italie au sujet de faits antérieurs au moment où l'Autriche devint Partie à la Convention », *ibid.*, p. 143.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.* p. 137.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.* p. 139.

Dire que l'État est tenu de respecter la Convention aussitôt que celle-ci entre en vigueur relève de la tautologie. Mais il faut souligner ici le principe d'immédiateté des obligations. Il n'existe aucune période de latence, ni mesures transitoires, et c'est l'intégralité de l'ordre juridique de l'État partie qui doit être immédiatement conforme à la Convention. Comme l'affirme la Commission :

« Selon les principes généraux du droit international, corroborés par l'esprit de la Convention ainsi que par les travaux préparatoires, les Parties Contractantes ont l'obligation [...] de veiller à ce que leur législation interne cadre avec la Convention et, le cas échéant, de prendre les mesures d'adaptation qui se révéleraient nécessaires à cette fin »¹⁰⁶⁶.

C'est d'ailleurs une différence pratique très importante avec d'autres types de traités qui ne touchent que des domaines limités de l'action étatique. La CEDH, telle qu'interprétée par les organes conventionnels, affecte désormais tous les domaines de l'action publique. Et si les premiers États parties ont pu progressivement s'adapter à la jurisprudence grandissante de la CEDH, les États dernièrement arrivés n'ont pas eu cette possibilité. Ils ont dû intégrer l'ensemble de l'« acquis conventionnel » en quelques années seulement, du moins pour les anciens États du bloc de l'Est. La Convention est entrée en vigueur dès l'automne 1992 pour la Bulgarie et la Hongrie, et en janvier 1993 pour la Pologne et la Tchécoslovaquie.¹⁰⁶⁷

Une des conséquences de l'immédiateté est que des situations ayant débuté avant la date critique peuvent également être prises en compte. La Cour a ainsi pu considérer qu'après la date critique, « tous les actes et omissions de l'État doivent non seulement se conformer à la Convention, mais aussi s'exposent au contrôle des organes de la Convention »¹⁰⁶⁸. Analysant la déclaration de la Turquie quant à sa compétence *ratione temporis*, elle a refusé que « des faits postérieurs au 22 janvier 1990 [date de l'acceptation de la compétence de la Cour] échappent à sa compétence lorsqu'ils ne sont que les prolongements d'une situation

¹⁰⁶⁶ *De Becker c. Belgique*, (déc.), 9 juin 1958, req. 214/56, *Ann. CEDH*, I, 1958, p. 235.

¹⁰⁶⁷ Voir par exemple à ce sujet : Jean-François FLAUSS, « Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe », *EJIL*, 1994, p. 1-23. Et pour la pratique de l'admission des PECO au sein du Conseil de l'Europe, Andrew DRZEMCZEWSKI, « Programmes de coopération et d'assistance aux PECO dans le domaine des droits de l'homme (1990 – septembre 1993) », *RUDH*, 1993, p. 213.

¹⁰⁶⁸ *CourEDH, Mansur c. Turquie*, Série A 319-B, § 44.

préexistante »¹⁰⁶⁹. Donc, toutes les requêtes basées sur des situations ayant commencé avant l'entrée en vigueur de la Convention mais qui durent après la date critique sont recevables *ratione temporis* en tant que situations continues. Et la Cour est non seulement concernée par les actes, mais également par les omissions.

D'un autre côté, la Convention n'étant pas rétroactive, elle n'impose aux États contractants aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant qu'ils ne la ratifient.¹⁰⁷⁰

Le critère de distinction entre l'immédiateté et la non-rétroactivité repose sur la séparation entre les actes instantanés et les situations continues. Les premiers sont datés et ont une fin. Si un acte s'est produit avant la date critique alors la requête est irrecevable *ratione temporis*. À l'inverse, les faits qui perdurent après la date critique peuvent générer un grief recevable.

Ces questions ayant été approfondies en droit international, la Commission et la Cour y ont toutes les deux eu recours pour déterminer leur compétence *ratione temporis*. Ensuite, les critères ont été transformés. Cela aurait pu se faire en privilégiant les droits des victimes et l'effectivité de la Convention. Cela n'a pas été le cas.

Pour concilier ces deux facettes d'immédiateté et de non-rétroactivité attachée à l'entrée en vigueur d'un traité, la jurisprudence s'est servie de l'état de droit. La notion de situation continue a été relue selon que l'origine de l'ingérence provienne de faits ou de normes : une violation engendrée par un fait, non-instantané, continuerait ; au contraire, celle qui résulte d'une norme dépendrait de la nature de la norme, individuelle ou générale. S'il faut donc distinguer entre les actes normatifs (§ 1) et les situations de fait (§ 2), cette vision est cependant difficilement opérationnelle.

§ 1. La difficile distinction selon les types d'actes normatifs

La Cour attribue des effets temporels différents aux restrictions des droits selon le type d'actes normatifs. La loi est censée durer donc créer des situations continues,

¹⁰⁶⁹ CourEDH, *Mansur c. Turquie*, Série A 319-B, § 44 ; CourEDH, *Yagci et Sargin c. Turquie*, 8 juin 1995, Série A 319-A, § 40.

¹⁰⁷⁰ CourEDH, *Kopecký c. Slovaquie*, GC, 28 septembre 2004, CEDH 2004-IX, § 38.

alors que les décisions sont présumées instantanées (A). Pour autant, la tension persiste entre la volonté qu'ont les États de n'être liés que pour le futur et la nécessaire efficacité de la Convention dès son entrée en vigueur pour l'État concerné. De plus, d'un point de vue factuel, les conséquences d'une décision injuste perdurent de la même manière qu'une législation, et les décisions participent de la production des normes générales (B).

A. La distinction entre législation et décisions

Le cadre de référence pour distinguer les faits instantanés des situations continues a été posé par la Commission dans sa décision de recevabilité *De Becker* du 9 juin 1958¹⁰⁷¹.

En l'espèce, le requérant était rédacteur en chef du quotidien belge *Le Soir* sous l'occupation allemande de juin 1940 à octobre 1943. Le 24 juillet 1946, il fut condamné à la peine de mort pour collaboration par le Conseil de Guerre de Bruxelles, puis sa peine fut révisée en appel le 14 juin 1947 et transformée en détention perpétuelle. Elle fut ramenée à 17 ans en 1950, puis il fut libéré en 1951 sous deux conditions : sa non-participation à la vie politique ainsi que son établissement en France. Toutefois, en application de l'article 123 *sexies* du Code pénal belge, il se trouvait également interdit, entre autres, d'exercer sa profession de journaliste et d'écrivain, à perpétuité.

Pour la Commission, seul le grief d'atteinte à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention n'était pas « manifestement mal fondé ». Sur la recevabilité de cette requête, elle devait déterminer si les faits relevaient *ratione temporis* de l'application de la Convention. Le gouvernement estimait en effet que les griefs de M. De Becker étaient basés sur une décision du 14 juin 1947, c'est-à-dire antérieure au 14 juin 1955, date d'entrée en vigueur de la Convention en Belgique. Pour le gouvernement belge, le requérant ne pouvait « dissocier la disposition belge qu'il critiqu[ait ...] de l'application qui lui en a été faite par la Cour Militaire de Bruxelles ». ¹⁰⁷² Ainsi la compétence n'aurait-elle pas été établie en vertu de la non rétroactivité. Au contraire, le requérant estimait qu'il n'attaquait pas la décision mais

¹⁰⁷¹ ComEDH, *De Becker c. Belgique*, (déc.), 9 juin 1958, req. 214/56, Ann. CEDH I, 1958, p. 217.

¹⁰⁷² ComEDH, *De Becker c. Belgique*, (déc.), 9 juin 1958, req. 214/56, Ann. CEDH I, 1958, p. 233.

la violation « constante et perpétuelle »¹⁰⁷³ de son droit à la liberté d'expression, reprenant la terminologie du juge CHENG, car cette situation pouvait entraîner de nouvelles condamnations s'il faisait usage de sa liberté d'expression.

Afin de savoir si les faits de l'espèce, et notamment l'arrêt de 1947 avec l'application concomitante de l'article 123 *sexies* du Code pénal, relevaient de sa compétence *ratione temporis*, la Commission a opéré une distinction entre les « actes instantanés »¹⁰⁷⁴, tels un jugement, et les situations de violation continue. En effet, la Commission s'est demandée si le grief du requérant avait trait à « des faits qui, quoiqu'antérieurs par leur origine à la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Partie Contractante défenderesse, sont susceptibles de constituer une violation continue de la Convention se prolongeant après cette date »¹⁰⁷⁵.

La Commission a d'abord séparé l'atteinte à la liberté d'expression du jugement de 1947, pour la lier à la législation toujours en vigueur qui attache la déchéance de certains droits à ce jugement. Ainsi le requérant encourait-il de nouvelles sanctions en cas d'infraction à la loi. Elle a ensuite constaté qu'elle avait compétence pour apprécier la compatibilité de la législation interne des Parties avec la Convention et que cette compétence s'exerçait également « en ce qui concerne les lois promulguées avant la date d'entrée en vigueur de la Convention, lorsqu'elles demeurent en vigueur après cette date. »¹⁰⁷⁶

Le jugement de 1947 ne peut avoir occasionné une violation de la Convention *ratione temporis* en tant qu'acte instantané¹⁰⁷⁷, la peine elle-même étant selon la Commission un corollaire du jugement et non une situation continue. Les peines découlent en effet « directement du principe de l'autorité de la chose jugée » et constituent de « simple effets dépourvus d'existence autonome »¹⁰⁷⁸. Toutefois les décisions des tribunaux belges

¹⁰⁷³ *Ibid.* p. 231.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.* p. 233.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*

¹⁰⁷⁶ ComEDH, *De Becker c. Belgique*, (décision), 9 juin 1958, Annuaire I, p. 235.

¹⁰⁷⁷ La requête eut été rejetée sur la base du « chef d'irrecevabilité *ratione temporis* au cas où et dans la mesure où elle (eût visé) la validité ou le bien-fondé de l'arrêt du 14 juin 1947, acte instantané par lui-même », ComEDH, *De Becker c. Belgique*, (décision), 9 juin 1958, Annuaire I, p. 231.

¹⁰⁷⁸ *X. c. Belgique*, (déc.), 16 décembre 1961, n° 764/60, non parue. Citée par EISSEN, « Jurisprudence de la Commission », *op. cit.*, p. 731.

« n'ont fait que déclencher, de plein droit, l'application d'une prescription légale génératrice d'une situation continue et [...], partant, ce n'est pas de la compatibilité de ces décisions avec la Convention, mais bien de celle de ladite prescription légale, que la Commission se trouve saisie en l'espèce »¹⁰⁷⁹.

Dès lors, « il s'avère que le requérant se trouve placé dans une situation continue au sujet de laquelle il se prétend victime d'une violation de sa liberté d'expression »¹⁰⁸⁰ et que cela empêche le jeu de l'exception d'irrecevabilité *ratione temporis*. La distinction est fragile entre les effets qui ont ou n'ont pas d'existence autonome.

Une telle interprétation des effets automatiques du jugement comme de la peine est problématique. La question de la conformité de cette législation avec la Convention l'est également. En effet, la déchéance du droit de participation à la vie journalistique ou parlementaire aurait pu être prononcée dans le jugement plutôt que par la législation, ce qui n'aurait en rien changé la situation de M. De Becker mais aurait rendu la requête irrecevable.¹⁰⁸¹

L'application de la distinction entre jugement et législation pose le problème connu de l'exclusion de situations qui semblent être extrêmement proches, que ce soit en droit ou en fait. En effet, si la Commission penchait vers une extension du champ d'application *ratione temporis* de la Convention, elle ne pouvait inclure toutes les décisions de justice au nom de la permanence des effets de la condamnation sous peine de vider de sa substance le principe de non rétroactivité. La Commission a donc dû déterminer une ligne plus favorable au requérant, sans toutefois être exemptée de tout reproche.

Ainsi, la Commission a refusé d'accepter l'irrecevabilité d'une requête au motif que les violations résulteraient de lois antérieures à l'entrée en vigueur de la Convention. Elle a été à l'encontre de la CPJI qui avait conclu de manière inverse dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*¹⁰⁸² lorsqu'elle a jugé que la question de la légalité du régime de monopole institué par un décret antérieur à la date critique était

¹⁰⁷⁹ ComEDH, *De Becker c. Belgique*, (décision), 9 juin 1958, Annuaire I, p. 235.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ On peut aussi noter l'ironie de la situation. Si l'État belge n'avait pas eu la clémence de prononcer une amnistie envers M. De Becker, celui-ci serait resté en prison sur la base de sa condamnation et nulle violation de la Convention n'aurait émergé. Pourtant, la démocratie belge avait fait preuve de compassion en relaxant un individu condamné pour collaboration avec le régime nazi et en lui infligeant un régime certes très contraignant pour sa liberté d'expression, mais bien moins sévère que celui de la prison.

¹⁰⁸² Voir *supra*.

irrecevable. Néanmoins, comme le note François MONCONDUIT, la Commission n'a appliqué cette distinction qu'avec réticence¹⁰⁸³.

Pour autant, les principes ont été intégrés à la jurisprudence de la Cour, résumés ainsi dans l'affaire *Blečić*¹⁰⁸⁴ :

« En vertu des règles générales du droit international, les dispositions de la Convention ne lient une Partie contractante ni en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de cette partie [...] ni en ce qui concerne une situation qui avait cessé d'exister avant cette date »¹⁰⁸⁵.

L'application de ce principe a privilégié l'idée que la ratification de la CEDH et l'appartenance au Conseil de l'Europe signifiaient que l'intégralité de l'ordre juridique de l'État contractant s'était transformée en un État de droit démocratique garantissant les droits fondamentaux.

B. La nature législative des décisions

La question qui se pose ici est de savoir si une violation d'un droit garanti est réalisée par le premier acte en cause ou bien par le fait que les recours mis en œuvre ont échoué.

Si le principe de base dans la jurisprudence de la Cour est qu'une décision définitive emporte violation d'un droit, cela n'empêche pas les fluctuations importantes dans la jurisprudence. Il convient donc de considérer les limites de cette analyse normative formelle, tout d'abord dans le cadre du droit à l'accès au tribunal (1).

Une distinction supplémentaire, qui n'apparaît pas clairement dans la jurisprudence, doit en outre être opérée entre les décisions selon que les tribunaux soient saisis pour faire reconnaître un droit ou pour réparer un préjudice. Dans la mesure où la Convention oblige les requérants à épuiser les voies de recours internes pour laisser aux autorités nationales la possibilité de remédier à la violation alléguée d'un droit, il

¹⁰⁸³ François MONCONDUIT, *La Commission européenne des droits de l'homme*, Sijthoff, 1965, p. 211-212.

¹⁰⁸⁴ CourEDH, *Blečić c. Croatie*, GC, (déc.), 8 mars 2006, Rec. 2006-III.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.* § 70.

est important de savoir si l'ingérence a lieu du fait de la décision définitive ou si elle a eu lieu auparavant et de manière indépendante (2).

1. Décisions juridictionnelles et droit d'accès à un tribunal

Deux arrêts concernant la Grèce peuvent permettre de mieux comprendre la problématique de recevabilité *ratione temporis* en matière du droit d'accès à un tribunal.

Dans l'arrêt *Kefalas*¹⁰⁸⁶, le requérant se plaignait de n'avoir pu accéder à un recours de pleine juridiction pour faire contrôler la légalité d'un arrêté ministériel du 30 mars 1984. Pris en application de la législation sur les entreprises en difficultés, l'arrêté en cause prévoyait une nouvelle désignation du conseil d'administration de l'entreprise, dont la majorité était jusque-là détenue par les requérants. Saisi d'un recours en annulation, le Conseil d'État avait rejeté la demande en estimant que la loi avait été correctement appliquée en l'espèce, sans toutefois sans toutefois contrôler la constitutionnalité de cette loi.

Eu égard à la déclaration grecque d'acceptation du recours individuel¹⁰⁸⁷, la Cour et la Commission n'étaient quant à elles compétentes que pour connaître des faits survenus après le 25 novembre 1985. La Cour a affirmé son incompétence *ratione temporis* même face à une décision prise après l'acceptation du recours individuel.

« En dépit de ses effets continus, pareille violation n'aurait été qu'instantanée à l'égard des requérants sur le terrain de l'article 6. Par conséquent, et contrairement à ce qu'ils soutiennent, ce n'est pas l'arrêt du Conseil d'État du 13 mars 1987 qui les a privés de leur droit d'accès à un tribunal ; c'est la législation grecque qui ne leur offrait pas, à la date de l'adoption de l'arrêté ministériel n° 2544/84 du 30 mars 1984, un tel droit. En exerçant comme il le

¹⁰⁸⁶ CourEDH, *Kefalas c. Grèce*, 8 juin 1995, A n° 318-A.

¹⁰⁸⁷ « [L]e Gouvernement de la Grèce reconnaît, pour la période allant du 20 novembre 1985 au 19 novembre 1988, la compétence de la Commission européenne des Droits de l'Homme à être saisie d'une requête adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, postérieurement au 19 novembre 1985, par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui, à raison d'un acte, d'une décision, de faits ou d'événements postérieurs à cette date, se prétend victime d'une violation des droits reconnus dans la Convention et dans le Protocole additionnel (P1) ».

devait son contrôle de légalité, le Conseil d'État n'a fait que mettre en évidence l'impossibilité susmentionnée. »¹⁰⁸⁸

L'atteinte au droit d'accès au tribunal n'a pas été constituée par l'interprétation du Conseil d'État mais par l'arrêté ministériel.

La Cour a produit un raisonnement similaire au sujet d'un autre cas d'application de la déclaration grecque. Dans l'affaire *Stamoulakatos*¹⁰⁸⁹, elle a rejeté sa compétence pour connaître d'une violation d'un droit qui se poursuit à travers des recours infructueux après la date d'acceptation du recours individuel. Le requérant avait été condamné en son absence en 1979 et 1980 car les autorités n'avaient pu trouver son domicile. Il avait ensuite quitté le pays pour revenir en 1987 et faire appel de ses condamnations sur la base de ses non comparutions. Les tribunaux nationaux ne trouvant aucune raison légitimant ses absences, avaient refusé de réexaminer ses dossiers sur le fond. La Commission avait alors accepté par 10 voix contre 4 la recevabilité *ratione temporis* de sa requête, ainsi que la violation de l'article 6 :

« les organes de la Convention ne peuvent connaître des procès suivis par défaut en 1979 et 1980, mais il n'en irait pas de même des appels et du recours en annulation : introduits après novembre 1985, ils pourraient constituer des sources autonomes d'infraction à l'article 6 car ils visaient à obtenir un réexamen des doléances de M. Stamoulakatos en sa présence et, surtout, à contester les circonstances dans lesquelles les autorités avaient délivré les citations à comparaître litigieuses »¹⁰⁹⁰.

La Cour a au contraire refusé de voir dans les décisions d'appel et de cassation des continuations du grief, mais seulement un refus de statuer sur « l'irrégularité des citations à comparaître et de la signification des jugements rendus par défaut. Dissocier ces recours des faits qui les avaient suscités équivaldrait à priver d'effet, en l'espèce, la déclaration grecque précitée »¹⁰⁹¹.

Dans ces deux affaires, la Cour a donc insisté sur le caractère effectif de la déclaration grecque, refusant de voir dans les décisions postérieures à la date critique la réalisation de l'atteinte potentielle au droit garanti dans la CEDH.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.* § 45.

¹⁰⁸⁹ CourEDH, *Stamoulakatos c. Grèce*, 26 octobre 1993, Série A n° 271.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.* § 30.

¹⁰⁹¹ *Ibid.* § 33.

2. Le problème des instances supérieures

Plusieurs affaires ont soulevé la question de la décision constituant l'ingérence définitive dans un droit. En particulier, il s'est agi de savoir si un tribunal constitutionnel devait être considéré comme celui dont la décision emporte la violation, lorsque celui-ci peut-être saisi sur la base d'une décision d'une cour suprême.

Dans l'arrêt *Blečić* de la Grande chambre du 8 mars 2006, les juges de la Cour ont reformulé les principes applicables à la recevabilité *ratione temporis* et renversé le constat de recevabilité de la chambre, en ayant une appréciation différente de la décision définitive constitutive de l'ingérence.

La requérante était bénéficiaire depuis 1953 d'un bail spécialement protégé pour l'appartement de Zadar où elle logeait. En juillet 1991, elle avait quitté son appartement pour rendre visite à sa fille à Rome et n'y était pas revenue immédiatement car la ville faisait à l'époque l'objet de bombardements. En février 1992, la municipalité avait engagé une procédure de résiliation du bail en vertu de la loi du 19 juillet 1991 au motif que la requérante avait quitté son appartement depuis plus de six mois et ce sans motif légitime.

La procédure judiciaire avait été assez longue. Une première décision du tribunal municipal validant la rupture du contrat était intervenue le 9 octobre 1992 mais avait été suivie lors de l'appel auprès du tribunal de comté, le 10 mars 1993, d'une annulation et d'un renvoi. De nouveau, le tribunal municipal avait décidé la résiliation du bail, et de nouveau le tribunal de comté avait tranché en faveur de la requérante. La Cour suprême, saisie en cassation, avait accueilli le pourvoi le 15 février 1996 et confirmé la décision du tribunal municipal. La Cour de Strasbourg fut saisie le 6 mai 2000, après que la Cour constitutionnelle croate ait rejeté les griefs de la requérante, le 8 novembre 1999.

Or, la Convention n'est entrée en vigueur à l'égard de la Croatie que le 5 novembre 1997. La première question principale était dès lors celle de la recevabilité *ratione temporis*. Après avoir fait une synthèse de sa jurisprudence, la Cour a estimé que

« la compétence temporelle de la Cour doit se déterminer par rapport aux faits constitutifs de l'ingérence alléguée. L'échec subséquent des recours introduits aux fins de redressement de l'ingérence ne saurait faire entrer celle-ci dans la compétence temporelle de la Cour. »¹⁰⁹²

Ainsi, la Convention n'impose « aux États contractants aucune obligation spécifique de redresser les injustices ou dommages causés avant qu'ils ne ratifient la Convention »¹⁰⁹³. Il reste à savoir ce que cela signifie en pratique.

En l'espèce, l'ingérence était pour la Cour constituée par la rupture du contrat de bail, considérée comme un acte instantané créé (rétroactivement) par la décision définitive. Or quelle était cette dernière ? Pour les juges de la Grande chambre, la décision définitive était celle de la Cour suprême, décision devenue exécutoire en droit croate, la Cour constitutionnelle ne faisant que laisser l'ingérence intacte. Pour la majorité, imposer à la Cour constitutionnelle d'appliquer la Convention serait l'obliger à en faire une application rétroactive, car elle n'aurait eu qu'à vérifier la compatibilité avec la constitution de la décision de l'époque.

Pour la chambre et les six juges de la minorité¹⁰⁹⁴, la décision définitive était au contraire la décision de la Cour constitutionnelle. Selon eux, l'aspect déterminant était sa capacité à casser l'arrêt de la Cour suprême. Ce jugement ayant eu lieu après ratification et faisant ainsi partie intégrante de la procédure, l'affaire était donc recevable. L'immédiateté produit ici des effets différents selon la compétence de chaque tribunal.

Dès lors qu'il était dépourvu de caractère suspensif et qu'il se limitait à un contrôle de constitutionnalité, la majorité a traité le recours constitutionnel comme un recours exceptionnel. Au contraire pour les juges de la minorité, il s'agissait d'un recours utile, en convergence avec la caractérisation de la décision définitive qui permet de calculer le délai de six mois. Cette position minoritaire était d'ailleurs en accord avec des décisions précédentes de recevabilité où la Cour a répondu favorablement à la question de savoir si une décision négative de la Cour constitutionnelle slovène à

¹⁰⁹² *Ibid.* § 77.

¹⁰⁹³ *Ibid.* § 81.

¹⁰⁹⁴ Ce qui ne fait qu'un total de douze juges (le président de section VALTICOS siégeant également de droit dans la Grande chambre, mais non pas onze, car étonnamment Mme VAJIC, la juge croate, qui siégeait également de droit, a changé d'avis sans pour autant fournir d'explications), soit tout de même plus que les onze juges de la majorité constituée dans la Grande chambre. Il est donc clair qu'une composition différente aurait pu produire un résultat différent.

l'égard du requérant, postérieure à la date critique, pouvait faire entrer cette dernière dans la sphère de recevabilité *ratione temporis* de la Convention. Ainsi, dans l'affaire *Bunjevac*¹⁰⁹⁵, la Cour a constaté :

« Pour la Slovénie, la date d'entrée en vigueur de la Convention est le 28 juin 1994. Les allégations de la requérante, qui se rapportent à des faits et procédures antérieurs à cette date, sont donc incompatibles *ratione temporis* avec les dispositions de la Convention. Dans le cas d'espèce toutefois, plusieurs décisions ont été rendues après la date pertinente, entre autres, la décision de la Cour constitutionnelle [...]. C'est pourquoi la Cour est compétente pour connaître de la présente affaire. »

Ces hésitations et divisions montrent bien la difficulté de déterminer le moment où l'ingérence est effective alors même qu'il s'agit d'un processus. Elles illustrent les conséquences pratiques qu'entraîne la ratification de la Convention en matière d'interprétation. La Cour a répété dans sa jurisprudence que l'incorporation de la Convention en droit interne n'était pas obligatoire, l'important étant l'application concrète des droits garantis. Or dans la pratique, celle-ci provient souvent d'une interprétation du droit national à la lumière des obligations conventionnelles. C'est d'autant plus vrai pour les juridictions constitutionnelles car les constitutions contiennent en général un catalogue de droits incluant ceux de la CEDH¹⁰⁹⁶. Dans ce cas, dès la ratification, les tribunaux se doivent d'interpréter leur droit de manière convergente avec la Convention.

L'approche de la Cour crée de sérieux problèmes d'interprétation inter-temporelle. Selon elle, toutes les situations juridiques d'avant l'entrée en vigueur de la Convention peuvent être remises en cause à partir du moment où le dernier recours efficace s'est produit après la date critique. Il ne fait pas de doute que cela impose donc d'appliquer rétroactivement la Convention. Une décision de première instance intervenue avant la ratification de la Convention pourrait ainsi être compatible avec le droit interne mais être évaluée en appel selon les standards de la Convention après la date critique. Il faut donc réinterpréter le droit applicable aux faits de l'espèce selon le droit nouveau. Il y a incontestablement des effets rétroactifs.

¹⁰⁹⁵ CourEDH, *Bunjevac c. Slovénie*, 19 janvier 2006.

¹⁰⁹⁶ Voir l'analyse de GREWE et RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*

Contrairement au raisonnement la CPJI dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour a choisi de privilégier l'idée de l'état de droit, qui impose la consistance dans l'application du droit et donc la mise en conformité de l'intégralité de l'ordre juridique, sur l'effet utile du principe de non-rétroactivité des traités. La Cour est alors compétente pour apprécier la continuité de l'application dans le temps de lois qui ont commencé à produire des effets avant l'acceptation de sa juridiction.

§ 2. L'extension progressive aux ingérences de fait

Après avoir déterminé qu'il s'agit d'une situation continue, la Cour doit apprécier le moment où a eu lieu l'ingérence. Cela a été la source de problèmes importants concernant le droit de propriété (A). La notion de situation continue a également été distinguée des problèmes des violations qui naissent avec la durée (B). Enfin, la Cour a dû séparer les recours déposés pour remédier à une ingérence de l'ingérence elle-même (C).

A. Non rétroactivité et expropriation de fait

La question des expropriations par voie judiciaire est réglée par un jugement ou un acte rendant définitif le transfert de propriété. Par conséquent, pour la Cour, « la privation d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel constitue en principe un acte instantané et ne crée pas une situation continue de "privation d'un droit" »¹⁰⁹⁷. Dans une affaire de nationalisation ayant eu lieu avant la date critique, la Cour a ainsi déclaré qu'elle n'était « pas compétente *ratione temporis* pour examiner les circonstances de la nationalisation ou les effets continus produits par elle jusqu'à ce jour. »¹⁰⁹⁸

Une jurisprudence abondante a appliqué les concepts de violations continues et instantanées au domaine des atteintes durables au droit de propriété. La distinction est ici entre les situations instantanées à effets durables couvertes par l'exception d'irrecevabilité *ratione temporis* et les situations continues.

Le problème provient de ce que la Cour a repris la jurisprudence de la Commission qui affirme que « l'espoir de voir reconnaître la survivance d'un ancien droit de

¹⁰⁹⁷ CourEDH, *Malhous c. République tchèque*, (déc.), 13 décembre 2000, Rec. 2000-XII.

¹⁰⁹⁸ CourEDH, *Smoleanu c. Roumanie*, 3 décembre 2002 § 46.

propriété qu'il est depuis bien longtemps impossible d'exercer effectivement ne peut être considéré comme un "bien" au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 »¹⁰⁹⁹. Donc au bout d'un certain temps une situation factuelle qui perdure fait disparaître le bien au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 . La Convention ne s'applique plus dans cette hypothèse. Il faut alors que ce moment, certes incertain, soit situé par rapport à la date critique.

Avant que cela ne dure « bien longtemps », toute expropriation de fait constitue une situation continue¹¹⁰⁰, comme dans l'affaire *Papamichalopoulos*¹¹⁰¹. Il est notable que dans cette affaire la Cour ait refusé de se pencher sur la date à laquelle cette expropriation de fait avait pu être constituée. Cette absence de prise de position, dont on peut certes rejeter la faute sur l'État défendeur qui a omis de soulever une exception d'irrecevabilité *ratione temporis*, permet surtout d'évacuer une question fort délicate : à partir de quand commence le « bien longtemps » ? À partir de quand une atteinte matérielle à la jouissance d'un bien se transforme-t-elle en expropriation de fait ?

C'est là que sont les difficultés d'application de cette règle : de la clé d'application du critère dépend la date à l'atteinte à la propriété est fixée. Cela pourrait être réglé simplement dans le cas des expropriations par voie normative mais encore faut-il que la Cour ne remette pas en cause la légalité de ces actes comme dans l'affaire *Loizidou*, et ne décide pas d'ignorer les interprétations nationales définitives du droit interne comme dans l'affaire *Yagtzilar*. Dans ces deux affaires le critère du « bien longtemps » a été écarté au profit de la permanence de l'état de droit.

1. Le problème de Chypre du Nord et l'appréciation de la légalité internationale des actes internes

Dans deux affaires abondamment commentées¹¹⁰², les affaires *Loizidou*¹¹⁰³ et *Chypre c. Turquie*¹¹⁰⁴, la Cour a dû développer une approche particulière de la non-

¹⁰⁹⁹ CourEDH, *Malhous c. République tchèque*, (déc.), 13 décembre 2000, CEDH 2000-XII.

¹¹⁰⁰ *Ibid.* § 40.

¹¹⁰¹ CourEDH, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, 24 juin 1993, Série A 260-B.

¹¹⁰² Voir en plus des diverses chroniques annuelles de la jurisprudence de la Cour voir : Gérard COHEN-JONATHAN, « L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques observations », *RGDIP*, 1998, p. 123-144 ; Jean-Pierre CÔT, « La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre », *RTDH*, 1998, p. 102-116 ; Paul TAVERNIER, « Le droit international dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: l'apport des arrêts Loizidou c. Turquie », in *Mélanges Goy*, Publications de l'Université de

rétroactivité pour apprécier les conséquences de la partition en 1974 de Chypre envers les droits des Chypriotes garantis par la CEDH.

Mme Loizidou était propriétaire de terrains dans le territoire revendiqué par la République turque de Chypre du Nord (« RTCN »), laquelle prétend que l'expropriation serait devenue légale en vertu de l'article 159 de la Constitution du 7 mai 1985. C'est également ce qu'affirmait le gouvernement turc.

La Cour a pris une approche toute autre. Bien que cette « constitution » ait été promulguée avant le 22 janvier 1990, la date critique vis-à-vis de la Turquie, la Cour a rejeté l'exception d'irrecevabilité. Pour cela, il lui fallait contester tout effet juridique à cet article 159, sinon l'expropriation aurait constitué une mesure instantanée. Pour ce faire, elle a nié la validité en droit international de l'intégralité de la constitution. La RTCN n'a jamais été reconnue par un pays autre que la Turquie et, selon diverses déclarations étatiques et résolutions des Nations unies, elle ne constitue pas un État. Pour la Cour elle n'a donc pas de constitution.

« Il ressort à cet égard de la pratique internationale et des diverses résolutions rédigées en termes énergiques mentionnées plus haut (paragraphe 42 ci-dessus) que la communauté internationale ne tient pas la "RTCN" pour un État au regard du droit international et que la République de Chypre demeure l'unique gouvernement légitime de Chypre – lui-même tenu de respecter les normes internationales de protection des droits de l'homme et des minorités. Dans ce contexte, la Cour ne saurait attribuer une validité juridique aux fins de la Convention à des dispositions comme l'article 159 de la loi fondamentale sur laquelle le gouvernement turc s'appuie. »¹¹⁰⁵

La Cour a ainsi pu conclure à l'existence du droit de propriété de la requérante et à l'ingérence continue de la Turquie dans la jouissance de son bien.

Le premier élément gênant de cette décision, c'est que la Turquie avait émis une déclaration limitant l'effet territorial de l'application de la Convention pour exclure toute partie de Chypre de sa juridiction. La Turquie avait donc volontairement voulu

Rouen, 1998, p. 411-427 ; Loukis G. LOUCAIDES, « The Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Cyprus v. Turkey », *LJIL*, 2002, p. 225-236.

¹¹⁰³ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, Série A-310.

¹¹⁰⁴ CourEDH, *Chypre c. Turquie*, GC, 10 mai 2001, Rec. 2001-IV.

¹¹⁰⁵ CourEDH, *Loizidou c. Turquie* (fond), GC, 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI, § 44.

limiter les effets de la ratification pour exclure ce qu'elle considérait être un problème de politique internationale.

De même, la déclaration de limitation de l'effet dans le temps de faits produits avant la date critique aurait dû éviter à la Turquie que ne soient déclarés recevables des recours relatifs à des situations remontant à plus de 20 ans. Par ses déclarations, la Turquie avait exprimé une volonté claire d'exclure les affaires chypriotes alléguant de violations au droit de propriété. Elle a perdu sur tous les tableaux. Les deux déclarations ont été déclarées illégales par la Cour¹¹⁰⁶.

Dans cette affaire, la Cour a également refusé de statuer sur l'existence d'une expropriation de fait, telle qu'elle avait été constatée dans l'affaire *Papamichalopoulos*. À l'instar du juriste Ali RIZA ÇOBAN, ce pourrait être interprété comme un acte délibéré pour ne pas avoir à trouver une irrecevabilité *ratione temporis* comme l'ont défendu certains juges dissidents¹¹⁰⁷. La Cour aurait pu affirmer qu'il n'y avait plus de bien, étant donné l'impossibilité matérielle d'y avoir accès, car comme elle le dira plus tard, dans une autre affaire, « l'espoir de voir reconnaître un droit de propriété que l'on est dans l'impossibilité d'exercer effectivement ne peut être considéré comme un "bien" au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 »¹¹⁰⁸.

Selon Gérard COHEN-JONATHAN, la Cour a simplement dit le droit et on ne saurait ainsi lui reprocher de n'avoir pas « osé apporter une véritable sanction à la méconnaissance du droit international [...] dans le cadre de la Convention »¹¹⁰⁹. Pour autant, comme il le reconnaît lui-même, il est impossible de dissocier l'affaire du contexte politique international. S'il est certain que la communauté internationale des États et plus particulièrement les États du Conseil de l'Europe ont rejeté la légalité de la RTCN et de l'intervention turque, nier toute possibilité de réglementer des biens et surtout l'accès à ce qui est devenu ses propres frontières, crée pour la Turquie une situation insoluble en pratique. Toute réglementation des biens serait nulle et elle devrait accepter la libre circulation des Chypriotes titulaires de biens dans la partie Nord de l'île. Mais il est évident que cela reviendrait à renoncer à ce qui fait l'origine

¹¹⁰⁶ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, Série A-310, § 89.

¹¹⁰⁷ Ali RIZA ÇOBAN, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004, p. 188.

¹¹⁰⁸ CourEDH, *Kopecký c. Slovaquie*, GC, 28 septembre 2004, Rec. 2004-IX, § 35.

¹¹⁰⁹ COHEN-JONATHAN, « L'affaire Loizidou ... », *op. cit.*, p. 144.

du différend, à savoir la volonté de garantir l'autonomie ou l'indépendance de la minorité turcophone de l'île.

Par ailleurs, comme il a été vu précédemment, cette jurisprudence est en contradiction avec celle relative à l'épuisement des voies de recours internes de la RTCN qui sont désormais suffisamment légaux pour devoir être utilisés¹¹¹⁰.

On voit ici les conséquences de la requalification d'une décision instantanée en situation continue. Ce fut également le cas dans diverses affaires grecques.

2. L'affaire *Yagtzilar* ou la révision du droit national

Dans les deux arrêts de 2001 et 2004, *Yagtzilar et autres c. Grèce*¹¹¹¹, la Cour a réécrit l'histoire juridique de l'affaire pour ne pas rejeter sa recevabilité *ratione temporis*. Les faits remontent à 1925, moment où les terrains des ascendants des requérants furent occupés puis expropriés. Diverses procédures furent engagées en 1933, avec plusieurs interruptions et reprises de procédures, pour aboutir en 1997 à un arrêt définitif de la Cour de cassation grecque. Jusqu'en 1994, plusieurs décisions, dont celle d'un tribunal de première instance de 1988 prise après le 20 novembre 1985, la date critique concernant la Grèce, vinrent consacrer le droit des requérants à une indemnisation. Mais en 1995, la cour d'appel de Salonique accepta finalement l'argument mis en avant par le gouvernement depuis 1979, celui de la prescription extinctive, en arguant que celle-ci était applicable dès 1971, jugement confirmé par la Cour de cassation.

Bien qu'affirmant ne pouvoir se « substituer aux tribunaux grecs pour se prononcer sur la question du bien-fondé de la prescription du droit des requérants à une indemnisation »¹¹¹², la Cour a apprécié le comportement des autorités depuis 1933 et constaté l'absence d'indemnisation depuis cette date par « le jeu de la prescription extinctive »¹¹¹³. Toutefois, en suivant ce raisonnement, ce qui est d'ailleurs la jurisprudence traditionnelle de la Cour, le transfert de propriété sans indemnisation a eu lieu en 1971. Si violation il y a, elle se serait donc produite à ce moment-là et ce de manière instantanée. Pour conclure à la violation, la Cour s'est contentée de souligner le « préjudice matériel ou moral souffert par eux et leurs ayants-droits en

¹¹¹⁰ Voir *supra*, Deuxième partie, Titre 1, Chapitre 1.

¹¹¹¹ CourEDH, *Yagtzilar et autres c. Grèce*, 6 décembre 2001, Rec. 2001-XII et 15 janvier 2004 pour la satisfaction équitable.

¹¹¹² CourEDH, *Yagtzilar et autres c. Grèce*, 6 décembre 2001, Rec. 2001-XII, § 41.

¹¹¹³ *Ibid.*

raison de la privation sans compensation de leur propriété pendant plus de soixante-dix ans »¹¹¹⁴.

Il est difficile de ne pas voir dans la motivation de cet arrêt l'application de principes d'équité pour faire rétroagir l'application de la Convention à une situation qui peut sembler injuste car contraire à l'état de droit. En effet, la Cour n'a même pas répondu aux arguments de la Grèce concernant l'irrecevabilité *ratione temporis* de cette partie de la requête. Pourtant, la période visée, antérieure à 1985, est non seulement expressément exclue par la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour par la Grèce mais en plus la Convention ne lui était plus applicable pendant une partie de cette période, suite à la dénonciation de la CEDH par le régime des Colonels. Le fait que les autorités grecques aient reconnu que le droit de propriété a existé jusqu'en 1971 et que l'inaction de l'État a produit la prescription extinctive vient renforcer cette impression.

La Cour n'a pu déterminer le montant de la satisfaction équitable que lors d'un arrêt du 15 janvier 2004. Elle a accordé une indemnité intégrale, basée sur une évaluation faite en 1994 par le tribunal d'instance qui avait reconnu le droit de propriété, évaluation proposée, il est vrai, par le gouvernement défendeur.

Il convient de remarquer que la distinction opérée par la Cour entre violation continue et violation instantanée repose « en matière d'atteinte à la propriété privée » sur une autre distinction : soit l'atteinte est réalisée par un moyen légal constitutif d'une atteinte instantanée, soit l'atteinte est une expropriation de fait qui est alors une atteinte continue. Cette opposition interdit à la Cour de sanctionner les atteintes au droit de propriété constituées par des voies de droit lorsqu'elles ont eu lieu avant la date critique, mais elle lui permet d'apprécier des atteintes survenues auparavant et qui, selon elle, se sont poursuivies après. Cela signifie par exemple que deux situations concrètement similaires de perte de la jouissance d'un bien sans compensation suivent deux régimes juridiques distincts, selon que l'atteinte au droit découle d'une voie légale ou d'une voie de fait. Une telle approche ne peut être envisagée que si l'on considère que les États ayant ratifié la CEDH ont toujours appliqué un cadre légal au régime de la propriété. Pourtant, on peut tout de même difficilement admettre que les obligations d'un État puissent être revues en prenant en considération des périodes où son gouvernement n'était pas démocratique et

¹¹¹⁴ *Ibid.*

n'était pas un État de droit, comme c'était le cas dans les anciens pays du bloc communiste ou la Grèce des Colonels.

Au final, en analysant les arrêts *ex-Roi de Grèce*¹¹¹⁵ ou les *Saints monastères*¹¹¹⁶, on ne peut qu'être frappé par le fait que la Cour ait recherché au 19^e siècle l'existence de véritables transferts de propriété. Il semble que c'est justement ce que voulait éviter la Grèce ou la Turquie lors de leurs déclarations d'acceptation. En tout état de cause, même si le droit national accepte de tels titres pour l'établissement de la preuve du transfert, seules les autorités nationales sont à même de déterminer la validité d'un titre de propriété existant à l'époque d'entrée en vigueur de la Convention. Et même si leur appréciation est matériellement contraire aux droits garantis dans la Convention pour des faits s'étant produits antérieurement, cela ne devrait pas être du ressort de la Cour, si on respecte la volonté des États, spécialement de ceux qui ont fait des déclarations à cet effet. La seule raison justifiant une exception est l'importance de l'état de droit. Toute entorse à celui-ci, même engendrée par des faits antérieurs à la date critique, serait une atteinte à l'ordre public européen et devrait demander une réponse de l'organe chargé de sa défense.

Cette question s'applique également aux violations qui naissent avec la durée.

B. La rétroactivité relative des violations qui naissent avec la durée

La Cour et la Commission ont accepté de tirer des conséquences de faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la Convention en ce qui concerne les violations qui naissent avec la durée.

Normalement, la compétence de la Cour *ratione temporis* ne couvre que les faits qui se sont produits après la date critique¹¹¹⁷. Toutefois si une partie des faits incriminés s'est déroulée avant cette dernière, la Cour doit s'interroger sur leur statut. En effet, que ce soit pour l'article 6 § 1 qui exige un procès dans un délai raisonnable ou l'article 5 § 3 qui demande que les détenus soient jugés dans un délai raisonnable ou libérés, la violation de ces mesures ne survient qu'après l'écoulement d'une certaine durée. Si la Cour apprécie de manière globale leur caractère raisonnable, à travers

¹¹¹⁵ CourEDH, *ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*, 23 novembre 2000, Rec. 2000-XII.

¹¹¹⁶ CourEDH, *Les saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, Série A 301-A.

¹¹¹⁷ CourEDH, *Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, Série A 8, § 7, p. 34.

un certain nombre de critères comme la diligence des parties, la complexité de l'affaire, les périodes d'inactivité de la justice, certains délais sont en soi trop importants pour pouvoir être justifiés.¹¹¹⁸

Dans le cadre de la compétence *ratione temporis*, il s'agit d'une part de déterminer si la phase de la procédure antérieure à la date critique peut entrer en jeu pour apprécier la durée globale de la procédure, mais il importe d'autre part de respecter le principe de non-rétroactivité des traités selon lequel des actes ou omissions antérieurs à cette date critique ne peuvent constituer une violation de la Convention. Soit on considère que le principe de non-rétroactivité exclut tous les actes et omissions antérieurs à la date critique, soit on considère que la situation globale doit être conforme à la Convention sitôt cette date passée. Dans le premier cas, il serait difficile qu'une violation intervienne juste après la date critique, ce qui a l'avantage de respecter la souveraineté des États. Ils doivent respecter leur engagement mais la portée de leurs obligations en vertu de la Convention est réduite, ou du moins ils disposent de plus de temps pour se mettre en conformité.

La première option, celle de la protection immédiate des individus, a été retenue dans une décision de 1968. L'affaire *Neumeister*¹¹¹⁹ concernait le délai de l'article 5 § 3. La Cour a accepté de prendre en compte pour l'appréciation de la violation de la Convention, des faits couverts par l'irrecevabilité pour non-respect du délai des six mois. Ce principe a ensuite été étendu à l'article 6 § 1 par la Commission puis par la Cour¹¹²⁰ et réaffirmé de manière constante¹¹²¹. Il n'existe ni jurisprudence internationale ni pratique pouvant éclairer sur la compatibilité d'une telle règle avec le droit international général. Toutefois, la première application de cette règle s'est faite dans un contexte où l'État défendeur l'a lui-même acceptée¹¹²². La Cour n'avait donc aucune raison de ne pas appliquer cette interprétation extensive, puisque même

¹¹¹⁸ Voir sur le sujet, Frédéric ÉDEL, *La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, § 6, p. 37.

¹¹²⁰ ComEDH, *Pretto c. Italie*, (déc.), 11 juillet 1979, DR 12, p. 96 ; CourEDH, *Foti et autres c. Italie*, 10 décembre 1982, Série A n° 56, § 53.

¹¹²¹ Voir entre autres : CourEDH, *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, Série A 13, § 101 ; CourEDH, *Mitap et Müftüoglu c. Turquie*, 25 mars 1996.

¹¹²² « On constate au surplus que le Gouvernement autrichien a admis que la période de détention subie par Neumeister soit prise en considération par la Cour à partir de la deuxième arrestation de Neumeister, soit le 12 juillet 1962, alors que la requête déposée devant la Commission est postérieure de plus de six mois à la décision définitive rendue sur la première demande de libération provisoire. » CourEDH, *Neumeister c. Autriche*, 27 juin 1968, Série A 8, § 6, p. 37.

l'État impliqué ne semblait vouloir d'une protection renforcée de sa souveraineté, entendue de manière traditionnelle.

Cette jurisprudence a intensifié, dans les domaines des articles 5 et 6, les exigences d'immédiateté d'application de la Convention. Cette question peut également être appréciée sous l'angle de la rétroactivité. Prendre en compte les délais écoulés avant la date critique, c'est considérer que les efforts de célérité devaient être déployés et ce avant la date critique, à partir du moment où de longs délais avant cette date peuvent entraîner une violation dès celle-ci. Par exemple, si la procédure a déjà duré dix ans, alors il est possible de trouver une violation de l'article 6 juste après la date critique.

Enfin, de manière plus pragmatique, une décision contraire aurait pu permettre aux États de disposer de davantage de temps, surtout dans le domaine de l'article 6 pour pouvoir se mettre en conformité et ajuster progressivement les obligations des États, alors même que certains d'entre eux (re)découvraient la démocratie libérale.

C. Des obligations procédurales détachées des faits

Un arrêt de 2009 de la Grande chambre, *Šilih c. Slovénie*¹¹²³, a réglé des approches divergentes au sein de la Cour, concernant l'application du principe de non-rétroactivité à des requêtes basées sur des violations procédurales des articles 2 et 3 de la Convention, quand les faits fondant ces procédures se sont déroulés avant la date critique.

La jurisprudence de la Cour impose non seulement aux États de ne pas violer directement le droit à la vie ou de ne pas commettre d'actes de torture ou autres traitements inhumains et dégradants, mais également de procéder à des enquêtes efficaces en cas d'allégations de violation des articles 2 ou 3¹¹²⁴. La Cour a

¹¹²³ CourEDH, *Šilih c. Slovénie*, GC, 9 avril 2009.

¹¹²⁴ Voir par exemple, pour leurs études de la créativité de la Cour dans le développement de ces aspects. Frédéric SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 363 ; Alastair MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004, p. 41 ; également l'étude d'Hélène SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence ratione temporis de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *RTDH*, 2012, p. 271.

régulièrement condamné les États pour manquement à ces obligations procédurales même en l'absence de violation en substance¹¹²⁵.

D'un point de vue de la compétence *ratione temporis*, il fallait savoir s'il était possible d'appliquer ces standards indépendamment de la date des faits fondant les demandes d'enquêtes. La première approche de la Cour a été de faire suivre le régime *ratione temporis* des obligations procédurales avec celui des actes eux-mêmes, donc en constatant leur irrecevabilité si les actes d'enquête devaient porter sur des faits précédant la date critique. La Cour bien résumé sa position dans l'arrêt *Moldovan*.

« L'obligation alléguée, en vertu de la Convention, pour les autorités roumaines de mener une enquête effective propre à mener à l'identification et à la punition de toutes les personnes responsables du décès des proches des requérants dérive des meurtres susmentionnés, dont la comptabilité avec la Convention ne peut être examinée par la Cour. Il s'ensuit que ce grief est irrecevable *ratione temporis* avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 § 3. »¹¹²⁶

Cette jurisprudence fut confirmée¹¹²⁷ et également citée par la Grande chambre dans l'affaire *Blečić*¹¹²⁸, devenue la décision de principe régissant la recevabilité *ratione temporis* sur ce point. Pourtant par quinze voix contre deux dans l'arrêt *Šilih*, sous l'effet de la dissociation des développements jurisprudentiels des articles 2 et 3, en notant la « détachabilité » de ces obligations, la Grande chambre a *de facto* créé un régime distinct pour ces obligations de celles liées aux faits justifiant les procédures.

« L'obligation procédurale que recèle l'article 2 de mener une enquête effective est devenue une obligation distincte et indépendante. Bien qu'elle procède des actes concernant les aspects matériels de l'article 2, elle peut donner lieu à un constat d' "ingérence" distincte et indépendante, au sens de l'arrêt *Blečić* (précité, § 88). Dans cette mesure, elle peut être considérée

¹¹²⁵ Voir pour un exemple extraterritorial de l'application de ce principe, CourEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011.

¹¹²⁶ CourEDH, *Moldovan et autres et Rostas et autres c. Roumanie*, (déc.), 13 mars 2001.

¹¹²⁷ Voir l'opinion dissidente des juges BRATZA et TÜRMEŇ pour un examen plus détaillé de l'historique. *Šilih c. Slovénie*, GC, 9 avril 2009.

¹¹²⁸ CourEDH, *Blečić c. Croatie*, GC, (déc.), 8 mars 2006, Rec. 2006-III, § 75.

comme une obligation détachable résultant de l'article 2 et pouvant s'imposer à l'État même lorsque le décès est survenu avant la date critique. »¹¹²⁹

Dans cette affaire, le requérant mettait en cause la responsabilité de l'État pour son refus d'enquêter sur la mort de son fils. Si le décès s'était bien produit un an avant la date critique, tous les autres actes de procédure, incluant les refus d'instruire une plainte pénale, s'étaient en effet déroulés après.

Pour justifier son approche, la Cour, bien qu'elle rappelle que la non-rétroactivité « repose sur la règle générale de droit international consacrée à l'article 28 de la Convention de Vienne »¹¹³⁰, a décidé de trouver

« un appui dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies et, surtout, dans celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ces deux organes s'étant, quoique en vertu de dispositions distinctes, estimés compétents *ratione temporis* pour examiner les griefs procéduraux liés à des décès survenus à des dates qui échappaient à leur compétence temporelle »¹¹³¹.

Ce faisant, la Cour écartait la jurisprudence de la CIJ et les travaux de la CDI également mentionnés dans la partie « Le droit et la pratique internationaux pertinents »¹¹³².

Cette décision illustre très bien les mécanismes décrits dans la première partie de cette étude. Cela confirme qu'au fur et à mesure du temps les références au droit international général sont moins pertinentes que celles qui renforcent les valeurs perçues comme fondatrices pour la CEDH.

Certes deux juges dissidents ont constaté que « dissocier de la sorte l'obligation procédurale du décès dont elle résulte reviendrait à nos yeux à donner un effet rétroactif à la Convention et à rendre inopérante la déclaration de l'État reconnaissant la compétence de la Cour pour être saisie de requêtes individuelles »¹¹³³. Mais, ils ne l'ont fait qu'en se référant à la jurisprudence de la Cour, sans invoquer des arguments de droit international. L'auto-observation et l'auto-citation peuvent même faire perdre de vue les ressources justificatives du droit

¹¹²⁹ CourEDH, *Šilih c. Slovénie*, GC, 9 avril 2009, § 159.

¹¹³⁰ *Ibid.* § 140.

¹¹³¹ *Ibid.* § 160.

¹¹³² *Ibid.* § 106-110.

¹¹³³ *Ibid.*, opinion dissidente des juges BRATZA et TÜRMEŒEN, § 9.

international, pour ceux qui souhaitent sur le fond conserver une approche plus conforme aux opinions dominantes en droit international.

Enfin, le détachement des voies procédurales témoigne du caractère central des procédures de l'état de droit, même lorsqu'elles sont connectées à des faits qui se sont produits avant la date critique.

Comme l'écrit Éric WYLER :

« lorsqu'un comportement dommageable s'inscrit dans la durée, il faut se demander si, dans l'optique de sa conformité au droit, l'illicéité va "suivre" le fait, c'est-à-dire si la violation va également revêtir une permanence ou si, au contraire, l'illicéité est insusceptible d'une inscription temporelle durable. C'est là qu'on se heurte à la nature même de l'illicéité, celle-ci n'étant pas un fait participant du monde réel, mais une qualification juridique d'un tel fait, donc une opération de la pensée »¹¹³⁴.

Il n'existe pas de faits bruts qui ne passent par le prisme de nos sens et de notre conscience. Ces opérations vont dépendre de nos processus d'« habituation » du monde¹¹³⁵. Ainsi, si les habitudes institutionnelles sont de privilégier l'état de droit, alors toute question – même *a priori* dépourvue de rapport direct – sera relue à travers ces concepts quotidiens au juge. Tel est le cas de la question de la recevabilité *ratione temporis*.

En ne visualisant le problème que selon le point de vue des victimes, il devient possible, en poussant à l'extrême les relations temps / conséquence, d'affirmer que tout acte peut avoir des conséquences durables et dommageables dans le temps, même celui qui peut sembler être instantané ou, du moins, dont on peut déterminer le début et la fin. Ainsi, pour le juge LOUCAIDES, la Commission et la Cour ont établi des distinctions non pertinentes entre les actes créant des violations instantanées à effets durables ou les actes créant des situations continues. Il récuse la distinction de l'ingérence selon un jugement ou une pratique administrative. Pour lui, le critère

¹¹³⁴ Éric WYLER, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *RDGIP*, vol. 95, 1991, p. 884-885.

¹¹³⁵ Peter BERGER et Thomas LUCKMANN, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, 1966, p. 53-57.

décisif à prendre en considération est l'interférence continue avec les droits de la victime¹¹³⁶. Il n'offre qu'un poids limité aux considérations du passage du temps¹¹³⁷. On peut comparer sa position à celle qu'aurait eue la Cour si elle avait pris une position extrêmement protectrice de la victime, mais cette position plus « extrême » n'est encore qu'une position minoritaire.

Toutefois, la jurisprudence des organes strasbourgeois est assez symptomatique de ce malaise lié à son obligation de respecter à la fois le droit international et les objectifs de la CEDH. Une conception minimale de l'irrecevabilité *ratione temporis* permet à un tribunal d'étendre sa compétence au détriment des défendeurs et donc pour une Cour de droits de l'homme d'imposer sa propre lecture de l'histoire.

D'un autre côté, on peut prendre pour référence la jurisprudence de la CPJI comme étant la plus représentative d'une interprétation classique du droit international, la plus respectueuse de la souveraineté des États, étant entendu que toute extension de la juridiction de la Cour devait être conçue comme une atteinte à la souveraineté des États.

La lecture faite par la Cour se situe dans une politique manœuvrant entre ces deux pôles, entre protection des États et des individus. Pour autant, les lignes de stabilisation s'affichent à travers des concepts posés par la Cour. Finalement, elles n'ont que peu de lien avec une mise en balance de ces objectifs affichés. Les critères définis par la Cour ne permettent pas de déterminer entre les deux objectifs, ils permettent une justification alternative pour affermir la séparation entre actes instantanés et situations continues.

Deux exemples peuvent illustrer cette question. Les anciens pays du bloc soviétique ont tous rencontré des difficultés pour régler les conséquences de la disparition du droit de propriété et pour compenser, dans la mesure du possible et du souhaitable, les anciens propriétaires, sans pour autant dénier aux actuels occupants des immeubles le droit rester dans ce qui est devenu leur domicile. Le fait qu'il y ait eu des décrets de nationalisation est le fruit d'une décision politique de l'époque : la révolution communiste devait-elle s'engager dans une radicalité extrême, en s'exonérant au besoin des anciennes voies légales ? En dépit des apparences, les

¹¹³⁶ Loukis G. LOUCAIDES, « The concept of “continuing” violations of human rights », in *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 813.

¹¹³⁷ « It is submitted that the time element should not change the nature of the violation », *ibid.*, p. 812.

modalités employées pour recourir à ces nationalisations revêtent une importance pour la Cour. Des nationalisations par décret sont des « actes instantanés ». Des abrogations de la propriété par déclaration, occupation ou autre, créent des « situations continues ». La Cour a montré qu'elle pouvait remonter jusqu'au 19^e siècle et voir si le droit de propriété avait été conservé de manière continue d'un point de vue légal¹¹³⁸. Un deuxième exemple est celui des actes portant atteinte au droit à la vie, tels les homicides. Ce sont des actes instantanés tandis que les disparitions forcées constituent des situations continues.

Dans les deux options, les conséquences matérielles sont les mêmes. Ainsi, si l'État tue votre famille et réquisitionne votre maison, tout « en prenant la précaution » de le faire avant la date critique d'application du mécanisme du droit de recours individuel, la Cour ne constatera que la violation de l'article 1 Protocole n°1 pour l'atteinte aux biens. Par contre, s'il fait disparaître votre famille, à la manière des anciennes dictatures sud-américaines, et utilise des voies légales d'expropriation, alors la Cour pourra traiter de l'atteinte au droit à la vie mais pas à celui de propriété. Étrange situation. La Cour n'a bien entendu pas voulu appliquer le principe de non-rétroactivité de manière trop brutale, afin d'appliquer le plus tôt possible la Convention. Toutefois, les effets conduisent à des distinctions assez surprenantes et elle oublie l'objet même du principe, ne pas traiter de situations qui se sont déroulées avant l'entrée en vigueur de la Convention.

Ces effets sur-inclusifs et sous-inclusifs des critères juridiques sont bien connus¹¹³⁹ et sont bien entendu inévitables, à partir du moment où le recours à un tempérament issu d'une conception matérielle de la justice est exclu. Pour autant, la manière dont le critère a été déterminé est très révélatrice. Les valeurs qui permettent à la Cour de distinguer l'emprisonnement par voie de décision judiciaire de la lettre de cachet, ou une expropriation d'une occupation illégale, sont tirées de l'état de droit, pris de manière formelle. L'application du critère de distinction continu/instantané n'est pas du tout liée aux effets de l'acte incriminé (une personne enfermée entre quatre murs ou la perte du toit qui l'abrite). Cela laisse penser que la Cour ne se sent à l'aise qu'à travers des atteintes d'États démocratiques respectant le principe de légalité, des démocraties occidentales donc. Et on pourrait croire que la Cour, se présentant de manière bienveillante, impose sa relecture sélective de l'histoire européenne. Certes,

¹¹³⁸ CourEDH, *Les saints monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994, Série A 301-A.

¹¹³⁹ KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, p. 31-32.

elle n'est pas la seule à avoir procédé de la sorte, comme le montre par exemple le récapitulatif de la jurisprudence des cours suprême et constitutionnelle roumaines dans l'arrêt *Brumărescu*¹¹⁴⁰, qui ont finalement accepté de contrôler la légalité des appropriations immobilières effectuées par l'ancien régime communiste. On sait de même que les juridictions grecques ont contrôlé les atteintes au droit de propriété faites sous le régime des Colonels de la même manière qu'elles le font actuellement¹¹⁴¹. Ainsi, en distinguant entre les expropriations « légales » et « illégales » de régimes dictatoriaux de type communiste ou autre, ces jurisprudences attribuent des qualités formelles à la loi, alors même qu'elles savent que dans ces régimes la loi n'était aucunement, ou si peu, protectrice face à l'arbitraire du pouvoir¹¹⁴². La Cour de Strasbourg oublie ce qu'elle affirme pourtant de manière constante, que l'état de droit ne peut acquérir de qualités humaines que dans une société démocratique où les droits fondamentaux sont respectés.

¹¹⁴⁰ CourEDH, *Brumărescu c. Roumanie*, GC, 28 octobre 1999, § 36 à 39.

¹¹⁴¹ Voir entre autres, CourEDH, *Yagtzilar et autres c. Grèce*, 6 décembre 2001, Rec. 2001-XII.

¹¹⁴² Voir l'approche de la Cour dans l'arrêt CourEDH, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, GC, 22 mars 2001, Rec. 2001-II, où elle a attaché une grande valeur à la ratification du PIDCP par l'ex RDA, alors même que les pratiques allaient clairement dans un sens opposé.

Chapitre 3. Les mesures provisoires, outil d'accroissement des pouvoirs de la Cour

Les mesures provisoires ou conservatoires¹¹⁴³ sont des « mesures avant dire droit qu'un tribunal international invite les parties à mettre en œuvre en attendant son jugement sur la compétence ou sur le fond, de façon à éviter une atteinte irréparable aux droits de celle des parties qui les a sollicitées »¹¹⁴⁴.

Pour la Cour, « les mesures provisoires ont pour objet de préserver les droits des parties, en permettant à la juridiction de donner effet aux conséquences de la responsabilité engagée dans la procédure contradictoire »¹¹⁴⁵, ceci en accord avec la CPJI¹¹⁴⁶. L'objectif peut dès lors être reformulé ainsi :

« Par les mesures conservatoires, les tribunaux cherchent à remédier aux lenteurs de la justice de manière qu'autant que possible l'issue du procès soit la même que s'il pouvait se terminer en ce jour »¹¹⁴⁷.

Les mesures provisoires soulignent donc une tension importante dans le rôle du juge ; une justice bien faite doit prendre le temps de sa réalisation et une juridiction ne peut, sauf à vider de substance la procédure, préjuger de sa future décision. Pourtant, la décision ne sera plus que formelle si les droits des parties ont été irrémédiablement atteints, alors même que la justice internationale cherche, autant que possible, à rétablir la situation avant violation des droits¹¹⁴⁸.

Cette tension ne peut que peser sur le caractère obligatoire de ces mesures. En effet, il s'agit d'imposer des contraintes à une partie qui n'a peut-être commis aucun acte illégal, pour ne pas risquer de faire perdre l'intérêt de la procédure à l'autre partie. Des mesures obligatoires vont donc dans le sens de la protection accrue du demandeur au détriment du défendeur. Il faut également avoir à l'esprit, comme le fait justement remarquer Pierre PESCATORE, que « dans le domaine du référé, tout est approximatif : la perception de l'objet du litige, l'appréhension des faits,

¹¹⁴³ Termes utilisés comme synonymes.

¹¹⁴⁴ Définition donnée par Gérard CORNU dans le *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 564

¹¹⁴⁵ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I, § 113.

¹¹⁴⁶ Pour la CPJI, les mesures provisoires doivent tendre « uniquement à sauvegarder l'objet du différend et l'objet de la demande principale elle-même tels qu'ils sont soumis à la Cour par la requête introductive d'instance ». CPJI, *Réforme agraire polonaise*, 1933, Série A/B n°58.

¹¹⁴⁷ Tribunal arbitral mixte germano-polonais, 29 juillet 1924, Rec. T.A.M., V, p. 459.

¹¹⁴⁸ CPJI, *Usine de Chorzów*, 13 septembre 1928, Série A n° 17, p. 47.

l'appréciation de la compétence, l'évaluation de l'urgence, la justification des mesures demandées »¹¹⁴⁹.

Ces approximations doivent inciter toute juridiction statuant en urgence à la prudence. Elles rappellent qu'il ne peut s'agir que d'une décision provisoire dont les conclusions doivent pouvoir être remises en cause dans le jugement final. Cela pose également la question de la manipulation possible de la procédure par les deux parties : le demandeur peut y recourir de manière abusive sachant pertinemment qu'au fond il ne possède aucun droit mais seulement l'apparence de celui-ci ; l'État visé peut choisir de ne pas suivre l'appréciation du tribunal en soulignant le caractère provisoire des conclusions même s'il agit de mauvaise foi.

De plus, il faut souligner le caractère spécifique de la procédure devant un tribunal international. La possibilité qu'un État soit attiré devant un tribunal suppose qu'à un moment ou un autre, il y ait consenti. Or, s'ils acceptent qu'un tribunal soit chargé de dire le droit, toute interférence de ce tribunal avant sanction peut être vécue comme une atteinte à leur souveraineté.

« [J]usqu'à ce que le procès soit terminé, les États litigants entendent demeurer libres de faire ce que leur intérêt semble leur commander, n'acceptant d'autres limitations à leur souveraineté que celles-là seules qui résulteront de la sentence finale »¹¹⁵⁰.

Cela met en évidence le paradoxe inhérent au droit international, entre la souveraineté des États et le caractère obligatoire de la décision. Cette tension a parcouru l'ensemble de la jurisprudence la Commission et de la Cour en matière de mesures provisoires et est aussi au cœur des débats autour de leur nature.

Originellement ces mesures trouvent leur origine dans une pratique de la Commission et de la Cour¹¹⁵¹. Dans un premier temps, en 1991¹¹⁵², la Cour a affirmé

¹¹⁴⁹ Pierre PESCATORE, « Les mesures conservatoires et les référés », in *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon de la SFDI, Pédone, 1987, p. 352.

¹¹⁵⁰ André COCATRE-ZILGIEN, « Les mesures conservatoires décidées par le juge ou par l'arbitre international », *RGDIP*, 1966, p. 8.

¹¹⁵¹ Article 39 du règlement de la Cour du 1^{er} mai 2012 (Mesures provisoires) :

« 1. La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure.

2. Le cas échéant, le Comité des Ministres est immédiatement informé des mesures adoptées dans une affaire.

que les mesures provisoires n'offrent que des recommandations, position qui fut confirmée en 2001 par la nouvelle Cour¹¹⁵³. Dans un second temps, elle a procédé à travers les arrêts *Mamatkulov*¹¹⁵⁴ à un revirement spectaculaire de sa jurisprudence. Désormais les mesures conservatoires « indiquées » par la Cour possèdent une valeur obligatoire, toute désobéissance pouvant constituer une violation de l'article 34 (ancien article 25) instituant le recours individuel.

Son raisonnement tient en deux phases :

1° Il faut reconnaître, en droit international, le principe d'effectivité des procédures judiciaires internationales dont le caractère obligatoire des mesures provisoires est un exemple marquant.

2° La Cour étant un tribunal international, elle doit offrir des recours efficaces. Pour être effectif, le droit de recours individuel doit être accompagné de mesures provisoires contraignantes.

Ainsi, le point principal de sa démonstration réside dans l'interprétation du droit international général s'appliquant aux juridictions internationales. Il importe dès lors de retracer les différentes étapes qui ont conduit à ce revirement de jurisprudence et d'établir le rôle joué par le droit international général.

Historiquement, les mesures provisoires ont été jugées comme « indicatives » par la Cour internationale de justice et comme non-contraignantes pour la Commission et la Cour, ce jusqu'en 2003. Cette absence de caractère obligatoire ne semblait pas problématique à l'époque (Section 1).

3. La chambre peut inviter les parties à lui fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires recommandées par elle ».

¹¹⁵² CourEDH, *Cruz Varas et autres c. Suède*, (Ass. pl.), 20 mars 1991, Série A 201.

¹¹⁵³ CourEDH, *Conka et autres c. Belgique*, (déc.), 13 mars 2001. « La Cour rappelle que le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ne peut se déduire ni de l'article 34 *in fine* ni d'autres sources, mais qu'il convient de considérer le refus de suivre une indication donnée en vertu de l'article 39 du règlement comme aggravant tout manquement aux exigences de l'article 3 qui pourrait être ultérieurement constaté par la Cour (voir l'arrêt *Cruz Varas*, précité, pp. 36-37, §§ 102 et 103). Dès lors, nulle violation de l'article 34 *in fine* ne saurait être déduite du refus d'un État contractant de se conformer à de telles indications. »

¹¹⁵⁴ CourEDH, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, 6 février 2003 ; CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005. Nous appellerons ces deux arrêts « *Mamatkulov* » car il semble que la chambre se soit trompée entre le prénom et le nom du second requérant d'où le changement de nom de l'arrêt entre la chambre et la Grande chambre alors que les parties sont les mêmes. Même le nom du second requérant est sujet à des variations d'orthographe, entre Askarov et Azkarov.

Mais, finalement, un changement dans la jurisprudence de la CIJ fut l'occasion rêvée pour la Cour strasbourgeoise de conforter son image de tribunal efficace (Section 2).

Section 1. Des mesures provisoires longtemps indicatives

Ainsi que le relève Paul GUGGENHEIM¹¹⁵⁵, c'est devant le tribunal arbitral permanent créé entre les États centraméricains par la Convention du 20 janvier 1902 que la question des mesures conservatoires s'est posée pour la première fois. Ce tribunal arbitral avait alors estimé que pour pouvoir régler un différend militaire entre le Honduras et le Nicaragua, il se devait d'ordonner le retrait des troupes concernées ainsi que la démobilisation de la population, ce à quoi le Nicaragua opposait un refus catégorique, considérant que le tribunal avait outrepassé ses pouvoirs. Le différend dégénéra en conflit armé et entraîna la dissolution du tribunal.¹¹⁵⁶

Suite à cette expérience, il fut décidé d'inclure à l'article 18 de la Convention de Washington de 1907, créant une Cour de justice centraméricaine, le droit d'ordonner des mesures conservatoires¹¹⁵⁷. La Cour centraméricaine exerça cette possibilité à plusieurs reprises mais les mesures imposant des actes internes spécifiques furent considérées comme trop importantes par les États parties¹¹⁵⁸. Ce fut un échec¹¹⁵⁹. Les rédacteurs des traités Bryan, du nom du secrétaire d'État américain qui proposa la création de commissions d'enquête permanentes pour aplanir les différends diplomatiques à travers la conclusion de traités bilatéraux, se nourrirent de cet échec. À chacune de ces commissions – seulement habilitées à présenter des « propositions » de résolution du conflit –, l'article 4 alinéa 2 attribua le pouvoir

¹¹⁵⁵ Paul GUGGENHEIM, « Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire », *RCADI*, 1932, t. 40, p. 660.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ « Du moment où une requête a été introduite contre un ou plusieurs gouvernements, la Cour a le pouvoir de déterminer la situation dans laquelle les parties litigantes **doivent** se maintenir jusqu'à ce que la décision finale soit intervenue. Cette ordonnance sera rendue à la requête de l'une des parties afin que la situation ne s'aggrave pas et avec l'objet que les parties maintiennent le status quo jusqu'à ce que la décision finale soit prononcée » (mise en gras ajoutée).

¹¹⁵⁸ Voir par exemple, l'ordonnance du 13 juillet 1908 qui inclut l'obligation pour les États de ramener leur effectif militaire à celui de temps de paix, ou bien de « poursuivre efficacement toute personne qui, de quelque manière, poursuit la lutte ». Trad. J. BASDEVANT, *RGDIP*, 1909, p. 101.

¹¹⁵⁹ GUGGENHEIM, « Les mesures conservatoires », *op. cit.*, p. 670.

« d'indiquer »¹¹⁶⁰ des mesures provisoires, étant entendu qu'elles seraient non contraignantes.¹¹⁶¹

D'autres conventions antérieures à la Seconde guerre mondiale reprirent le principe posé dans la Convention de Washington, mais de manière encore plus explicite, comme dans la rédaction commune aux articles 18 des conventions d'arbitrage de Locarno et 33 de l'Acte général de Genève :

« Dans tous les cas où le différend fait l'objet d'une procédure arbitrale ou judiciaire, la C.P.J.I. ou le tribunal arbitral indiquera, dans le plus bref délai possible, quelles mesures provisoires *doivent être* prises. Les Parties en litige *seront tenues* de s'y conformer »¹¹⁶².

Ces exemples illustrent parfaitement le fait que les États restent habituellement maîtres des traités. Si une innovation leur déplaît, il leur suffit de la transformer. C'est pour cela que le respect de la volonté des États a été érigé en principe d'interprétation. Il est également notable que la décision d'inclure des mesures conservatoires dans un traité constitutif d'une juridiction internationale a été fortement liée à des questions d'efficacité concernant l'exécution de ces mesures¹¹⁶³.

Ces questions sont toujours pertinentes puisque, par exemple, les États ont attribué aussi bien à la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹¹⁶⁴, dans la convention du 22 novembre 1969, qu'au Tribunal international du droit de la mer, dans la Convention des Nations unies sur le droit de la mer¹¹⁶⁵, la compétence d'« ordonner » ou de « prescrire » des mesures provisoires. Cela a ainsi permis de sortir du débat entourant la valeur du terme « indiquer » apparaissant dans le Statut de la Cour internationale. Les États étaient bien conscients à l'époque de se

¹¹⁶⁰ « Dans le cas où la cause du conflit consiste en certains actes déjà commis ou en train d'être commis, la Commission devra, aussitôt que possible, indiquer quelles mesures doivent être prises pour maintenir les droits de chaque partie à titre provisoire et avant la délivrance du rapport final ».

¹¹⁶¹ GUGGENHEIM, « Les mesures conservatoires », *op. cit.* p. 671.

¹¹⁶² Italiques ajoutés.

¹¹⁶³ GUGGENHEIM, « Les mesures conservatoires », *op. cit.* p. 655.

¹¹⁶⁴ Art. 61 § 2 : « Dans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action, et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour pourra, à l'occasion d'une espèce dont elle est saisie, *ordonner* les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes ».

¹¹⁶⁵ Art. 290 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 :

« 1. Si une cour ou un tribunal dûment saisi d'un différend considère, *prima facie*, avoir compétence en vertu de la présente partie ou de la section 5 de la partie XI, cette cour ou ce tribunal peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées (...).

6. Les parties au différend se conforment sans retard à toutes mesures conservatoires prescrites en vertu du présent article. »

démarquer sur ce point des modèles dont ils s'étaient inspirés : la CIJ pour le tribunal international du droit de la mer¹¹⁶⁶ et la CEDH pour la Cour interaméricaine.

La thèse restrictive a donc dominé jusqu'à récemment¹¹⁶⁷. Elle repose sur le principe selon lequel les extensions de la compétence judiciaire des tribunaux internationaux « ne se présument pas plus que les limitations de souveraineté »¹¹⁶⁸.

Comme le reconnaît Edward DUMBAULT :

« le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires, comme tout autre pouvoir afférent à une juridiction internationale doit être établi de façon affirmative. Une telle compétence ne se présume pas [...]. Le simple fait qu'un tribunal ait la compétence au principal pour régler un différend, sans plus, ne lui en donne aucune pour ordonner des mesures conservatoires »¹¹⁶⁹.

Bien qu'il ajoute qu'il n'y a pas besoin d'une disposition expresse mais qu'il faut interpréter les textes, la question est de savoir si cette démonstration qui énonce le droit positif en vigueur en 1966¹¹⁷⁰, a changé depuis lors comme l'affirment plusieurs auteurs¹¹⁷¹.

Dans la CEDH, les premières positions concernant le rôle des mesures provisoires étaient simples : il s'agissait d'un ajout prétorien, souhaitable, mais non contraignant (§ 1).

Dans le contexte de la CIJ, le débat est de nature différente puisqu'il existe un fondement conventionnel au pouvoir d'« indiquer » ces mesures, un terme à mi-chemin entre ordonner et conseiller. Jusqu'en 2001, la Cour internationale n'avait

¹¹⁶⁶ Jean-Marc SOREL, « Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions interétatiques (C.I.J. et T.I.D.M.) », in *Le contentieux de l'urgence et l'urgence devant les juridictions internationales*, RUIZ-FABRI H. et SOREL J.- M. (dir.), Pédone. 2003. p. 9.

¹¹⁶⁷ COCATRE-ZIELGEN, « Les mesures conservatoires », *op. cit.*, p. 9-12 ; voir également le tableau, qui bien qu'assez réducteur et parfois trompeur de la position de certains auteurs comme Pierre PESCATORE, fournit un aperçu assez complet de la doctrine concernant le caractère obligatoire des mesures indiquées en vertu de l'article 41 du statut de la CIJ proposé par Mariano AZNAR-GOMEZ, « À propos de l'affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique) », *RGDIP*, 1998, p. 917-918.

¹¹⁶⁸ GUGGENHEIM, « Les mesures conservatoires », *op. cit.*, p. 655.

¹¹⁶⁹ Edward DUMBAULT, *Interim measures of protection in international controversies*, Nijhoff, 1932, p. 181. Traduction par COCATRE-ZILGIEN, « Les mesures conservatoires », *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁷⁰ COCATRE-ZILGIEN, « Les mesures conservatoires », *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁷¹ Voir entre autres : AZNAR-GOMEZ, « A propos de l'affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires », *op. cit.*, p. 915 ; MM. les juges AJIBOLA et WEERAMENTRY dans leurs opinions séparées sous l'ordonnance du 13 septembre 1993, *Rec. CIJ*, 1993, p. 376 et 398.

jamais réellement tranché le débat, même si les positions prévalant étaient identiques, fondées sur l'idée que les mesures ne sont pas contraignantes en elles-mêmes (§ 2).

§ 1. Des mesures provisoires souhaitables dans la CEDH

Depuis leur création et jusqu'à l'arrêt *Mamatkulov*, les organes de supervision de la Convention ont toujours considéré les mesures provisoires comme souhaitables mais non contraignantes. Cette pratique était fondée sur l'absence de base conventionnelle et sur la nature prétorienne de leur création après ajout dans le règlement intérieur (A). Elle fut adoptée par la Commission et reprise par la Cour (B).

A. Une création prétorienne

Les mesures provisoires étant absentes de la Convention (1), elles furent introduites par le biais des règlements intérieurs de la Commission et de la Cour (2).

1. L'absence des mesures provisoires dans la CEDH

L'étude des travaux préparatoires ne donne que peu d'indications sur les raisons de l'absence des mesures provisoires dans la CEDH. Pourtant, le Mouvement européen, grand inspirateur de la Convention, avait inséré dans le « projet de statuts pour la Cour européenne des droits de l'homme » qu'il a présenté au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en 1949 une disposition similaire à la version anglaise de l'article 41 du Statut de la CIJ¹¹⁷². C'est donc en connaissance de cause que les mesures conservatoires ne furent pas intégrées dans la CEDH.

Certains auteurs ont qualifié cet état de fait de « lacune » ou de « regrettable oubli »¹¹⁷³ et ont même appelé de leurs vœux une réforme¹¹⁷⁴. Toutefois, celle-ci, bien que souhaitée également par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe

¹¹⁷² Travaux préparatoires CEDH, vol. I, p. 315, article 35 de la proposition du Statut de la Cour.

¹¹⁷³ André-Marc EISSEN, « Les mesures provisoires dans la Convention européenne des droits de l'homme ». *Revue des droits de l'homme*, 1969, p 253 ; Caroline RAVAUD, « Article 36 », in *Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, (éd), Economica, 1989, p. 731.

¹¹⁷⁴ Anton SPIELMANN et Dean SPIELMANN, « La Cour unique et permanente et les mesures provisoires. (La nécessité d'une réforme). », in *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1347-1358.

sous la forme d'un protocole additionnel, fut refusée par le Comité des ministres qui jugea la pratique existante suffisante¹¹⁷⁵.

De même, alors que la Cour venait pour la première fois de les déclarer non obligatoires (dans l'affaire *Cruz-Varas*¹¹⁷⁶), les États n'ont pas réussi à s'accorder sur la proposition suisse d'intégrer dans le Protocole n°11 un article spécifique établissant le caractère obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour¹¹⁷⁷. Cette absence serait ainsi due « au souci d'avancer rapidement dans les travaux de réforme et [au fait] que la discussion quant aux mesures provisoires aurait retardé le projet »¹¹⁷⁸. Pourtant, la Cour a depuis lors réclamé une disposition calquée sur l'article 63-2 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) qui prévoit le pouvoir exprès d'ordonner des mesures conservatoires¹¹⁷⁹.

Plus de soixante ans après la rédaction de la Convention, il n'existe toujours pas, et il n'est toujours pas prévu¹¹⁸⁰, de disposition de ce type.

2. L'introduction des mesures dans le règlement intérieur

La Commission a indiqué des mesures provisoires pour la première fois en 1956, dans l'affaire *Grèce c. Royaume-Uni*¹¹⁸¹. Cette pratique a continué depuis lors. En 1990, elle a noté dans le rapport *Cruz-Varas*, qu'elle avait déjà approuvé des mesures conservatoires dans 31 affaires portant sur des décisions d'expulsion ou d'extradition¹¹⁸². Ce n'est qu'en octobre 1974, suite à la pression d'États¹¹⁸³, qu'elle a clarifié sa position en intégrant un nouvel article 36 à son règlement :

¹¹⁷⁵ Voir le compte-rendu fait par la Cour dans l'affaire *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, Série A n°201, § 96.

¹¹⁷⁶ CourEDH, *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, Série A 201.

¹¹⁷⁷ Voir la synthèse de SPIELMANN et SPIELMANN, « La Cour unique et permanente et les mesures provisoires », *op. cit.* p. 1347-1358.

¹¹⁷⁸ SPIELMANN et SPIELMANN, « La Cour unique et permanente et les mesures provisoires », *op. cit.* p. 1348.

¹¹⁷⁹ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I, opinion dissidente de MM. les juges CAFLISCH, TÜRMEEN et KOVLER, § 18.

¹¹⁸⁰ On peut constater l'absence de règle concernant les mesures provisoires dans les protocoles n° 14 et 15, mettant en œuvre de nouvelles réformes du système strasbourgeois.

¹¹⁸¹ ComEDH, req. N° 176/56, (déc.), 2 juin 1956, Ann. CEDH I p. 39.

¹¹⁸² ComEDH, *Cruz Varas c. Suède*, rapport, 7 juin 1990, § 121.

¹¹⁸³ Carl A. NØRGAARD et Hans C. KRÜGER, « Interim and conservatory measures under the European system of protection of human rights », in *Festschrift Ermacora*, N.P. Engel, 1988, p. 111.

« La Commission ou, si elle ne siège pas, le Président *peut* indiquer aux parties toute mesure provisoire dont l'adoption *paraît souhaitable* dans l'intérêt des parties »¹¹⁸⁴.

La Cour avait, quant à elle, adopté un article rédigé dans des termes similaires, lui permettant d'adopter des mesures provisoires, l'article 34 de son premier règlement datant de décembre 1965 :

« 1) Jusqu'à constitution de la Chambre, le Président de la Cour plénière *peut*, soit à la demande d'une Partie, de la Commission ou de toute personne intéressée, soit de sa propre initiative, *signaler* à l'intention des Parties les mesures provisoires dont l'adoption *paraît souhaitable*. [...]

2) L'indication de ces mesures est immédiatement portée à la connaissance du Comité des ministres. »¹¹⁸⁵

Il est remarquable que les termes utilisés dans ce règlement de 1965 (« peut », « signaler » et « paraît souhaitable ») représentent un degré d'intensité moindre que le mot « indiquer ». On pourrait raisonnablement en déduire l'absence de volonté des premiers juges de la Cour d'imposer aux États des mesures conservatoires dont le caractère serait obligatoire. Cet article est devenu l'article 36 en 1983, puis l'article 39 dans le règlement de la Cour entré en vigueur au 1^{er} mars 2012¹¹⁸⁶, en allant dans le sens d'une rédaction semblable à celle de l'article 41 du Statut de la CIJ¹¹⁸⁷.

La possibilité pour les organes de la Convention d'adopter un règlement intérieur figurait à l'ancien article 36 CEDH¹¹⁸⁸ pour la Commission et à l'ancien article 55¹¹⁸⁹ pour la Cour. Ce dernier article précisait également que le règlement fixait la procédure. La Convention révisée par le Protocole n°11 ne mentionne plus le

¹¹⁸⁴ Italiques ajoutés.

¹¹⁸⁵ Italiques ajoutés.

¹¹⁸⁶ Ancien article 36 du Règlement de la Cour entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983 : « Jusqu'à la constitution de la chambre, le Président de la Cour peut, soit à la demande d'une Partie, de la Commission, du requérant ou de toute autre personne intéressée, soit de sa propre initiative, **indiquer** à toute Partie et, le cas échéant, au requérant les mesures provisoires dont l'adoption par eux se recommande. La même faculté appartient à la chambre une fois celle-ci constituée et, si elle ne siège pas, à son président (...) ».

Nouvel Article 39 : « 1. La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, **indiquer** aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure » (mise en gras ajoutée).

¹¹⁸⁷ Voir *infra*.

¹¹⁸⁸ « La Commission établit son règlement intérieur ».

¹¹⁸⁹ « La Cour établit son règlement et fixe sa procédure ».

règlement intérieur qu'aux articles 25, 26, et 27¹¹⁹⁰, sans spécifier ce que doit être son contenu. L'article 26 se contente d'affirmer que c'est à l'Assemblée plénière de la Cour d'adopter le règlement¹¹⁹¹. Néanmoins, cela peut être considéré comme un « oubli » du Protocole n°11, la possibilité d'établir la procédure se trouvait dans l'ancien article 55. Et selon l'article 40 du rapport explicatif du Protocole n°11 « les modalités de procédure pourront être contenues dans le règlement de la Cour ». En outre, la référence de l'article 27 porte sur un élément de procédure, à savoir que les conditions de composition de la formation de jugement doivent être fixées dans le règlement.

La question de la nature du règlement aurait pu légitimement se poser et constituer un des moyens d'établir la valeur contraignante des mesures provisoires indiquées sur la base d'un de ses articles. En effet, le règlement est un acte unilatéral d'un organe institué par un traité international dont la valeur juridique n'est pas arrêtée par la Convention. On pourrait donc avoir recours aux principes du droit international pour déterminer l'étendue et le contenu des mesures liées à la procédure qu'une Cour peut légalement imposer aux parties. Il semble impossible qu'un tribunal puisse fonctionner normalement sans procédure. Cette question n'a toutefois pas été réglée par la Cour, qui s'est contentée d'établir que le règlement intérieur ne saurait en lui-même impliquer des obligations juridiques supplémentaires¹¹⁹². Pourtant, cet argument aurait également pu, et peut-être même dû, être assorti d'exceptions. En effet, il met en doute la légalité d'autres dispositions du règlement qui permettent, par exemple, à la Cour de rendre un arrêt en interprétation¹¹⁹³ ou en révision¹¹⁹⁴, ce qui implique indubitablement la possibilité de créer de nouvelles obligations à la charge des États lorsque l'arrêt en question aboutit à une interprétation plus contraignante ou encore conduit à réviser un constat de non-violation. Cependant, nulle disposition

¹¹⁹⁰ Article 25. Greffe et référendaires : « La Cour dispose d'un greffe dont les tâches et l'organisation sont fixées par le règlement de la Cour (...) » ; Article 26. Assemblée plénière de la Cour : « La Cour réunie en Assemblée plénière (...) d) adopte le règlement de la Cour, (...) » ; Article 27, Comités, Chambres et Grande chambre : « 3. Font aussi partie de la Grande Chambre, le président de la Cour, les vice-présidents, les présidents des chambres et d'autres juges désignés conformément au règlement de la Cour ».

¹¹⁹¹

¹¹⁹² CourEDH, *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, Série A 201, § 98.

¹¹⁹³ Art. 79 Règlement de la Cour en vigueur au 1^{er} mars 2005.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, article 80.

de la Convention ne prévoit la possibilité de rendre un arrêt en interprétation et encore moins de revenir sur un arrêt, qui est au contraire définitif¹¹⁹⁵.

Dès lors, il n'existe aucune base solide à la légalité des mesures provisoires dans le règlement de la Cour. Il y a donc eu un long consensus sur leur caractère non obligatoire.

B. L'ancienne pratique de la Commission et de la Cour : des mesures suggérées

Selon le règlement de la Cour, les mesures provisoires peuvent être demandées par les parties et également par des tiers intéressés. Elles sont indiquées soit au requérant, soit au défendeur, ou aux deux parties. Ici, seules les mesures visant l'État défendeur sont étudiées, car ce sont les seules susceptibles de produire un constat de violation de la CEDH en conséquence de leur non-respect¹¹⁹⁶.

À leurs débuts, la Commission comme la Cour ont accepté l'interprétation dominante en droit international selon laquelle, faute de disposition expresse, les mesures conservatoires étaient non contraignantes (1). Pour autant le consensus s'est brisé dans l'affaire *Cruz Varas*, lorsque la Commission a changé de position (2).

1. Le consensus des débuts

Dès ses premières indications de mesures provisoires, la Commission a estimé « qu'elle n'a pas le pouvoir de prescrire des mesures conservatoires »¹¹⁹⁷ mais uniquement celui « d'en suggérer »¹¹⁹⁸. Elle s'était d'abord basée sur l'esprit de coopération des États¹¹⁹⁹ pour émettre des mesures dans un nombre limité de domaines et suivant une interprétation restrictive des conditions de déclenchement. Elle a très tôt circonscrit leur champ d'application à l'éloignement des étrangers¹²⁰⁰ lorsque les décisions litigieuses créent un risque de violation des articles 2, 3 voire 8

¹¹⁹⁵ Art. 44 CEDH.

¹¹⁹⁶ Il serait néanmoins intéressant de voir si le non-respect des mesures provisoires par le demandeur pourrait à l'avenir entraîner une décision d'irrecevabilité.

¹¹⁹⁷ Req. N° 297/57, *Ann. CEDH*, tome II, p. 213 ; req. n° 1420, 1477 et 1478/62, *Ann. CEDH* t. VI, p. 627

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹⁹ Marc-André EISSEN, « Les mesures provisoires dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue des droits de l'homme*, 1969, p 254.

¹²⁰⁰ Olivier DE SCHUTTER, « La protection juridictionnelle provisoire devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le contentieux de l'urgence et l'urgence devant les juridictions internationales*, H. Ruiz-Fabri et J.- M. Sorel (dir.), Pédone, 2003, p. 107.

CEDH. Ces mesures ont également été étendues à deux autres matières : les conditions d'emprisonnement mettant en danger l'intégrité physique du détenu et les cas où une application de la peine de mort est à craindre¹²⁰¹.

Pour la Commission et la Cour, ces mesures ne peuvent être émises que s'il s'agit de situations où les circonstances de la cause font apparaître, *prima facie*, un risque réel de dommage important et irréversible au requérant¹²⁰². Dans l'arrêt *Cruz Varas*, la Cour a résumé la pratique de la Commission comme ne s'appliquant que « lorsqu'un requérant court un grand risque de subir un dommage sérieux et irréparable »¹²⁰³. La Commission fut en effet très parcimonieuse avec les mesures conservatoires, faisant une interprétation étroite du champ d'application de son règlement¹²⁰⁴. Au 3 novembre 1993, la Commission avait accepté 166 demandes et refusé 800 autres¹²⁰⁵, soit 83% de rejets. Elle estimait aussi que dans ce cas, elle devait accélérer la procédure, et pouvait, le cas échéant, lever les mesures¹²⁰⁶.

Ce n'est qu'en 1989, dans l'affaire *Soering*, que la Cour a repris la pratique de la Commission en produisant des mesures provisoires¹²⁰⁷. En l'espèce, le requérant risquait la peine à mort aux États-Unis en cas d'extradition. Cette affaire est typique des cas où il existe un risque pour le requérant, dans le cadre d'une extradition ou d'une expulsion, d'être exposé à des dommages graves et irréparables au cours de la procédure strasbourgeoise. Certes, comme en témoignent les mesures conservatoires approuvées dans l'affaire *Öcalan*¹²⁰⁸, la Cour ne s'est pas limitée au domaine de l'expulsion ou de l'extradition des étrangers. Dans cette affaire, elle demandait en effet à la Turquie de garantir la qualité de la procédure pénale et de ne pas mettre à exécution la peine de mort prononcée. Mais, encore une fois, il s'agissait de mesures ayant un caractère grave et irréversible. Comme elle l'a résumé en 2004 dans l'arrêt *Mamatkulov et Askarov* :

¹²⁰¹ Y. HAËK et Clara BURBANO HERRERA, « Interim Measures in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *NQHR*, 2003, vol. 21, p. 636 et s. Ces auteurs notent qu'une seule affaire concernait un autre domaine, celui de la conservation des preuves.

¹²⁰² Voir, par exemple, pour un bilan de la pratique de la Commission, Carl A. NØRGAARD, « Interim measures under the European system for protection of human rights », in *Festschrift til Ole Due*, GAN, 1993, p. 283-284 ; DE SCHUTTER, « La protection juridictionnelle provisoire devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* p. 107 et s.

¹²⁰³ CourEDH, *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, Série A 201, § 93.

¹²⁰⁴ NØRGAARD, « Interim measures », *op. cit.* p. 283.

¹²⁰⁵ Jeroen CALLEWAERT, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'urgence », *RTDH*, 1994, p. 400.

¹²⁰⁶ NØRGAARD, « Interim measures », *op. cit.*, p. 283-284.

¹²⁰⁷ CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A 161.

¹²⁰⁸ CourEDH, *Öcalan c. Turquie*, (déc.), 14 décembre 2000.

« La Cour rappelle que l'indication de mesures provisoires ne s'est exercée que dans des domaines limités. Sans doute reçoit-elle un certain nombre de demandes, mais en principe ce n'est que lorsqu'il y a risque de dommage irréparable et que le risque est imminent que la Cour applique l'article 39 ». ¹²⁰⁹

Elle y a aussi confirmé que les principaux domaines où se trouvent à s'appliquer les mesures provisoires sont l'expulsion et l'extradition ¹²¹⁰. Il est à noter que si elle a lié l'indication de mesures provisoires à l'existence d'un risque de dommage irréparable et imminent, ce n'est pas un critère nécessaire, ce n'est qu'en « principe ». La nouvelle Cour issue du Protocole n° 11 a également limité son utilisation des mesures provisoires, elle n'en a accordé que 68 sur 453 demandes entre le 1^{er} novembre 1998 et le 27 novembre 2002 ¹²¹¹. Ce taux de 15% est quasiment identique à celui de la Commission.

Toutefois, depuis 2008, le nombre des demandes a explosé avec 12140 demandes faites entre 2008 et 2011 inclus, pour 3187 acceptées soit 26%, avec également un accroissement du taux de succès même si l'essentiel des demandes continue d'être rejeté.

Mais le consensus strasbourgeois fut rompu dans l'affaire *Cruz Varas*, sans pour autant changer la position de la Cour.

2. L'affaire *Cruz Varas*

Dès 1958, la Commission établissait déjà, *obiter dicta*, qu'« aucune disposition de la Convention ne donne à la Commission compétence pour ordonner des mesures provisoires » ¹²¹². Toutefois, il faudra attendre l'affaire *Cruz Varas* pour que la Cour et la Commission discutent pour la première fois de manière approfondie de la valeur des mesures conservatoires indiquées, ce que la Cour résume ainsi :

« En l'espèce, il s'agit de savoir si, à défaut d'une clause explicite dans la Convention, la Commission peut puiser dans l'article 25 § 1, pris isolément ou

¹²⁰⁹ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I, § 104.

¹²¹⁰ *Ibid.* § 104 *in fine*.

¹²¹¹ HAEK et BURBANO HERRERA, « Interim Measures », *op. cit.*, p. 664.

¹²¹² ComEDH, (déc.), 22 mars 1958, req. 297/57, Ann. CEDH II, p. 213.

combiné avec l'article 36 de son règlement intérieur, ou dans d'autres sources, un pouvoir d'ordonner des mesures provisoires »¹²¹³.

Le requérant, M. Cruz Varas, un Chilien, avait demandé l'asile politique en Suède. Il affirmait qu'en tant qu'opposant politique au régime de Pinochet, il avait enduré des tortures et risquait à nouveau d'en subir s'il était expulsé vers le Chili. Le 5 octobre 1989, l'administration suédoise déclara qu'aucune raison ne s'opposait à l'expulsion du requérant et de sa famille. Le même jour, il introduisit une requête devant les organes strasbourgeois, et le lendemain matin, dans le cadre des mesures provisoires, la Commission demanda à l'agent du gouvernement suédois de surseoir à l'expulsion tant que la Commission n'aurait pas approfondi son enquête. À 16 h 40, le requérant était malgré tout expulsé vers le Chili. Il y restera deux semaines avant de partir pour l'Argentine.

Dans son rapport sur l'affaire *Cruz Varas*, la Commission a exprimé son revirement de position concernant la violation du droit de recours individuel en cas de non-respect des mesures provisoires. Elle a estimé que la mise en œuvre de certaines décisions internes pouvait mettre en danger le droit de recours prévu par la CEDH, à l'instar des affaires dans lesquelles l'application de la décision interne risque d'entraîner des dommages graves et irréparables pour le requérant¹²¹⁴. Néanmoins, la Commission a refusé de considérer que le droit international puisse apporter une quelconque aide pour trancher l'affaire, étant donné le caractère indéterminé du statut des mesures provisoires indiquées par des tribunaux internationaux¹²¹⁵. De plus, il ne s'agissait pas d'envisager leur caractère obligatoire de manière globale¹²¹⁶. L'Assemblée plénière de la Cour a choisi de ne pas suivre l'approche de la Commission, mais à la plus faible des majorités, dix voix contre neuf. La Cour a cependant repris certaines des conclusions de la Commission, dont celle sur l'imprécision du droit international en la matière.

Dans cette affaire, ni la Commission, ni la Cour n'ont examiné de manière approfondie le contenu positif du droit international, ce qu'approuve d'ailleurs un auteur qui défend le caractère obligatoire des mesures¹²¹⁷. Toutefois, elles ont utilisé

¹²¹³ CourEDH, *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, Série A 201, § 97.

¹²¹⁴ ComEDH, *Cruz Varas c. Suède*, rapport, 7 juin 1990, § 118.

¹²¹⁵ *Ibid.*, § 116.

¹²¹⁶ *Ibid.*

¹²¹⁷ Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, « De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1992, p. 277.

des arguments issus de l'interprétation possible de la Convention à la lumière de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Pour elles, une série d'arguments pesait en faveur d'une non-violation de la Convention : l'intention des parties¹²¹⁸, le sens ordinaire des mots, les accords ultérieurs et la pratique subséquente¹²¹⁹.

Concernant l'intention des parties, la Cour a renvoyé aux travaux préparatoires et surtout à l'absence de clause d'habilitation expresse. Comme elle le dit, « il faut bien relever que la Convention, à la différence d'autres traités ou instruments internationaux, ne renferme aucune clause explicite en la matière »¹²²⁰. De plus, la pratique subséquente des États est venue renforcer cette interprétation car ils ont refusé d'intégrer une disposition allant dans ce sens dans un protocole de révision¹²²¹.

La Cour n'a voulu voir dans le règlement intérieur de la Commission qu'

« une simple norme de procédure établie par la Commission en vertu de l'article 36 de la Convention. Vu l'absence, dans celle-ci, d'un texte consacré aux mesures provisoires, une indication donnée au titre de l'article 36 du règlement intérieur ne saurait passer pour créer une obligation juridique à la charge d'un État contractant »¹²²².

Ainsi, on « forcerait » le sens ordinaire de l'ancien article 25 CEDH à vouloir l'interpréter comme habilitant la Commission à ordonner des mesures provisoires¹²²³. Ici, le principe posé est donc celui du défaut de clause explicite : le pouvoir d'ordonner des mesures ne pourrait surgir que d'une interprétation par trop extensive de la Convention. La seule conclusion que la Cour a tirée d'un non-respect de l'indication de mesures provisoires, c'est qu'il s'agirait alors « d'un facteur aggravant tout manquement » à la Convention¹²²⁴.

Si la Cour en était restée là, cette question aurait eu peu d'intérêt du point de vue de l'utilisation du droit international, en dehors de celle de la Convention de Vienne de

¹²¹⁸ article 31 2) CVDT.

¹²¹⁹ article 31-3 a) et b) CVDT.

¹²²⁰ CourEDH, *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, Série A 201, § 94.

¹²²¹ *Ibid.* § 96.

¹²²² *Ibid.* § 98.

¹²²³ *Ibid.* § 99.

¹²²⁴ *Ibid.* § 101.

1969 exceptionnellement axée sur le consensualisme. Pour certains auteurs critiques de la décision, la principale ressource d'interprétation provenait non pas des principes généraux du droit international mais des principes généraux du droit interne¹²²⁵ et de l'effectivité de la procédure¹²²⁶ tout en y ajoutant des arguments extra-juridiques tels que la « légitimité »¹²²⁷ des mesures.

Pourtant, il faut considérer de plus près l'analyse du droit international, car elle a finalement justifié un revirement de jurisprudence.

§ 2. Des mesures provisoires « indiquées » par la CIJ

Les arguments concernant la nature des mesures provisoires « indiquées » par la CIJ doivent d'abord être resitués grâce à l'étude des travaux préparatoires du Statut de la CPJI qui fut repris dans celui de la CIJ.

L'étude du statut juridique des mesures provisoires dans le statut de la CPJI repris dans celui de la CIJ permet d'analyser les arguments concernant le caractère obligatoire des mesures « indiquées » par la Cour internationale (A) et les incertitudes concernant la jurisprudence de la Cour internationale jusqu'en 2001 (B).

Avec Rosenne SHABTAI, on peut en effet affirmer que le droit substantiel et procédural de la Cour internationale au sujet des mesures provisoires de protection est « un droit jurisprudentiel avec un minimum d'interférences extérieures »¹²²⁸.

A. Les travaux préparatoires, des mesures non contraignantes

Le statut des mesures provisoires était inscrit dans l'article 41 du statut de la CPJI, repris quasiment mot pour mot dans celui de la CIJ :

¹²²⁵ GARCIA DE ENTERRIA, « De la légitimité des mesures provisoires », *op. cit.*, p. 277.

¹²²⁶ Gérard COHEN-JONATHAN, « De l'effet juridique des “mesures provisoires” dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel: à propos de l'arrêt Cruz Varas de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RUDH*, 1992, 3(6), p. 209.

¹²²⁷ GARCIA DE ENTERRIA, « De la légitimité des mesures provisoires », *op. cit.*, p. 277.

¹²²⁸ « In fact, it can be said that the whole of the substantive law of the International Court on provisional measures of protection and its procedure (virtually inseparable) is judge-made law, with the minimum of outside interference », Rosenne SHABTAI, *Provisional measures in international law : the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford University Press, 2005, p. 33.

« La Cour a le pouvoir d’indiquer, si elle estime que les circonstances l’exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire.

En attendant l’arrêt définitif, l’indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux Parties et au Conseil [au Conseil de sécurité pour la CIJ]. »

Cet article est inspiré de l’article 4 des traités Bryan aussi bien dans la lettre que dans l’esprit, ce que confirment les déclarations d’Albert de LAPRADELLE, rapporteur du Comité consultatif de juristes chargé de rédiger le projet de statut :

« S’inspirant d’une mesure qui figure aux traités signés pour les États-Unis par le Secrétaire d’État Bryan avec un certain nombre d’États (la France, la Chine, la Suède) en 1914, le Comité donne à la Cour le pouvoir de suggérer les mesures à prendre, à titre provisoire, pour assurer la conservation du droit de chacun. Mais il ne s’agit pas ici d’un arrêt, même interlocutoire, immédiatement exécutoire, par provision. Quand il s’agit de limiter la souveraineté des États, il convient d’être circonspect »¹²²⁹.

Les travaux préparatoires font ressortir que toutes les propositions visant à remplacer le mot « indiquer » par « ordonner » furent rejetées¹²³⁰. Parmi les raisons invoquées, on trouve certes l’incapacité de la Cour à faire exécuter ses décisions, comme l’affirme la CIJ dans son arrêt *Lagrand*¹²³¹, mais aussi et surtout, comme l’atteste Albert De LAPRADELLE, l’atteinte à la souveraineté des États.

Dès lors, la plupart des juristes¹²³² ont estimé qu’il était révélateur de la volonté des États de ne pas donner force obligatoire aux mesures provisoires. Paul GUGGENHEIM se permit ainsi d’écrire qu’ « il n’y a pas de doute que le caractère non obligatoire des mesures conservatoires a été sauvegardé »¹²³³. Manley O. HUDSON, alors futur juge de la CPJI, soutenait que « la faiblesse du terme “indiquer” est mise en lumière par l’article 4 f du Statut qui parle de “ces mesures” (en anglais : “measures

¹²²⁹ Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité. 16 juin - 24 juillet 1920*, Van Langenhuysen frères, 1920, p. 736.

¹²³⁰ CPJI, Comité consultatif de juristes, *op. cit.*, p. 736 ; cité également par la CIJ dans l’arrêt CIJ, *Lagrand* (Allemagne c. États-Unis d’Amérique), arrêt, 27 juin 2001, Recueil 2001, § 105.

¹²³¹ CIJ, *Lagrand* (Allemagne c. États-Unis d’Amérique), arrêt, 27 juin 2001, Rec. 2001, § 107

¹²³² COCATRE-ZILGIEN, « Les mesures conservatoires », *op. cit.*, p. 45 ; GUGGENHEIM, « Les mesures conservatoires ... », *op. cit.* p. 678 ; Manley HUDSON, *La Cour permanente de Justice internationale*, Pédone, 1936, 436.

¹²³³ GUGGENHEIM, « Les mesures conservatoires », *op. cit.*, p. 678.

suggested”), littéralement “mesures suggérées”. Une indication de mesures conservatoires semble donc une “suggestion” ; la force obligatoire attribuée par l’article 59 à une décision lui fait de toute évidence défaut ». ¹²³⁴

Néanmoins, comme dans tout domaine du droit international, la seule référence aux travaux préparatoires est insuffisante pour interpréter le sens actuel d’une disposition. La doctrine n’était, dès l’origine, pas unanime dans son appréciation du caractère obligatoire des mesures provisoires ¹²³⁵.

De même, si l’opposition entre les termes « indiquer » et « doivent être » inclus dans l’article 41 n’a pas été soulignée à l’époque, la doctrine et la Cour ont fini par noter la contradiction possible. Ils se sont ainsi demandé si une interprétation différente ne pouvait être faite.

B. Les incertitudes de la Cour internationale de Justice jusqu’en 2001

Si jusqu’en 2001, la CIJ n’a jamais traité explicitement du caractère obligatoire des mesures provisoires, elle a esquissé des pistes laissant la place à l’incertitude.

En 1929, la CPJI a quant à elle énoncé que les ordonnances « ne décident pas avec force obligatoire » ¹²³⁶. On peut estimer que cela concernait les ordonnances prises par la cour elle-même, y compris les ordonnances de mesures provisoires prononcées à l’époque par le Président de la cour, même si pour certains auteurs ce passage ne servirait qu’à énoncer que la juridiction n’est pas tenue par ses ordonnances pour rendre sa décision sur le fond ¹²³⁷.

En 1931, alors qu’elle avait changé substantiellement le libellé de l’article 57 du règlement qui traitait des mesures provisoires, la CPJI a rejeté la proposition de modification du premier règlement de 1922 visant à inclure « ordonner » ou

¹²³⁴ HUDSON, *La Cour permanente de Justice internationale*, op. cit. p. 486 ; Jean-Marc SOREL parle quant à lui d’ « affadissement délibéré du texte », *JDI*, 2002, p. 854.

¹²³⁵ Voir comme opinion favorable au caractère obligatoire : Hans G. NIEMEYER, *Einstweilige Verfügungen des Weltgerichtshofes, ihr Wesen und ihre Grenze*, Leipzig, 1932, p. 29 et s. cité par GUGGENHEIM p. 678; et de manière plus intéressante HUDSON, dans la deuxième édition anglaise de son ouvrage a changé de position sur la base de l’assimilation de l’indication de mesures provisoires aux effets d’un jugement, Manley HUDSON, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, Macmillan, 1943, p. 425.

¹²³⁶ CPJI, *Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex*, ordonnance, 19 août 1929, Série A n° 22, p. 7-8,

¹²³⁷ Mariano AZNAR-GOMEZ, « A propos de l’affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d’Amérique) », *RGDIP*, 1998, p. 926 ; opinion séparée du juge WEERAMENTRY à l’ordonnance du 13 septembre 1993, *Rec. C.I.J.*, 1993, p. 378.

« prescrire » à la place du terme « indiquer ». Selon Berthold STAUFFENBERG, elle « estima qu'elle dépasserait ses pouvoirs si elle “prescrivait” des mesures conservatoires »¹²³⁸. Cet auteur remarque également que la CPJI souhaitait rester très prudente dès lors qu'il s'agissait de « transposer dans le droit international des règles énoncées dans les législations nationales »¹²³⁹. Sur cette base, elle a également supprimé le passage de l'article 57 posant « qu'en cas de refus de la part des Parties de se conformer aux indications de la Cour ou du président concernant les mesures conservatoires, il en est pris acte », preuve de sa grande réserve alors que ce passage, comme le relève André COCATRE-ZILGIEN, était peu « menaçant »¹²⁴⁰. Un autre membre du Comité consultatif, Elihu ROOT, confirme également, par ses déclarations lors des débats portant sur la révision du règlement de la CPJI, la thèse du caractère non-obligatoire des indications de mesures conservatoires. Il a notamment convenu que la cour, dans son jugement final, « devra examiner si les indications fournies par le président ont été l'expression exacte des obligations incombant aux parties. Il appartient au président de les indiquer, mais liberté est laissée aux parties de se conformer à cette indication ».¹²⁴¹

Toutefois, en 1939, dans une ordonnance de mesures provisoires, elle a soutenu l'importance de l'article 57 du règlement de la cour :

« [l'article 57] applique le principe universellement admis devant les juridictions internationales [...] d'après lequel les Parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir »¹²⁴².

Cela n'équivaut pas tout à fait à affirmer que les mesures sont obligatoires. En effet, ce n'est pas parce que les mesures peuvent matériellement recouvrir une obligation qu'elles le font systématiquement, le constat d'une répercussion préjudiciable ne pouvant intervenir de manière définitive qu'*ex post*, après condamnation de l'une des parties. Toutefois, cela s'en rapproche beaucoup.

¹²³⁸ Berthold STAUFFENBERG (Schenk von), *Statut et règlement de la Cour permanente de justice internationale – Éléments d'interprétation*, Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1934, p. 314.

¹²³⁹ STAUFFENBERG, *Statut et règlement*, *op. cit.*, p. 310.

¹²⁴⁰ COCATRE-ZILGIEN, « Les mesures conservatoires », *op. cit.*, p. 45.

¹²⁴¹ Elihu ROOT cité par DUMBAULD, *Interim Measures*, *op. cit.* p. 168.

¹²⁴² CPJI, *Cie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, ordonnance, 5 décembre 1939, Série A/B n°79, p. 199.

La CIJ a mis plus de temps à donner son opinion sur la nature des mesures provisoires. En 1979, dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis en Iran*, la CIJ a d'abord rappelé leur objet visant à protéger les droits des parties :

« Considérant que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que l'article 41 du Statut confère à la Cour a pour objet de sauvegarder les droits de chacune des parties en attendant que la Cour rende sa décision et présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire »¹²⁴³.

Ensuite, dans l'arrêt de 1986 dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* elle a posé en des termes ambigus la nature des mesures provisoires.

« Lorsque la Cour conclut que la situation exige l'adoption de mesures [provisoires], il incombe à chaque partie de prendre sérieusement en considération les indications ainsi données et de ne pas fonder sa conduite uniquement sur ce qu'elle croit être ses droits »¹²⁴⁴.

Pour autant, comme l'a fait remarquer Mita MANOUVEL¹²⁴⁵, elle n'aurait pas tenu ce type de propos concernant ses arrêts car ce serait implicitement nier leur caractère obligatoire.

La CIJ pouvait donc constater, en 2001, que « ni la Cour permanente de Justice internationale ni la présente Cour n'ont été appelées à se prononcer sur les effets juridiques des ordonnances qu'elles ont rendues en vertu de l'article 41 du Statut »¹²⁴⁶. Mais c'est également un raccourci commode lui permettant de faire oublier toutes les indications allant dans le sens du caractère non-contraignant, car, dans cet arrêt qui met fin à la controverse sur l'article 41 du Statut, elle a décidé que les mesures provisoires sont obligatoires.

¹²⁴³ CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis en Iran*, ordonnance, 15 décembre 1979, § 36.

¹²⁴⁴ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, 27 juin 1986, Rec. CIJ, 1986, p. 144.

¹²⁴⁵ Mita MANOUVEL, « Métamorphose de l'article 41 du statut de la CIJ », *RGDIP*, 2002, p. 117.

¹²⁴⁶ CIJ, *Lagrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, Rec. 2001, § 98.

C'est aussi une autre façon de faire remarquer ce que Edward DUMBAULT avait affirmé dès 1932, à savoir que s'« il n'est pas question d'un caractère obligatoire »¹²⁴⁷, toutefois

« la Cour ne fait pas que “suggérer” des mesures appropriées. Il semblerait que le mot “indiquer” exprime exactement la fonction de la Cour, qui est de montrer ce que les parties doivent faire pour respecter ce que la Cour estime être le droit »¹²⁴⁸.

L'ambiguïté de la nature de l'indication des mesures provisoires apparaît alors pleinement si l'on se place sur le terrain du respect des obligations internationales : même si on estime que l'État n'est pas obligé d'appliquer les mesures, ce choix se fait au risque de violer les obligations qu'il a contractées par son acceptation d'un mécanisme international d'adjudication, davantage qu'en vertu de l'article 41 du Statut. Resurgit ici le problème classique du droit international qui se veut à la fois consensuel et normatif, souhaitant minimiser l'impact d'une règle sur la souveraineté des États, tout en ayant l'obligation d'interpréter cette règle d'une manière qui limite cette souveraineté afin de rester normatif¹²⁴⁹.

Mais en 2001, il semblait à la CIJ, ou du moins à certains de ses juges, que le temps était venu de trancher la question¹²⁵⁰, en choisissant dans *Lagrand*¹²⁵¹ le normatif au détriment du consensuel. Mais peut-être s'agissait-il là simplement de l'attitude d'« une juridiction en quête d'identité [...] qui cherche à s'imposer »¹²⁵².

Section 2. Des mesures provisoires désormais obligatoires

Si certains auteurs ont simplement affirmé le caractère obligatoire des mesures provisoires sans plus de justification¹²⁵³, d'autres ont développé toute une série

¹²⁴⁷ « There is no question of a binding order », DUMBAULT, *Interim Measures*, *op. cit.*, p. 168.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, p. 184. « The Court does not merely “suggests” appropriate measures. It would seem that the word “indicate” expresses exactly the Court’s function, which is to point out what the parties must do in order to remain in harmony with what the Court holds to be the law ».

¹²⁴⁹ KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, *op. cit.*

¹²⁵⁰ MANOUVEL « Métamorphose », *op. cit.*, p. 117.

¹²⁵¹ CIJ, *Lagrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, Rec. 2001, p. 466.

¹²⁵² Jean-Marc SOREL, « Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions interétatiques (C.I.J. et T.I.D.M.) », in *Le contentieux de l'urgence et l'urgence devant les juridictions internationales*, Ruiz-Fabri H. et Sorel J.- M. (dir.), Pédone, 2003, p. 53.

¹²⁵³ « Les mesures conservatoires indiquées par la Cour dans une affaire, s'imposent aux parties mais elles ne s'imposent pas à la Cour elle-même », Michel DUBISSON, *La Cour internationale de justice*, LGDJ, 1964, p. 228.

d'arguments pour développer cette thèse permissive. D'une part, selon ces auteurs, le principe de l'effectivité de la procédure doit conduire au caractère obligatoire. Si les mesures provisoires visent à sauvegarder les intérêts des parties et à préserver l'intérêt qu'il y a à saisir la Cour, alors celle-ci doit pouvoir disposer des moyens d'ordonner les actions idoines. Ce serait des « pouvoirs inhérents à tout tribunal »¹²⁵⁴. D'autre part, si les mesures conservatoires sont de nature procédurale, elles doivent pouvoir être appréciées par le juge au nom du principe de la compétence de la compétence (*Kompetenz-Kompetenz*)¹²⁵⁵.

Pour autant, même s'il semble que ce soit bien sur de tels arguments que la Cour a fondé son revirement de jurisprudence, il existe une autre possibilité. Constance GREWE, dans son analyse de *Mamatkulov*, s'est interrogée : « la [Cour], juridiction bien établie et incontestée, a-t-elle encore besoin de chercher son identité, a-t-elle besoin de s'imposer [...] ? »¹²⁵⁶. Comme les institutions n'ont jamais assez de pouvoir et n'ont de cesse d'essayer de se renforcer¹²⁵⁷, la réponse doit être positive.

Cela a clairement été le cas dans le domaine des mesures provisoires. La Cour a mélangé différents types d'argument pour pouvoir glisser vers des mesures provisoires obligatoires. Ceci s'est d'abord fait à travers l'identification de caractères communs aux juridictions internationales au sens large : elle a retracé les développements liés à certaines institutions internationales comme faisant partie d'un mouvement commun, dont elle pourrait tirer bénéfice (§ 1). Dès lors, elle pouvait imposer son image de juridiction capable et donner des ordres aux États grâce à une construction prétorienne (§ 2).

¹²⁵⁴ Gerald FIZMAURICE, opinion séparée dans CIJ, *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni) (1961-1963)*, Rec. 1963, p. 103 ; Voir également Ronald St. J. Mc DONALD, « Interim measures in international law, with special reference to the European system for protection of human rights », *ZaöRV*, 1992, p. 726.

¹²⁵⁵ CPJI, Avis consultatif du 28 août 1928 relatif à l'échange des populations grecques et turques : « en règle générale, tout organe possédant des pouvoirs juridictionnels a le droit de se prononcer lui-même sur l'étendue de ses attributions dans ce domaine ».

¹²⁵⁶ Constance GREWE, « Quelques réflexions sur la fonction de juger à partir de l'arrêt *Mamatkulov c. Turquie* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 4 février 2005 », in *Festschrift Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, 2006, p. 527.

¹²⁵⁷ Cela fait partie d'un des éléments du jeu dans le champ juridique, dans le sens de BOURDIEU. Voir également Martti KOSKENNIEMI, « Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power », *op. cit.*

§ 1. Un mouvement international commun aux juridictions et autres organes internationaux de contrôle

Pour accomplir son revirement sur la nature obligatoire des mesures provisoires, la Cour s'est inspirée d'une tendance internationale concernant d'autres juridictions ou quasi-juridictions spécialisées dans les droits de l'homme (A) mais surtout la CIJ (B).

A. Les interprétations basées sur les autres traités droits de l'homme

La Cour a tenu compte de la « jurisprudence »¹²⁵⁸ du Comité des droits de l'homme dans laquelle il estime que c'est contrevenir « gravement »¹²⁵⁹ au Pacte et au protocole additionnel autorisant le dépôt de communications individuelles que de ne pas appliquer des mesures provisoires. Le Comité fut le premier à déclarer, en l'absence de base conventionnelle explicite, la responsabilité de l'État pour non-respect des mesures provisoires dans l'affaire *Glen Ashby*¹²⁶⁰. En 2000, il a énoncé ses raisons de manière développée en s'appuyant sur l'effet utile de la procédure :

« En adhérant au Protocole facultatif, les États parties s'engagent implicitement à coopérer de bonne foi avec le Comité pour lui permettre et lui donner les moyens d'examiner les communications qui lui sont soumises et, après l'examen, de faire part de ses constatations à l'État partie et au particulier (art. 5, par. 1 et 4). Pour un État partie l'adoption d'une mesure, quelle qu'elle soit, qui empêche le Comité de prendre connaissance d'une communication et d'en mener l'examen à bonne fin, et l'empêche de faire part de ses constatations, est incompatible avec ces obligations. [...] L'adoption de mesures provisoires en application de l'article 86 du règlement intérieur conformément à l'article 39 du Pacte est essentielle au rôle confié au Comité en vertu du Protocole facultatif. Le non-respect de cet article, en particulier par une action irréparable comme l'exécution d'une victime présumée ou son expulsion, sape la protection des droits consacrés dans le Pacte assurée par le Protocole facultatif »¹²⁶¹.

¹²⁵⁸ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, § 43.

¹²⁵⁹ *Ibid.*

¹²⁶⁰ CDH, *Glen Ashby c. Trinité-et-Tobago*, 26 juillet 1994, n° 580/1994.

¹²⁶¹ CDH, *Piandiong, Morallos et Bulan c. Philippines*, 19 octobre 2000, n° 839, 840 et 841/1998.

Le problème de la « jurisprudence » du Comité, c'est qu'il s'agit de remarques faites par un organe non juridictionnel. Celui-ci ne possède pas le pouvoir de prononcer des jugements mais uniquement d'émettre des « observations »¹²⁶² ou des « constatations »¹²⁶³ par rapport à des « communications » individuelles¹²⁶⁴ ou interétatiques¹²⁶⁵. Comment pourrait-il prescrire des mesures obligatoires pour préserver une conclusion qui ne l'est pas ? C'est toutefois ce que défendent plusieurs auteurs¹²⁶⁶, qui approuvent la position du Comité au nom de l'effectivité de la protection des droits de l'homme. Certes, la transformation du Comité en une véritable cour pourrait renforcer les droits de l'homme. Le problème de cet argument est qu'il transforme un souhait en droit. Si la différence entre *lex lata* et *lex ferenda* n'est pas ontologique, la moindre des choses serait de démontrer le caractère contraignant de la procédure du Comité avant de pouvoir s'inspirer de ses conclusions. Comme la Cour n'a pas analysé en profondeur le raisonnement du Comité pour pouvoir le reprendre à son compte, mais qu'elle s'en est servie comme autorité judiciaire, il faut voir ailleurs.

Concernant les décisions de la Cour interaméricaine, un nouveau problème se pose. Le statut de cette juridiction est spécifique. La Convention interaméricaine lui donne le pouvoir d'« ordonner »¹²⁶⁷, dans certaines conditions, des mesures provisoires. Même si le modèle d'inspiration était la CEDH, les États américains ont sur ce point choisi de combler ce qu'ils considéraient comme une lacune¹²⁶⁸. Ainsi, quand ce tribunal a affirmé le caractère obligatoire de ses mesures provisoires, il n'a pas statué sur le contenu des prérogatives générales des juridictions internationales mais sur les siennes. Rappelons que dans l'affaire *Cruz Varas*, c'est à la Convention interaméricaine que la Cour faisait référence lorsqu'elle déclarait que la CEDH, « à la différence d'autres traités ou instruments internationaux, ne renferme aucune clause explicite en la matière »¹²⁶⁹.

¹²⁶² Art. 41 1) h) Pacte international relative aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966.

¹²⁶³ Art. 5 4) Protocole facultatif du PIDCP.

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ Art. 41 1) PIDCP.

¹²⁶⁶ George LETSAS, « International Human Rights and the Binding Force of Interim Measures », *EHRLR*, 2003, p. 557 ; Gino J. NALDI, « Interim Measures in the UN Human Rights Committee », *ICLQ*, vol. 53, 2004, p. 453.

¹²⁶⁷ Art. 63 Convention interaméricaine des droits de l'homme.

¹²⁶⁸ Jo M. PASCULACCI, « Provisional Measures in the Inter-American Human Rights System : an Innovative Development in International Law », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1993-1994, p. 849.

¹²⁶⁹ CourEDH, *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, Série A 201, § 94.

Les références aux « jurisprudences » des organes de supervision des traités de protection des droits de l'homme sont donc insuffisantes pour justifier d'un nouveau mouvement en faveur du caractère obligatoire des mesures provisoires. C'est donc vers l'arrêt *Lagrand*¹²⁷⁰ de la CIJ qu'il faut se tourner pour trouver une justification plus convaincante de la position de la Cour.

B. L'arrêt *Lagrand* de la CIJ

Dans l'arrêt *Lagrand*, la CIJ semble n'avoir présenté que les arguments en faveur du caractère obligatoire des mesures provisoires et ignoré ou dénaturé les autres, comme pour mieux emporter l'adhésion, ou tout du moins convaincre de la pertinence de son raisonnement

La première étape de son raisonnement consistait à appliquer le paragraphe 4 de l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui pose le recours à l'objet et le but, et par là-même contourner l'application des articles 31 et surtout 32 guidant à l'utilisation des travaux préparatoires. Elle a donc d'abord étudié les versions anglaises et françaises. L'objectif était d'interpréter le terme « indiquer » comme n'interdisant pas le caractère obligatoire. Pour cela il fallait contrer les arguments de l'État américain développant une interprétation non contraignante de la version anglaise.

« L'emploi dans la version anglaise des verbes “indicate” au lieu de “order”, “ought” au lieu de “must” ou “shall”, et “suggested” au lieu de “ordered” impliquerait que les décisions prises au titre de l'article 41 ne revêtent pas un caractère obligatoire »¹²⁷¹.

Ce fut fait en privilégiant la version française¹²⁷². Cette opposition entre les versions a alors permis à la CIJ de revendiquer l'application du paragraphe 4 de l'article 33 de la Convention de Vienne. Ensuite, elle a tiré une interprétation non problématique de l'objet et du but de l'article 41 : il vise à renforcer la mission de la Cour internationale. Elle a toutefois opéré un saut logique, en concluant que seul le caractère obligatoire permettait de remplir cet objectif¹²⁷³.

¹²⁷⁰ CIJ, *Lagrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, Rec. 2001, p. 466.

¹²⁷¹ *Ibid.*, § 100, p. 502

¹²⁷² *Ibid.*

¹²⁷³ MANOUVEL « Métamorphose », *op. cit.*, p. 120.

Dans le même temps, la CIJ a tenté de neutraliser les arguments consensualistes, privilégiant une interprétation selon le sens ordinaire et un recours aux travaux préparatoires.

Concernant le sens ordinaire, elle a oublié que la concordance des versions n'avait jamais été un problème, le texte anglais étant à l'origine une traduction du texte français¹²⁷⁴. De plus, « indiquer » peut avoir pour synonyme « recommander » ou « apprendre, enseigner, fournir » mais ce n'est pas le cas du verbe « ordonner »¹²⁷⁵. Concernant l'objet et le but, elle a noté qu'une des raisons ayant motivé le choix du verbe « indiquer » au détriment du verbe « ordonner » était sa propre incapacité à faire exécuter ses décisions. Or, comme elle l'a justement constaté, il n'y a pas de relation de causalité entre l'incapacité d'exécution et l'absence de caractère obligatoire¹²⁷⁶. Ce faisant, elle a ignoré la deuxième raison, celle résultant de la volonté de préserver la souveraineté des États, pour rejeter l'interprétation quasi unanime des lecteurs des travaux préparatoires. Cette conclusion est d'une grande fragilité car elle remet en cause l'intérêt même de recourir aux travaux préparatoires. Si on ne peut tirer aucune conclusion du refus de transformer « indiquer » en « ordonner », il apparaissait inutile de se pencher sur le choix des mots voulus à l'époque.

C'est donc l'interprétation de l'article 41 en tant que « règlement judiciaire des différends internationaux au moyen de décisions obligatoires »¹²⁷⁷ qui a conduit au caractère obligatoire des mesures indiquées.

« L'article 41, analysé dans le contexte du Statut, a pour but d'éviter que la Cour soit empêchée d'exercer ses fonctions du fait de l'atteinte portée aux droits respectifs des parties à un différend soumis à la Cour. Il ressort de l'objet et du but du Statut, ainsi que des termes de l'article 41 lus dans leur contexte, que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires emporte le caractère obligatoire desdites mesures, dans la mesure où le pouvoir en question est fondé sur la nécessité, lorsque les circonstances l'exigent, de

¹²⁷⁴ *Ibid.*, p. 107.

¹²⁷⁵ « Faire connaître à quelqu'un (la chose ou la personne qu'il a besoin ou envie de connaître) », *Dictionnaire de la langue française, Le Robert, 2005.*

¹²⁷⁶ CIJ, *Lagrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, Rec. 2001, § 107.

¹²⁷⁷ *Ibid.* § 102.

sauvegarder les droits des parties, tels que déterminés par la Cour dans son arrêt définitif, et d'éviter qu'il y soit porté préjudice ».

La définition du but contient les termes de la solution. En somme, il ne s'agit plus d'une interprétation du Statut mais d'une révélation des pouvoirs inhérents à une juridiction internationale. La CIJ « s'impose » donc comme une « véritable » juridiction ; ce n'est pas un texte qui pourrait l'en empêcher.

Toutefois, cette argumentation, qu'elle ait été saluée ou critiquée, n'affirme pas l'existence d'un principe qui garantirait aux tribunaux internationaux le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires en l'absence de clause d'habilitation. Cependant, cette décision est importante. Elle a créé la dynamique favorable à une interprétation extensive en droit international. Ainsi, quelques mois après la CIJ, le Tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a utilisé l'arrêt *Lagrand* pour annoncer que la question du caractère contraignant des mesures provisoires pouvait être considérée comme résolue, « à la lumière notamment de la jurisprudence [et] d'un récent arrêt de la Cour Internationale de Justice »¹²⁷⁸.

Et surtout, la « conclusion de l'arrêt, particulièrement nette, [...] paraît manifestement pouvoir s'appliquer par analogie à l'article 47 de la Convention CIRDI »¹²⁷⁹.

À l'instar du Tribunal arbitral CIRDI, c'est bien l'arrêt *Lagrand* qui a constitué l'argument décisif de la création prétorienne du caractère contraignant des mesures provisoires dans la CEDH.

§ 2. Le développement prétorien du caractère contraignant des mesures provisoires

La Commission a très tôt entériné le fait que les mesures provisoires ne sauraient être contraignantes, faute de disposition conventionnelle *ad hoc*. Toutefois, elle a utilisé l'affaire *Cruz Varas*¹²⁸⁰ pour revoir sa pratique. Elle y a proposé que certaines situations permettent un constat de violation de l'article garantissant le droit au

¹²⁷⁸ CIRDI, *Victor Pey Casado Fondation Président Allende c. la République du Chili*, (Mesures Conservatoires), 25 septembre 2001, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2001, p. 577, para. 17.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, p. 578, para. 20.

¹²⁸⁰ ComEDH, *Cruz Varas c. Suède*, (rapport), 7 juin 1990.

recours individuel en cas de non-respect des mesures conservatoires. La Cour, dans la même affaire¹²⁸¹, a contredit la Commission et nié la possibilité d'étendre l'interprétation de l'article 25 CEDH, devenu l'article 34 après le Protocole n°11. Ce n'est que le 6 février 2003, dans *Mamatkulov et Abdurasulovic*¹²⁸², qu'une chambre de la Cour est revenue sur cette jurisprudence. Saisie par la Turquie, la Grande chambre a confirmé cette partie de la décision le 4 février 2005¹²⁸³, tout en procédant à certains ajouts et modifications. Le traitement de la valeur juridique des mesures provisoires par la Cour est extrêmement révélateur d'une utilisation possible des principes de droit international.

En l'espèce, les deux requérants ouzbeks vivants en Turquie alléguaient un risque de violation des articles 2 et 3 en cas d'extradition vers l'Ouzbékistan sur la base d'une convention bilatérale. Ils avaient été arrêtés en 1998 et 1999 en Turquie en vertu de mandats d'arrêts lancés par les autorités ouzbèkes et ils avaient saisi la Cour en mars 1999. Le 18 mars 1999, la Cour indiqua des mesures provisoires aux autorités turques, les engageant à repousser l'extradition jusqu'à la réunion de la chambre du 23 mars. Mais le Conseil des ministres turc signa le décret d'extradition sans attendre, soit le 19 mars. Lors de sa réunion du 23 mars, la chambre décida de proroger les mesures provisoires. Le 27, les requérants furent remis aux autorités ouzbèkes.

Pour la Cour s'est interrogé sur cette impatience turque :

« le fait pour le gouvernement défendeur de ne pas s'être conformé aux mesures que la Cour a indiquées en vertu de l'article 39 de son règlement pose la question de savoir s'il y a eu non-respect de l'engagement pris par l'État défendeur en vertu de l'article 34 de la Convention de ne pas entraver le droit de recours des deux requérants. »¹²⁸⁴

Ici, à la différence de l'affaire *Cruz Varas*, l'absence de clause explicite n'a pas été abordée. Il fallait uniquement déterminer la portée de l'article 34 et non pas décider une situation exceptionnelle. La question a même été reformulée de la manière suivante dans un des titres de l'arrêt :

¹²⁸¹ CourEDH, *Cruz Varas c. Suède*, 20 mars 1991, Série A 201.

¹²⁸² CourEDH, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, 6 février 2003.

¹²⁸³ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005.

¹²⁸⁴ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov*, *op. cit.*, § 99.

« 2. Sur le point de savoir si l'extradition des requérants a entravé l'exercice efficace du droit de recours »¹²⁸⁵

Dorénavant, il ne s'agit plus de savoir si une interprétation peut pallier l'absence de fondement conventionnel, mais si « l'exercice efficace du droit de recours a été entravé ». Et pour la Cour, la réponse était nette :

« La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 34 de la Convention, les États contractants s'engagent à s'abstenir de tout acte ou à se garder de toute omission qui entraverait l'exercice effectif du droit de recours d'un requérant. L'inobservation de mesures provisoires par un État contractant doit être considérée comme empêchant la Cour d'examiner efficacement le grief du requérant et entravant l'exercice efficace de son droit et, partant, comme une violation de l'article 34 de la Convention »¹²⁸⁶.

Évidemment, cette interprétation peut être perçue sous la forme d'une décision favorable aux individus. Pour le Président COSTA :

« Il n'est pas excessif de dire que l'application de l'article 39 a sauvé l'intégrité physique, la liberté et même la vie de nombreuses personnes vulnérables par définition »¹²⁸⁷.

Certainement, le caractère protecteur de certaines de ces mesures a été définitivement avéré¹²⁸⁸. Dans bien des cas, en l'absence du respect des mesures, le requérant aurait été déporté et soumis à des traitements contraires à l'article 3 CEDH. Un constat de violation obtenu des années après les faits serait une bien maigre consolation.

Il est ainsi fortement probable que les juges qui ont voulu aller vers des mesures provisoires obligatoires avaient prioritairement à l'esprit le bien-être des demandeurs. Cette dimension n'a pas été ignorée. Pour autant, il faut se pencher de manière

¹²⁸⁵ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I, § 104.

¹²⁸⁶ *Ibid.* §128.

¹²⁸⁷ « Discours lors de l'Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire 2011 », in *Dialogue entre juges « Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ? »*, 2011, Conseil de l'Europe, disponible <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/The+Court/Events+at+the+Court/Opening+of+the+judicial+year/Opening2011.htm>, consulté le 1 juillet 2012.

¹²⁸⁸ Voir, par exemple, l'étude conduite par ECRE et ELENA en prenant pour matériau d'étude des entretiens avec des avocats représentant des requérants dans divers pays du Conseil de l'Europe. ECRE et ELENA, *Research on ECHR Rule 39 Interim Measures*, 2012, <http://www.ecre.org/component/downloads/downloads/479.html> consulté le 3 juillet 2012.

beaucoup plus précise sur l'argumentation de la Cour avant de pouvoir conclure à l'interprétation « pro victima », d'abord sur l'automaticité de la violation (A) et ensuite sur le rôle joué par le droit international (B).

A. La faible justification par l'article 34 CEDH

L'analyse de l'article 34 a entraîné la Cour à poser trois propositions logiquement liées :

- 1) l'article 34 interdit les entraves à l'exercice efficace du recours ;
- 2) toute atteinte grave aux droits garantis, en cours de procédure, constitue une atteinte à l'efficacité du recours.
- 3) les mesures provisoires ne sont indiquées que s'il existe un risque d'atteinte grave aux droits de l'individu.

Pour que l'affirmation (3) entre dans le syllogisme constitué par les propositions (1) et (2), il faut accepter l'idée d'une équivalence entre le risque d'atteinte grave à un droit et l'atteinte grave à un droit garanti. Il faut donc confondre le risque d'une atteinte à l'atteinte elle-même. C'est une assimilation très approximative qui reviendrait par exemple, en droit pénal, à nier toute différence entre la mise en danger de la vie d'autrui et l'homicide.

Pourtant, la Cour elle-même doute de la permanence du lien entre les propositions (2) et (3) : il n'existe qu'« en général »¹²⁸⁹. C'est pourtant une condition nécessaire de la validité du raisonnement. Si cet argument est contestable alors le résultat l'est aussi.

Et c'est bien un des problèmes de la Cour. Pour établir que l'article 34 est violé automatiquement, quelles que soient les conditions d'octroi des mesures provisoires, il faut qu'il y ait, à chaque fois, une atteinte grave aux droits garantis. Il faut que le jugement provisoire de la Cour sur la situation donnée soit le meilleur possible. C'est assumer qu'elle possède, en toutes circonstances, un meilleur jugement que l'État en

¹²⁸⁹ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov Turquie*, GC, 4 février 2005, § 104.

cause sur le risque d'atteinte aux droits du requérant, malgré le caractère approximatif de la procédure¹²⁹⁰.

La doctrine fut hésitante¹²⁹¹ quant à savoir si le revirement de jurisprudence allait jusqu'à énoncer que l'article 34 était violé de manière systématique dans tous les cas de non-respect des indications de mesures provisoires¹²⁹² ou si, comme le souhaitaient la minorité de la Cour et la Commission dans l'affaire *Cruz Varas*, il y a une nécessité d'appréciation *in concreto* du dommage causé au droit de recours individuel.

Il ne fait aujourd'hui plus de doute que la Cour considère la violation comme automatique. Depuis l'affaire *Mamatkulov*, plusieurs arrêts ont constaté la violation de l'article 34 pour la simple raison du non-respect des mesures provisoires. Dans l'affaire *Aoulmi c. France* du 17 janvier 2006, la Cour a prononcé une nouvelle violation de l'article 34 et ce uniquement eu égard au non-respect des mesures provisoires visant à demander un sursis à la mesure d'expulsion face à des allégations de violation de l'article 3. Finalement, dans l'affaire *Olaechea Cahuas c. Espagne* du 10 août 2006, elle a explicitement tranché. Après un résumé de sa jurisprudence antérieure, elle a reconnu que les faits de l'espèce n'avaient pas permis de trouver de quelconques entraves *ex post* au droit du requérant du fait de son extradition en contravention des mesures provisoires indiquées. Pour trouver une violation de l'article 34, il lui fallait donc indéniablement justifier l'assimilation du risque à la violation du droit.

« Plus particulièrement, la Cour tient à signaler qu'une mesure conservatoire est, de par sa nature même, provisoire, et dont la nécessité est évaluée dans un moment historique précis en raison de l'existence d'un risque qui pourrait entraver l'exercice effectif du droit de recours garanti par l'article 34. Si la Partie contractante observe la décision d'appliquer la mesure provisoire, le

¹²⁹⁰ Voir PESCATORE, « Les mesures conservatoires et les référés », *op. cit.*

¹²⁹¹ Hélène TIGROUDJA a posé « l'absence de lien nécessaire de conséquence » et Olivier DE SCHUTTER a laissé la possibilité des deux interprétations. Hélène TIGROUDJA, « La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme. Observations sous l'arrêt du 6 février 2003, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie.* », *RGDIP*, 2003, p. 620 ; DE SCHUTTER, « La protection juridictionnelle provisoire devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 147.

¹²⁹² Philippe FRUMER, « Un arrêt définitif sur les mesure provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe. (Commentaire de l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005) », *RTDH*, 2005, p. 817 ; Bryony POYNOR, « *Mamatkulov and Askarov v. Turkey : the Relevance of Article 6 to Extradition Proceedings* », *EHRLR*, 2005, p. 413.

risque est évité et toute future entrave au droit de recours est éliminée. Au contraire, si la Partie contractante ne respecte pas la mesure provisoire décidée, le risque d'entraver l'exercice effectif du droit de recours continue et ce seront les faits postérieurs à la décision de la Cour et à l'inobservation du Gouvernement qui détermineront si le risque est devenu réalité ou s'il n'a pas été confirmé. Même dans ce dernier cas, la force de la mesure provisoire doit être jugée obligatoire. En effet, la décision de l'État quant au respect de la mesure ne peut pas être reportée dans l'attente d'une éventuelle confirmation de l'existence d'un risque. La simple inobservation d'une mesure provisoire décidée par la Cour en fonction de l'existence d'un risque est, en soi, une grave entrave, dans ce moment précis, à l'exercice effectif du droit de recours individuel¹²⁹³ ».

Comme le risque n'est pas équivalent à sa réalisation, la Cour a remanié le troisième argument pour en faire un argument d'autorité en alléguant que l'inobservation d'une mesure provisoire « est, en soi, une grave entrave ».

Par ce tour de force, la Cour parvient donc à constater dans le même paragraphe que le droit de recours est entravé même si cela n'affecte pas les droits garantis. L'atteinte au droit de recours est grave parce que la Cour le dit !

Dans une décision du 20 février 2007¹²⁹⁴, elle a été jusqu'à se demander si l'extradition d'un requérant qui avait fait une demande de mesures provisoires pouvait constituer une violation de l'article 34, tout en constatant dans le même temps que les mesures provisoires n'avaient pas été violées par le gouvernement, celui-ci n'ayant pas été averti. Elle a tout de même conclu à l'irrecevabilité de la requête sur cette base, mais on pourra s'étonner qu'il lui ait fallu en discuter aussi longuement.

En 2009, la Grande chambre de la Cour a été encore plus loin dans l'automaticité de la violation de l'article 34, dans l'arrêt *Paladi c. Moldova*¹²⁹⁵. Le requérant avait été incarcéré mais également admis pour des traitements spéciaux dans un hôpital civil. La Cour a accordé des mesures provisoires indiquant, le jeudi 10 novembre 2005,

¹²⁹³ CourEDH, *Olaechea Cahuas c. Espagne*, 10 août 2006, § 81.

¹²⁹⁴ CourEDH, *Al-Moayad c. Allemagne*, (déc.), 20 février 2007.

¹²⁹⁵ CourEDH, *Paladi c. Moldova*, GC, 10 mars 2009.

qu'il ne devait pas sortir de l'hôpital¹²⁹⁶. Le vendredi, le tribunal compétent n'a pu statuer sur cette demande et le requérant fut transféré, le même jour, dans un hôpital pénitentiaire. Le tribunal a finalement accédé le lundi 14 novembre à la demande du gouvernement ; le requérant fut alors réintégré dans l'hôpital civil. La Cour, à neuf voix contre huit, a estimé que ce retard de trois jours (incluant le week-end) dans la mise en œuvre des mesures provisoires constituait une violation de l'article 34, alors même que cela n'avait eu aucun impact négatif sur le requérant dont l'état de santé ne nécessitait en définitive aucun traitement.

Dans le droit fil de l'extension des obligations contenues par l'article 34, la Cour a constaté que « s'il apparaît par la suite que le dommage que la mesure provisoire visait à empêcher ne se produit pas alors même que l'État ne s'est pas pleinement conformé à la mesure provisoire, cette circonstance n'est pas non plus pertinente s'agissant d'apprécier si l'État concerné a respecté ses obligations au titre de l'article 34 »¹²⁹⁷.

Il faut aussi remarquer que la Commission avait refusé certaines requêtes pour violations de mesures provisoires sur la base du « défaut manifeste de fondement »¹²⁹⁸. Le fait même d'utiliser ce chef d'irrecevabilité prouve que les organes strasbourgeois peuvent, au moment d'émettre des mesures provisoires, avoir une vision « manifestement » fautive de la situation. Un des exemples les plus frappants a mis en cause la Suisse. Il s'agissait de requérants demandeurs d'asile qui se plaignaient de poursuites judiciaires fondées sur leurs seules opinions. Il s'est trouvé que la Suisse avait déjà eu affaires à nombre de ce type de demandes basées sur des faux grossiers de jugements de tribunaux nationaux¹²⁹⁹. Dans un tel cas, serait-il bien raisonnable de prononcer la condamnation d'un État pour non-respect des mesures provisoires ?

La seule exception que la Cour pourrait admettre serait l'existence d'« obstacles objectifs au respect de la mesure provisoire »¹³⁰⁰. L'extension prétorienne de l'obligation de se conformer aux mesures provisoires a donc été poussée à son paroxysme, et ce sur la base du droit international.

¹²⁹⁶ *Ibid.*, § 54.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, § 89.

¹²⁹⁸ NØRGAARD, « Interim measures », *op. cit.*, p. 287-288.

¹²⁹⁹ *Ibid.*

¹³⁰⁰ *Ibid.*, § 95.

B. Le rôle déclencheur du droit international

Le problème de la Cour dans *Mamatkulov* était que la plupart des arguments posés dans l'affaire *Cruz Varas* restaient pertinents, du moins tous ceux qui se rapportent à l'intention des États et à la « lacune » volontaire de la Convention. Le règlement de la Cour ne dispose toujours pas d'assise juridique très précise dans la Convention ; les États ont continué à refuser d'intégrer les mesures provisoires dans un protocole d'amendement. La Cour devait donc avoir recours à des ressources extérieures à la Convention pour pouvoir faire évoluer une position que de nombreuses personnes critiquaient. La situation paraissait bloquée, tout revirement de jurisprudence sans éléments nouveaux étant impossible, sauf à renoncer aux discours sur la nature apolitique de la mission du juge. Ainsi, il était devenu évident que la Cour devait faire jouer un rôle essentiel à la jurisprudence récente de la CIJ, seul changement véritable depuis l'arrêt *Cruz Varas*. Cela confirme que le droit international général est une ressource non négligeable de sa stratégie argumentative.

La décision de la CIJ est l'élément déclencheur, ou du moins celui qui justifie le revirement.

« La Cour examinera la présente affaire également sous l'angle des principes généraux du droit international en tenant compte du fait que, depuis l'arrêt *Cruz Varas et autres* précité, d'autres instances internationales se sont exprimées sur ce sujet »¹³⁰¹.

À la suite de cette référence, la Cour a cité sa jurisprudence qui affirme la place du droit international général. Puis elle a analysé la « jurisprudence » d'un certain nombre d'organes internationaux : le Comité des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la CIJ.

La majeure de son syllogisme est donc formulée ainsi :

- le droit international reconnaît que l'indication de mesures provisoires constitue le remède nécessaire aux atteintes aux droits commises en cours de procédure et qu'ainsi les mesures indiquées sont obligatoires pour toute juridiction internationale ;

¹³⁰¹ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I, § 110.

qu'elle peut ensuite associer facilement à la mineure :

- la Cour européenne est une juridiction internationale ;

et conclure par :

- la Cour européenne rend des mesures provisoires obligatoires.

Il faut se rappeler que, ce faisant, elle a inversé les conclusions émises une quinzaine d'années plus tôt par la Commission et la Cour, qui affirmaient l'indétermination du contenu du droit international en la matière. Deux possibilités existent alors : soit il y a eu un changement dans le contenu du droit international, soit la Commission et la Cour s'étaient trompées. La Cour a retenu la première proposition. Pour ce faire, elle a utilisé une série de décisions d'organes internationaux et l'on pourrait voir dans cette méthode comparative une recherche de principes généraux du droit international, de la même manière que la Cour recherche des principes généraux du droit interne¹³⁰².

Toutefois, il ne suffit pas de constater que les tribunaux internationaux ont certaines compétences ; ils évoluent en effet dans des environnements conventionnels différents.

D'un point de vue formel, c'est à l'arrêt *Lagrand* que la Cour consacre le plus de développement dans la partie « En droit » de son jugement. De plus, tous les arguments et toutes les jurisprudences citées plus haut par la Cour existaient déjà à l'époque de la décision *Conka* – décision venant confirmer l'arrêt *Cruz Varas* pour la nouvelle Cour –, à l'exception de *Lagrand*. Or, il eut été plus facile pour la Cour d'effectuer son revirement de jurisprudence lors de cette affaire. Cela lui aurait peut-être évité d'utiliser un argument que la doctrine unanime, y compris celle soutenant la décision¹³⁰³, qualifie au mieux d'inopérant, à savoir que l'arrêt *Cruz Varas* ne s'appliquait qu'à la Commission et non pas à la nouvelle Cour, alors même qu'elle a accepté le contraire dans la décision *Conka*. L'argument de la transformation par le Protocole n°11 du droit individuel de recours en un recours obligatoire¹³⁰⁴ aurait ainsi

¹³⁰² FRUMER « Un arrêt définitif sur les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 810-811.

¹³⁰³ Voir entre autres, Gérard COHEN-JONATHAN, « Sur la force obligatoires des mesures provisoires, L'arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c Turquie* », *RGDIP*, 2005, p. 422.

¹³⁰⁴ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I, § 122.

pu être utilisé de manière plus pertinente. Enfin et surtout, le principe de droit international que la Cour a dégagé est fondé sur l'effet utile de la procédure :

« l'observation de ces mesures était nécessaire pour l'effectivité de leurs décisions quant au fond. Dans le cadre du contentieux international, les mesures provisoires ont pour objet de préserver les droits des parties, en permettant à la juridiction de donner effet aux conséquences de la responsabilité engagée dans la procédure contradictoire »¹³⁰⁵.

C'est exactement ce que dit le long extrait de *Lagrand* cité par la Cour¹³⁰⁶. Ainsi, du point de vue des principes du droit international qu'elle a évoqués, c'est l'arrêt *Lagrand* qui paraît décisif. En tant qu'organe principal des Nations unies, la CIJ est dotée d'une légitimité accrue pour reconnaître les principes de droit international¹³⁰⁷. La Cour a donc utilisé cette jurisprudence aux fins d'étendre ses propres compétences.

Néanmoins, elle a décidé de relier la violation à un article de la Convention et non uniquement à l'article 39 du règlement de la Cour. Elle s'est appuyée sur l'article 34 CEDH *in fine* qui interdit aux hautes parties contractantes de prendre des mesures visant à restreindre la possibilité pour des individus de saisir la Cour. Pourtant, le raisonnement développé sur la base du droit international est aussi valable dans le cas d'une requête interétatique, prévue par l'article 33 CEDH. Mais ce dernier ne contient pas de disposition analogue à l'article 34 *in fine*. Bien que l'hypothèse du non-respect de mesures provisoires édictées dans le cadre d'une affaire interétatique relève davantage de la fiction, vu leur extrême rareté, il n'y a pas de raison pour que le constat fait sous l'article 34 ne soit pas applicable à la procédure interétatique, étant donné qu'il repose sur la nature même de la juridiction internationale.

Ceci vient confirmer l'artificialité de l'utilisation de l'article 34, alors même que c'est une violation de l'article 39 du règlement qui est visée. Certes, il est tout à fait compréhensible que la Cour ait refusé cette voie, proposée d'ailleurs par les requérants, et n'ait pas voulu se risquer à définir la valeur du règlement. Mais elle aurait pu viser toute la section instituant la Cour et la procédure, cela aurait évité de construire des interprétations douteuses sur la base de l'article 34.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, § 113.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, § 117.

¹³⁰⁷ Et dotant même la CIJ selon certains d'une position hiérarchique à l'égard des autres tribunaux internationaux, voir SHABTAI, *Provisional measures in international law, op. cit.*, p. 222.

En matière de mesures provisoires, les décisions de la CIJ et de la Cour se ressemblent. L'une et l'autre ont assigné les mêmes qualités à la fonction juridictionnelle internationale : efficacité, respect et capacité de prescrire des comportements¹³⁰⁸. Le modèle est celui des tribunaux internes, ce qu'exprime parfaitement l'analogie faite par la Cour sur la base de sa jurisprudence issue de l'article 13 CEDH, article garantissant le droit à recours interne effectif¹³⁰⁹. C'est très significatif de la volonté de « normaliser » la fonction juridictionnelle par rapport aux procédures nationales, même si la procédure strasbourgeoise est bien différente des recours internes¹³¹⁰. D'ailleurs, il a été noté que le pouvoir de prononcer des mesures provisoires n'est en réalité pas lié au pouvoir juridictionnel mais relève, au titre des actes dirigés contre l'État, d'une compétence liée à l'exercice de l'*imperium*. Or, comme le constate Constance GREWE, « la question de l'existence et de l'étendue de l'*imperium* demeure controversée, dès lors que ce pouvoir de commandement paraît étroitement lié à la puissance publique, celle de l'État et de "sa" souveraineté. »¹³¹¹

Pour les juges, il s'agit de renforcer leurs prérogatives, étant entendu que tout renforcement de leurs pouvoirs doit entraîner une meilleure justice¹³¹². Pour la CIJ, ce serait au bénéfice de la paix et pour la Cour, au profit des droits de l'homme en Europe. On peut toutefois douter d'une telle corrélation. Il est possible et même évident que c'est parfois le cas. Mais il est tout autant certain qu'une utilisation irraisonnée des pouvoirs de dire le droit pour augmenter ses propres prérogatives est porteuse de dangers concernant l'efficacité de l'institution et le respect du

¹³⁰⁸ GREWE, « Quelques réflexions sur la fonction de juger », *op. cit.*, p. 544.

¹³⁰⁹ CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I, § 124.

¹³¹⁰ D'une part, il ne s'agit pas d'un recours à l'encontre de décisions ou d'actes internes, mais bien d'une action tendant à faire constater une violation d'un droit garanti par la CEDH. D'autre part, cette action est soumise à des restrictions importantes voulues par les États comme, par exemple, l'épuisement des voies de recours internes, le délai de six mois, ou le nouveau critère *de minimis* qui font des conditions de recevabilité un filtre exceptionnel comme il n'en existe que peu au niveau interne.

¹³¹¹ GREWE, « Quelques réflexions sur la fonction de juger », *op. cit.*, p. 536.

¹³¹² Sur la tendance naturelle des institutions à confondre l'intérêt de l'institution avec les intérêts pour lesquels l'institution a été créée et l'impact négatif que cela peut avoir sur la protection des droits de l'homme, voir David KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue - reassessing international humanitarianism*, Princeton University Press, 2004 et également KOSKENNIEMI, « Human Rights Mainstreaming », *op. cit.*

mécanisme conventionnel par les États, comme ce fut le cas pour l'éphémère Cour de justice centraméricaine¹³¹³.

Concernant la CIJ, cela peut conduire certains États à continuer la politique initiée par des membres permanents du Conseil de sécurité qui donnent l'exemple de la dénonciation de la clause facultative de juridiction obligatoire de la CIJ, à chaque fois que la Cour est perçue comme sortant de sa fonction juridictionnelle. Par voie de conséquence, des interprétations non consensuelles peuvent affaiblir ce mécanisme juridictionnel international¹³¹⁴.

Concernant la Cour, dans le même registre, Lucius CAFLISCH, dans un article commentant l'affaire *Mamatkulov* à laquelle il avait participé, se demandait si cette décision « n'allait pas déclencher parmi ces États, une peur que la Cour essaye d'agrandir ses pouvoirs dans encore plus de terrains, détruisant ainsi le capital confiance construit au fil des ans entre la Cour et les États parties »¹³¹⁵.

Il se trouve que la deuxième possibilité envisagée le juge Caflisch s'est produite et cette solution a été plutôt traitée avec un « dédain bénin »¹³¹⁶. Toutefois, ce type de décisions vient entamer ce qui fait le capital confiance de la Cour. Or, celui-ci n'est pas sans limite, ce dont les juges eux-mêmes sont conscients. La baisse de ce capital peut les empêcher de faire d'autres modifications dans la jurisprudence sur des aspects qui auraient un plus grand bénéfice pour les requérants.

Or, ce caractère obligatoire des mesures provisoires n'est appelé à jouer que dans les rares circonstances où l'État en question pense avoir une meilleure perception des faits ou du droit que la Cour, ou qu'il estime devoir passer outre les indications de celle-ci pour des raisons politiques.

Du point de vue factuel ou juridique, certains exemples montrent clairement que l'État peut avoir une meilleure appréciation que la Cour. Cela fut par exemple le cas dans l'affaire *Cruz Varas*, où l'appréciation de l'État a d'ailleurs été confirmée *ex*

¹³¹³ Voir *supra*, Section 1.

¹³¹⁴ Les États-Unis ont d'ailleurs dénoncé la clause de juridiction contenue dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires après l'affaire *Lagrand*.

¹³¹⁵ « Will it not arouse, among those States, a fear that the Court may attempt to expand its powers in yet other areas, thus destroying the capital of trust built up, through the years, between the Court and the Contracting States? », Lucius CAFLISCH, « Provisional Measures in the International Protection of Human Rights: The Mamatkulov Case », in *Festschrift Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, 2006, p. 515.

¹³¹⁶ *Ibid.*

post, et de manière encore plus significative dans des affaires où la Commission avait fini par déclarer la requête manifestement mal fondée.

Mais qu'en est-il des requérants ? Il va sans dire qu'après expulsion, s'il y a violation de la Convention pour torture ou atteinte au droit à la vie, la situation du requérant a considérablement empiré. Néanmoins, la pratique des États est telle que seul un très faible nombre de situations concernant le non-respect des mesures provisoires est visé. Entre le 1^{er} janvier 1974 et le 27 novembre 2002, 321 demandes d'indication en mesures provisoires ont été accordées et les États ne les ont refusées que 10 fois.

Dans certaines de ces affaires, la Cour a constaté une absence de violation au fond. Par définition, ces refus d'appliquer les mesures provisoires n'ont pas d'impact sur les droits des requérants. Dans les très rares affaires pour lesquelles la Cour pourrait conclure à une violation *a posteriori*, on peut douter de l'efficacité de relever en plus de la violation au fond d'un droit substantiel, une violation de l'article 34¹³¹⁷. Enfin, il reste les affaires, encore moins nombreuses, où l'on ne peut que se perdre en conjectures sur ce qu'aurait apporté la possibilité pour les avocats de rester en contact avec les requérants et donc d'étoffer le dossier pour que la Cour puisse y voir une violation d'un droit substantiel. Ce sont les affaires du type *Mamatkulov* dans laquelle la Cour aurait peut-être pu trouver une violation de l'article 3 de la Convention en l'absence d'expulsion. Cette situation est peu satisfaisante du point de vue d'une logique judiciaire binaire du type violation / non-violation. En effet, la Cour aurait pu trouver une violation avant extradition, mais n'en trouve pas après ; plus précisément, il n'y a violation que parce que la Cour reste dans le domaine du potentiel et refuse d'intégrer la situation avérée.

Si on peut affirmer que la jurisprudence *Mamatkulov* permet de renforcer la protection des individus face aux violations potentielles, cette protection accrue relève elle aussi du virtuel. Certes, la Cour aurait pu se servir de ce caractère obligatoire pour multiplier les situations dans lesquelles elle peut formuler des injonctions durant la procédure et ainsi assouplir les conditions d'octroi, par exemple dans des situations de violation évidente et continue¹³¹⁸. Vu le temps que la

¹³¹⁷ Même si on doit évidemment espérer qu'avec la reconnaissance de leur caractère obligatoire les mesures seront toujours suivies, on peut dans le même temps douter que les États contractants puissent faire mieux alors qu'ils sont déjà très respectueux.

¹³¹⁸ On songe par exemple aux situations de détention dans des conditions contraires à l'article 3 ou à des violations des délais de l'article 5 ou 6.

juridiction strasbourgeoise met à trancher une requête, cela pourrait dans ce cas, mais dans ce cas uniquement, conduire à un renforcement de la protection des requérants. Néanmoins, comme la Cour a vu le nombre des demandes provisoires exploser à la fin des années 2000, elle a réagi par la création de nouvelles procédures de filtrage de ces demandes. Elle veut bien s'enorgueillir de protéger des individus, mais cela doit rester exceptionnel. Le Président COSTA a d'ailleurs utilisé son discours de rentrée en 2011 pour exprimer son inquiétude à cet égard :

« le recours à l'article 39, si vital soit-il pour l'effectivité des droits, menace de transformer [la Cour] en tribunal de premier degré de l'immigration, tout en absorbant une part excessive de son temps et de ses moyens humains, au détriment de l'examen des litiges au fond »¹³¹⁹.

Toutefois, en attendant une éventuelle évolution, le principal apport de ce revirement se situe au niveau de la Cour et non pas des requérants. Celui-ci lui a permis de renforcer ses pouvoirs, mais aussi l'image qu'elle se fait d'elle-même et que se fait d'elle la doctrine¹³²⁰ : une juridiction au moins aussi bien équipée et bien plus efficace que la Cour internationale de justice ; n'y en allait-il pas, selon les mots du Professeur COHEN-JONATHAN, de la « crédibilité du système de contrôle européen »¹³²¹ ?

On voit ici un suivisme de circonstance opéré par la Cour de Strasbourg. D'ailleurs, quelle bonne raison la Cour aurait-elle eue à ne pas emboîter le pas à la CIJ ? Il ne s'agit pas de savoir si le droit international général et la CEDH partagent des valeurs identiques mais davantage si les tribunaux internationaux, et même des organes de supervision non juridictionnels comme le Comité des droits de l'homme, possèdent des intérêts communs. La convergence du bénéfice de l'accroissement des pouvoirs permet d'ériger ces intérêts en jurisprudence. La position de la CIJ légitime celle de la Cour et du Comité des droits de l'homme. Le fait que la CIJ soit suivie par d'autres organes internationaux confirme que sa décision était la bonne et contribue à l'apparition de nouvelles opinions dominantes en droit international.

¹³¹⁹ COSTA, « Discours lors de l'Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire 2011 », *op. cit.*

¹³²⁰ La doctrine a majoritairement validé ce choix. COHEN-JONATHAN, « De l'effet juridique des "mesures provisoires" », *op. cit.* ; FRUMER « Un arrêt définitif sur les mesures provisoires », *op. cit.* ; GREWE, « Quelques réflexions sur la fonction de juger », *op. cit.* ; HAEK et BURBANO HERRERA, « Interim Measures », *op. cit.* ; TIGROUDJA, « La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme. », *op. cit.*

¹³²¹ COHEN-JONATHAN, « De l'effet juridique des "mesures provisoires" », *op. cit.*, p. 209.

On pourrait s'étonner que cet aspect intéressé de cette décision n'ait pas été davantage souligné par la doctrine¹³²². La Cour comme la CIJ ne devraient pas pouvoir statuer sans limites sur l'étendue de leurs propres prérogatives, sauf à les laisser s'en arroger de nouveaux. Pourtant, avec l'appui d'une doctrine conciliante, les tribunaux peuvent développer des positions hégémoniques servant leurs propres intérêts plus que les objectifs avoués.

¹³²² À titre d'exception, voir SOREL, « Le contentieux de l'urgence », *op. cit.*

Conclusion du Titre 1

L'intégration de la Convention dans le droit international a été particulièrement marquée en ce qui concerne l'interprétation des règles de fonctionnement de la Commission et de la Cour. Les trois thèmes étudiés dans ce titre – épuisement des voies de recours, non-rétroactivité des traités et mesures provisoires –, ont permis de mettre à jour différents aspects de la stratégie judiciaire de la Cour dans l'utilisation du droit international général.

On aurait pu croire que la résolution des tensions entre les objectifs du droit international et ceux de la Convention allait soit privilégier les opinions dominantes de la Cour soit les retravailler au bénéfice de la protection des individus. C'est une façon de décrire comment la Cour crée, par exemple, des exceptions à l'épuisement des voies de recours internes dans la pratique administrative ou dans sa volonté affichée de renforcer l'efficacité des mesures provisoires. On aurait pu y lire des pratiques « droits de l'homme ».

Pourtant, cette opposition entre les objectifs des droits de l'homme et ceux du droit international ne décrit que partiellement les tensions d'interprétation. En effet, ces dernières ont été intégrées dans le droit de la Convention par le biais de l'auto-observation. Nous avons mis à jour trois tendances dans ce processus : la disparition des références au droit international, l'imposition d'une grille de lecture basée sur une des valeurs du triptyque État de droit / démocratie / droits de l'homme, et enfin des valeurs qui sont déplacées au service des intérêts propres à la Cour.

Il s'ensuit que même dans le cas où le texte de la CEDH fixe le recours au droit international, les méthodes de reconnaissance de ce dernier comme opinions dominantes se perdent dans l'auto-observation et la reproduction des décisions. Ainsi les discussions portant sur le droit international, exprimées lors des premiers arrêts discutant l'application de la norme en question, disparaissent peu à peu, pour laisser uniquement place aux principes tels que redéfinis par la Cour. La référence au droit international n'a donc plus de sens opératoire mais devient juste une remarque mécanique. Dans un tel cas de figure, la Cour cesse de prendre en compte le droit international tel qu'il a évolué, mais ne l'applique plus que de la manière dont elle l'a intégré dans le passé et le réinterprète au présent. Cela apparaît clairement en ce qui concerne les notions d'épuisement des voies de recours internes, ou de

recevabilité *ratione temporis*, qui toutes deux ont été travaillées dès les débuts des travaux de la Commission.

Il en ressort que les principes ont été redéfinis selon une nouvelle grille de lecture qui dépend davantage des penchants interprétatifs de la Cour, et qui implique, par exemple, que l'interprétation ne puisse désormais être réellement pratiquée que dans un État de droit. Donc, à partir du moment où ils ont embrassé, même de manière superficielle, le langage du droit, les régimes, même totalitaires, se voient appliquer les éléments de l'état de droit dans le cadre de la recevabilité *ratione temporis*.

Et ce n'est pas tout. Les normes étudiées ici ont un rapport direct avec la pratique de la fonction juridictionnelle de la Cour. L'intégration de ces normes n'est pas uniquement importante au vu de l'impact de ces dernières sur les États et les individus, mais également sur la Cour elle-même. Dans le cadre de l'épuisement des voies de recours internes, il s'agit de protéger la Cour d'un nombre encore plus grand de requêtes. Le recours au droit international sert au moins autant la Cour que les États. Pour les mesures provisoires, et dans une moindre mesure pour la recevabilité *ratione temporis*, il s'agit de renforcer l'autorité et l'image de tribunal efficace que la Cour veut véhiculer. Dans ce cadre, le principe d'intégration du droit international général ne sert que très peu les intérêts fixés par les États. Ils servent essentiellement la Cour.

Titre 2. Un outil de renforcement de la légitimité de la Cour au regard des activités externes à la CEDH

Du point de vue de la procédure, les normes du droit international n'entrent pas en concurrence avec le système de la Convention, elles indiquent potentiellement des préférences différentes dans l'interprétation des normes. Un choix particulier de la Cour n'aura d'impact qu'entre elle et les États parties. Il en va autrement des principes qui régulent la compétence des États dans leurs relations avec les éléments extérieurs à la Convention que ce soit territorialement ou matériellement.

Dans ce contexte, l'interprétation d'une norme internationale à vocation à limiter la responsabilité des États. Celle-ci peut être restreinte d'une part dans une dimension territoriale de la juridiction étatique. Seuls les actes entrant dans la juridiction des États sont susceptibles de fonder une violation de la Convention. Ce concept limite donc leur responsabilité internationale dans la CEDH.

D'autre part, certaines situations peuvent être exclues de la compétence des États par le droit international. Des règles visant à préserver certains objectifs internationaux de coopération internationale restreignent la responsabilité internationale des États dans des situations où ils devraient normalement être comptables de leurs actions. Elles peuvent mener à des problèmes de non-justiciabilité pour des ingérences qui ont été commises avec l'accord (direct ou indirect) de l'État en question.

Ces exclusions entrent en conflit avec la position *pro victima*. Du point de vue de la victime, l'acte ou abstention d'un État partie ayant provoqué une atteinte à un droit garanti par la CEDH est ce qui importe, beaucoup moins qu'un État puisse être ou non reconnu techniquement coupable d'une violation. Une vision *pro victima* tendrait alors à réduire de telles exclusions. Or, certaines d'entre elles visent à favoriser la coopération internationale.

Les exclusions prennent d'abord une dimension territoriale via le concept de juridiction étatique car les actions étatiques hors juridiction doivent être soumises au droit régulant les relations internationales. La Cour, si elle a reconnu qu'elle devait

interpréter ce principe de territorialité à l'aune du droit international, ne l'a fait qu'en augmentant progressivement la capacité d'attraction de la CEDH (Chapitre 1) relativement à chaque État – et donc relativement à la Cour en ce qui concerne l'application territoriale de la Convention. Un processus d'atténuation progressive des problèmes liés aux immunités internationales a également été développé (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'extension progressive de la compétence extra-territoriale de la Cour justifiée par le droit international

La Convention, en tant que traité international, s'applique de manière traditionnelle aux territoires des États parties. Dans la plupart des cas, le champ d'application territorial de la Convention n'est pas mis en doute, et le problème de savoir ce que signifie le terme « juridiction » au sens de l'article 1 ne se pose pas, par exemple dans les cas de violences policières commises pendant une manifestation, ou dans le cas d'un problème de durée d'un procès. En effet, les actes étant commis (ou réputés commis¹³²³) sur le territoire de l'État défendeur, la juridiction va de soi.

Pour autant, cela ne résout pas les questions liées à l'application extraterritoriale de la Convention, lorsque les requérants allèguent des violations de la Convention pour des actes étatiques dont les effets portent en dehors du territoire. Avec la multiplication des actions engagées par les armées européennes hors de leur territoire (comme récemment en Irak, en Lybie ou en Afghanistan), cette question revêt une importance cruciale, et peut potentiellement affecter des millions de personnes. Du point de vue des États, il est également important de savoir quels sont les standards de comportement qui seront attendus, et comment ils peuvent en tenir compte dans leurs actions extraterritoriales.

L'article 1 de la Convention dispose que « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre 1 de la présente Convention. » *A contrario*, les États parties ne reconnaissent pas ces droits si les personnes ne relèvent pas de leur juridiction. De cet article, la Cour a ainsi déduit que la Convention avait été établie dans le cadre d'une organisation régionale, et qu'elle n'avait certainement pas vocation à s'appliquer de manière universelle :

« L'article 1 [...] fixe une limite, notamment territoriale, au domaine de la Convention. En particulier, l'engagement des États contractants se borne à

¹³²³ Par exemple, dans le cas des abstentions, comme l'absence de procès dans un délai raisonnable, il ne peut y avoir de localisation faute d'actes. Toutefois, nul n'a jamais remis en cause le fait que ces absences relevaient de la juridiction, car l'acte positif qui aurait dû être pris l'aurait été sur le territoire de l'État en question.

reconnaître (en anglais “to secure”) aux personnes relevant de leur “juridiction” les droits et libertés énumérés. En outre, la Convention ne régit pas les actes d’un État tiers, ni ne prétend exiger des Parties contractantes qu’elles imposent ses normes à pareil État. »¹³²⁴

Néanmoins, la Commission avait, avant la Cour, tracé une jurisprudence dans laquelle elle reconnaissait que « les Hautes Parties Contractantes sont tenues d’assurer ces droits et libertés à toute personne relevant effectivement de leur autorité et de leur responsabilité, non seulement lorsque cette autorité est exercée sur leur propre territoire, mais encore lorsqu’elle est exercée à l’étranger.¹³²⁵ »

Ce serait la vision la plus simple de la juridiction : une responsabilité dépendant de l’autorité exercée par l’État. Toutefois, cette vision a été rejetée explicitement par la formation solennelle de la nouvelle Cour en 2001, dans l’affaire *Banković*, où elle a affirmé la question de l’extraterritorialité ne saurait donc être qu’exceptionnelle et fondée sur des règles reconnues du droit international général.

« [Elle] considère que, du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d’un État est principalement territoriale. Si le droit international n’exclut pas un exercice extraterritorial de sa juridiction par un État, les éléments ordinairement cités pour fonder pareil exercice (nationalité, pavillon, relations diplomatiques et consulaires, effet, protection, personnalité passive et universalité, notamment) sont en règle générale définis et limités par les droits territoriaux souverains des autres États concernés.¹³²⁶ »

Mais depuis lors, des arrêts de Grande chambre de juillet 2011 dans les affaires *Al-Skeini* et *Al-Jedda*¹³²⁷ ont consacré le concept d’une juridiction à la fois basée sur le territoire et sur le contrôle.

Puisque la Cour en a fait usage pour établir la portée du terme juridiction, le rôle du droit international doit être analysé, d’autant plus que des conceptions contradictoires (ou du moins difficilement réconciliables) apparaissent dans l’application de sa doctrine de la notion de juridiction. En effet, pour de nombreux commentateurs, il

¹³²⁴ CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A 161, § 91.

¹³²⁵ ComEDH, *Chypre c. Turquie*, DR 13, p. 222.

¹³²⁶ CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, (déc.), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII, § 59.

¹³²⁷ CourEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011 ; CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011.

était difficile d'établir une cohérence dans la jurisprudence¹³²⁸. Et pourtant, cette question de la juridiction des États est cruciale quant à l'étendue *ratione loci* de la Convention, pour savoir qui est couvert et où.

Selon que l'on se place du point de vue des droits des individus, des États ou de la Cour, il existe des divergences sur ce que requiert l'effectivité du système. Ainsi, pour le juge Costa, même avec la décision *Banković*, « la Commission et la Cour n'ont pas cédé à la facilité, qui eut été d'adopter des conceptions plus restrictives de la notion de "juridiction" au risque d'entraîner de nombreux dénis de justice ; elles ont ainsi renforcé l'effectivité du respect des droits et libertés garantis par la Convention. »¹³²⁹

L'autre vision de l'effectivité est celle du mécanisme lui-même, comme présenté par le Président WILDHABER dans son discours d'ouverture de l'année judiciaire du 31 janvier 2002, lorsqu'il a commenté la décision *Banković* :

« Cet instrument n'a pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, et ne pourrait d'ailleurs le faire de manière efficace. Nous en revenons ainsi à l'efficacité de la Convention et des droits qu'elle protège. Lorsque nous appliquons la Convention, nous ne devons pas perdre de vue la portée pratique qui peut être donnée à ces droits. »¹³³⁰

Le binôme d'interprétation est ainsi composé de l'efficacité de la protection des droits et de celle du système. Il structure la jurisprudence et informe la séparation entre les opinions dominantes des opinions minoritaires.

Ainsi, pour pouvoir traiter de la juridiction, il est important de clarifier d'abord la portée de ce terme en droit international et dans la CEDH. Pour ce faire, la Cour a tenté de superposer des concepts qui possèdent à la fois des caractères communs

¹³²⁸ Voir par exemple, Gérard COHEN-JONATHAN, « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2002, p. 1069 ; Matthew, HAPPOLD « Bankovic v Belgium and the territorial scope of the European Convention on Human Rights », *HRLR*, 2003, p. 77-90 ; Rick LAWSON, « Life after Bankovic : on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights », in *Extraterritorial application of human rights treaties*, F. COOMANS et M. T. KAMMINGA (éd.), Intersentia, 2004, p. 83. Contra, voir la défense post-*Banković* portée par des juges prééminents de la CourEDH, Jean-Paul COSTA, « Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 483-500 ; Georg RESS « Problems of extraterritorial human rights violations : the jurisdiction of the European Court of Human Rights : the Bankovic case », *ItYIB*, 2002, p. 51-67.

¹³²⁹ COSTA, « Qui relève de la juridiction », *op. cit.*, p. 499.

¹³³⁰ *Rapport annuel de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 2001, Conseil de l'Europe, p. 23.

en droit international et dans la CEDH mais qui se distinguent également au niveau de leurs objectifs (Section 1), créant ainsi des problèmes de lisibilité et de compréhension.

Mais elle a finalement ouvert de nouvelles exceptions à la conception territoriale de la Convention en privilégiant l'objectif de lutte contre l'impunité (Section 2).

Section 1. Une juridiction « essentiellement territoriale »

Le terme « juridiction » apparaît dans l'article 1 de la Convention. Cet article possède deux effets. Le premier est de définir le cadre dans lequel les États reconnaissent qu'ils devront s'assurer que les droits inclus dans la Convention sont garantis. Le second est une conséquence du premier, mais est au moins aussi important car il implique la compétence de la Cour. Le Protocole n° 11 rend désormais obligatoire la reconnaissance du droit de recours individuel et de la compétence de la Cour. Dès lors, si une situation se trouve dans la juridiction d'un État, au sens de l'article 1, alors les États doivent respecter les droits substantifs de la Convention et la Cour a compétence pour en déterminer la violation. Ceci n'était bien entendu pas le cas avant, puisque les États pouvaient refuser la compétence de la Cour et le droit de recours individuel. Cela change la portée de la question de la définition du concept de juridiction, car les conséquences portent non seulement sur les obligations, mais aussi sur la compétence de la Cour pour établir ces constats.

Pour autant, le terme de juridiction n'est employé que depuis peu pour délimiter le champ d'application des traités internationaux. En droit international, il est davantage utilisé pour désigner la capacité des États à légiférer sur des situations dont certains éléments sont constitués à l'étranger¹³³¹. C'est pour cette raison que les problèmes de définition du terme de juridiction en droit international et dans la Convention (§ 1)

¹³³¹ Pour une analyse de la juridiction en droit international voir entre autres : Michael AKEHURST, « Jurisdiction in International Law », *BYBIL*, 1972, p. 145-257 ; Harold G. MAIER, « Jurisdictional Rules in Customary International Law », in *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Meessen, K. M. (ed.), Kluwer Law International, 1996, p. 64-102 ; Frederick A. MANN, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *RCADI*, 1964-I, t. 82, p. 9-162 et « International Jurisdiction Revisited After Twenty Years », *RCADI*, 1984, t. 186, p. 9 ; François RIGAUX, « La compétence extraterritoriale des États », *Annuaire de l'IDI*, 2001, p. 13-94 ; Cedric RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, OUP, 2008 ; Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, p. 7-52 et « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires Alvarez Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *AFDI*, 1992, p. 239-312.

conduisent à une absence d'équivalence entre les deux contextes (§ 2), malgré l'opinion contraire de la Cour.

§ 1. Une définition importée du droit international

Selon les catégories du dictionnaire de Gérard CORNU¹³³², le terme de juridiction est affecté à la fois de polysémie externe et de polysémie interne. Il possède en effet des sens différents, au regard du droit comme dans le vocabulaire de la vie courante. Le problème est que la polysémie interne n'est qu'indirectement reconnue par les juridictions compétentes, même si elle a été clairement indiquée par la doctrine¹³³³.

Pour le *Dictionnaire de la culture juridique*, la juridiction peut prendre les deux acceptions suivantes :

« 1 Mission de juger ; pouvoir et devoir de rendre la justice par application du droit.

2 Organe institué pour exercer le pouvoir de juridiction. »¹³³⁴

Ces définitions sont reliées à l'étymologie du terme, qui vient du latin *jus-dicere* : d'après cette définition originelle, le pouvoir juridictionnel est le pouvoir de dire le droit¹³³⁵.

Toutefois, comme le faisait remarquer VAN PRAAG dès 1915, « en Angleterre, on entend surtout par juridiction la compétence à exercer au nom de l'État un pouvoir, quel qu'il soit, y compris celui de légiférer. »¹³³⁶ Il s'agit donc d'une conception large, incluant les trois branches traditionnelles du pouvoir : législative, exécutive et judiciaire. Dans ce cas, le pouvoir juridictionnel est alors la mise en œuvre de l'ensemble des pouvoirs de l'État.

¹³³² CORNU, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

¹³³³ Voir Marko MILANOVIĆ, « From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties », 2008, *HRLR*, p. 426-427.

¹³³⁴ CORNU, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 954.

¹³³⁵ Philip C. JESSUP, « Jurisdiction », in *Readings in International Law from the Naval War College Review*, R.B. Lillich (ed.), Naval War College, 1980, p. 303.

¹³³⁶ L. VAN PRAAG, *Jurisdiction et droit international public*, Belinfante frères, 1915, p. 49.

Cohabitent ainsi une conception étroite de la juridiction, limitée au pouvoir juridictionnel, et une conception large. Il reste à déterminer laquelle est utilisée en droit international général.

A. Une juridiction à construire dans la CEDH

Dans la version française de la Convention, le mot juridiction apparaît hormis à l'article 1 aux articles 2 et 4 du Protocole 7. L'article 2 est d'ailleurs intitulé « Droit à un double degré de juridiction en matière pénale ». Le sens retenu ici est clairement le sens restreint du terme juridiction, désignant les tribunaux chargés de dire le droit.

Dans la version anglaise, en plus des articles 1 et 4 du Protocole 7, le terme *jurisdiction* est également employé dans les articles 30 à 32 et dans l'article 48. Ces articles traitent de la compétence de la Grande chambre et de la Cour en général (art. 32 et 48). Cela confirme bien la différence de conception entre le français et l'anglais dans l'usage du terme juridiction (*jurisdiction*). Le terme français plus usuel est celui de compétence.

Ainsi, contrairement à d'autres termes comme ceux de « loi » ou « tribunal », celui-ci apparaît avec des sens différents selon les articles de la Convention et du Protocole 7. Et ce n'est qu'à l'article 1 que le terme pose véritablement problème, et que le droit international général a été invoqué pour en cerner le contenu.

Néanmoins, il faut d'abord noter que, dans la Convention, la Cour recourt à ces notions de juridiction à des niveaux distincts. En effet, la « juridiction » de la Cour est dépendante de l'applicabilité de la Convention aux faits, comme déterminé par l'article 1. En application de l'article 1, la Cour doit vérifier si les actes incriminés entrent dans la « juridiction » de l'État concerné : il s'agit alors de la délimitation d'une juridiction étatique, de la localisation de l'exercice de la puissance étatique, telle qu'entendue en droit international. En faisant cela, elle circonscrit évidemment sa compétence et cherche donc à cerner sa propre juridiction. En somme, pour déterminer sa juridiction (compétence), elle délimite la juridiction (compétence) des États. Il est important de distinguer ces deux opérations. L'article 1 vise spécifiquement à déterminer la juridiction des États.¹³³⁷

¹³³⁷ Voir également, MILANOVIĆ, « From Compromise to Principle », *op. cit.*, p. 421.

Dans ce contexte, l'article 1 n'est pas le seul article pertinent pour déterminer le territoire d'application de la Convention. En effet, la CEDH contient, dans son article 56, une clause dite coloniale, permettant aux anciens empires possédant encore des territoires outre-mer de pouvoir moduler leurs engagements. Chaque État doit en effet procéder à une déclaration formelle de l'extension de la CEDH aux territoires « dont il assure les relations internationales »¹³³⁸. De plus, dans ces territoires, les obligations de la Convention « seront appliquées en tenant compte des nécessités locales »¹³³⁹. Cette mesure devant être reproduite pour chaque protocole, il est juste de constater, avec Symeon KARAGIANNIS, qu'il n'y a pas un territoire de la CEDH, mais plusieurs¹³⁴⁰. Cette clause continue d'être appliquée par la Cour¹³⁴¹, conduisant ainsi à une juridiction variable des États selon ces déclarations de l'article 56.

De plus, l'article 15 permet aussi de réduire, en cas de crise grave, les droits garantis dans un espace déterminé – créant *de facto* un nouveau type de territoire au regard de la Convention, bien qu'il ne s'agisse pas là d'une modification de la juridiction mais d'une variation *ratione materiae*.

De ces différentes visions, Emmanuel DECAUX démontre l'existence de deux logiques à l'œuvre dans la détermination du territoire de la Convention : une logique intégrative, basée sur l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe¹³⁴², et une logique volontariste, fondée sur les anciennes déclarations des articles 25, 46 concernant l'acceptation du droit de recours individuel et la juridiction de la Cour, et selon l'article 56 concernant les territoires ultra-marins (ancien article 63)¹³⁴³. Dans ce contexte, il pointait lui aussi déjà la difficulté à établir le territoire de la Convention, soit en tant qu'addition des territoires des États membres du Conseil de l'Europe, soit en tant que territoire du Conseil de l'Europe¹³⁴⁴. Le raisonnement n'est pas le même : en effet, si la juridiction des États peut être amputée d'une partie de son territoire, alors

¹³³⁸ Art. 53 CEDH.

¹³³⁹ *Ibid.*

¹³⁴⁰ Symeon KARAGIANNIS, « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. *Vaetera et nova.* », *RTDH*, 2005, p. 52-53.

¹³⁴¹ CourEDH, *Quark Fishing Ltd c. Royaume-Uni*, (déc.), 19 août 2006, Rec. 2006–XIV.

¹³⁴² « Article 3. Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre Ier. »

¹³⁴³ Emmanuel DECAUX, « Le territoire des droits de l'homme. », *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant - LGDJ, 1995, p. 65.

¹³⁴⁴ *Ibid.* p. 69.

un « trou » pourrait apparaître dans la protection au sein du territoire du Conseil de l'Europe.

S'il s'agit de prendre en compte le territoire de la Convention, alors la Cour pourrait retenir une interprétation plus intégratrice en cas de « trou » dans la protection en Europe, ce qui fut le cas dans *Loizidou*¹³⁴⁵.

En tout cas, la Cour peut se baser sur l'une ou l'autre de ces logiques pour interpréter la dimension territoriale de la Convention.

B. Une juridiction « essentiellement territoriale » en droit international

Dans la doctrine internationaliste francophone, les questions de juridiction de l'État sont habituellement traitées sous la terminologie des compétences. Le terme de juridiction est d'habitude entendu dans sa conception étroite, désignant les tribunaux d'un État considérés dans leur ensemble.

Or, l'article 1 de la Convention repose clairement sur la conception large, qui existe également en droit international général. Dans un contexte où il est traduit par « compétence nationale », comme à l'article 2 par. 7 de la Charte des Nations unies par exemple, le terme *jurisdiction* désigne l'ensemble des pouvoirs ou compétences de l'État.

Mais pour en définir le sens, il est important de préciser le contexte dans lequel le terme est employé.

En droit international, la juridiction étatique est perçue comme le lieu de réalisation de la souveraineté. Celle-ci s'exerce à travers les organes de l'État, qu'ils soient exécutifs, législatifs ou judiciaires. En effet, « la souveraineté est la qualité consubstantielle de cet être bien particulier qu'est l'État, au point que parler de souveraineté, c'est en réalité parler d'État »¹³⁴⁶. Il devient alors possible de transformer la définition de juridiction en « espace de souveraineté de l'État ». Une telle conception de juridiction renverrait plutôt à une addition du pouvoir d'usage de la contrainte ou compétence d'exécution, et de la compétence normative dans ses deux

¹³⁴⁵ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), GC, 23 mars 1995, Série A 310.

¹³⁴⁶ Hélène RUIZ-FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », *Mélanges Fromont*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 372.

dimensions de pouvoir édicter des normes (compétence législative) et pouvoir de statuer sur le respect des normes (compétence juridictionnelle).¹³⁴⁷

Et « parce que le territoire est en droit international l'un des éléments constitutifs de cet État abstrait, il participe du même caractère. Il est l'espace de souveraineté dont dispose à titre exclusif tout État. »¹³⁴⁸ Ainsi, le territoire est l'espace de souveraineté par excellence des États, et il forme logiquement le fondement de leur juridiction.

Toutefois, si l'on veut distinguer les dimensions internes et externes de la souveraineté vis-à-vis du territoire, il faut alors séparer l'exercice de la compétence d'exécution et la compétence normative.¹³⁴⁹

Sur son territoire, la souveraineté de l'État est censée pouvoir s'exercer dans sa plénitude. Le gouvernement a seul le droit de mettre en œuvre ses pouvoirs. Cette conception a été développée dans la décision classique de l'arbitre HUBER :

« La souveraineté, dans les relations entre États, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer à l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques. Le développement de l'organisation nationale des États durant les derniers siècles et, comme corollaire, le développement du droit international, ont établi le principe de la compétence exclusive de l'État en ce qui concerne son propre territoire, de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux. »¹³⁵⁰

Il existe donc un lien très étroit entre juridiction, compétence, et territoire : ce n'est que sur son territoire qu'un État a le droit d'exercer sa pleine juridiction. La liberté des États (souveraineté) est limitée par le concept d'égalité des États entre eux, et ce principe a conduit à ceux de l'intégrité territoriale et de non-ingérence dans les affaires intérieures. Si l'on y ajoute le principe de prohibition de l'usage de la force, alors ce n'est qu'au sein du territoire que la compétence d'exécution de l'État peut être légalement mise en œuvre. En conséquence, la CIJ a affirmé que :

¹³⁴⁷ STERN. « Quelques observations », *op. cit.*, p. 11.

¹³⁴⁸ FLORY, « Le couple État-territoire », *op. cit.*

¹³⁴⁹ MANN, « Jurisdiction revisited », *op. cit.*, p. 20.

¹³⁵⁰ *Affaires des îles Palmas*, RSA II, p. 281.

« les effets du principe de respect de la souveraineté territoriale et ceux des principes de l'interdiction de l'emploi de la force et de la non-intervention se recouvrent inévitablement jusqu'à un certain point »¹³⁵¹.

À l'extérieur du territoire, il est nécessaire d'obtenir le consentement de l'État en question ou de s'inscrire dans le contexte d'une autre exception comme celle de l'autorisation de l'usage de la force par une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies.

Toutefois, si le principe de l'usage de la compétence d'exécution est clairement limité, il n'en va pas de même de la compétence normative. Comme il n'existe pas de limite territoriale de principe à une compétence de l'État, les discussions sur la compétence des États s'élargissent. La position de principe de la libre compétence normative extra-territoriale fut énoncée par la CPJI dans l'affaire du *Lotus* :

« la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure - sauf l'existence d'une règle permissive contraire - tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale ; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.

Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. [...] Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. »¹³⁵²

La position de principe doit donc être distinguée selon qu'il s'agit de la compétence d'exécution ou de la compétence législative. La première est essentiellement territoriale, la seconde est libre (sauf exception du droit international). Selon cette

¹³⁵¹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *Rec. 1986*, p. 128.

¹³⁵² CPJI, *Lotus* (France c. Turquie), 7 septembre 1927, Série A n° 10, p. 18-19.

perspective, l'application extraterritoriale des lois ne pose donc pas de problème de principe en droit international. Et vu la liste des principes permettant l'application extraterritoriale de cette compétence – principes de « nationalité, pavillon, relations diplomatiques et consulaires, effet, protection, personnalité passive et universalité » selon la liste traditionnelle posée dans l'arrêt *Banković*¹³⁵³ –, il est douteux qu'elle soit une exception.¹³⁵⁴

C'est en gardant cette idée à l'esprit qu'il faut alors revenir sur la position de principe de la Cour de Strasbourg telle qu'elle a été développée dans l'affaire *Banković*. Comme l'ont noté¹³⁵⁵ de nombreux commentateurs, elle a en effet laissé en suspens de nombreuses questions. Si la Cour y a rejeté la possibilité de découper la juridiction en fonction de l'étendue du contrôle, elle n'a pas refusé celle d'une application extra-territoriale de la Convention.

§ 2. Un emprunt malheureux

Pour deux professeurs de droit international et anciens juges de la Cour de Strasbourg et de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, Lucius CAFLISCH et Antonio A. CANÇADO TRINDADE, « la notion de juridiction ou compétence est sensiblement la même dans le contexte du droit international général et dans celui de la Convention de 1950 »¹³⁵⁶, ce qu'a également affirmé la Cour de Strasbourg (A). Pour autant, les définitions considérées font apparaître des contextes différents, ce qui crée des difficultés insurmontables lorsqu'il s'agit de systématiser la jurisprudence de la Cour (B).

¹³⁵³ CourEDH, *Banković*, *op. cit.*, § 59.

¹³⁵⁴ Il est d'ailleurs débattu en doctrine de savoir si le principe est toujours la liberté comme affirmé dans le *Lotus*, ou bien si une loi doit forcément pouvoir s'appuyer sur un des critères acceptés en droit international. Quoi qu'il en soit, vu leur nombre et leur étendue, cette question présente peu d'intérêt pratique dans le cadre de la CEDH. Pour une présentation du débat voir : STERN, « L'extraterritorialité revisitée », *op. cit.*

¹³⁵⁵ Voir par exemple, HAPPOLD, « *Bankovic v Belgium* », *op. cit.*, p. 90 ; LAWSON, « Life after *Bankovic* », *op. cit.*, p. 121-123 ; Michael O'BOYLE, « The European Convention on Human Rights and extraterritorial jurisdiction : a comment on "life after *Bankovic*" », in *Extraterritorial application of human rights treaties*, *op. cit.*, p. 138-139.

¹³⁵⁶ Lucius CAFLISCH et Antonio A. CANÇADO TRINDADE, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004, p. 34.

A. L'imposition d'une définition commune en droit international et dans la CEDH

Si la question de l'application territoriale de la Convention s'était posée avant 2001, ce n'est que dans l'affaire *Banković* qu'elle a développé un principe général : qu'elle « considère que, du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale. »¹³⁵⁷ Pour ce faire, elle a fait jouer un rôle déterminant au droit international.

Ainsi la Cour assume-t-elle une position de principe simple : elle applique le droit international général. Jusqu'alors, la décision la plus importante en matière d'application territoriale de la Convention était *Loizidou*, qui avait opéré un élargissement de la juridiction pour inclure les actes de l'armée turque dans la partie septentrionale de Chypre, qu'elle occupait. Dans cette affaire, la Cour n'avait fait qu'un usage implicite du droit international général.

Dans *Banković*, les requérants avaient déposé une requête à l'encontre de tous les États membres du Conseil de l'Europe également membres de l'OTAN. Il s'agissait en effet de proches des victimes du bombardement du siège de la radio-télévision serbe de Belgrade en 1999 par des avions de l'OTAN. La Cour devait dire si cette attaque pouvait tomber sous la juridiction d'un ou plusieurs États contractants.

Afin d'interpréter l'article 1 de la Convention, la Cour a, de manière consensuelle, recouru aux principes d'interprétation des traités énoncés dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Elle en a conclu à la nature « essentiellement territoriale » de la juridiction.

Il est important de citer et d'analyser le détail de son argumentation :

« 59. En ce qui concerne le “sens ordinaire” des termes pertinents figurant dans l'article 1 de la Convention, la Cour considère que, du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale. Si le droit international n'exclut pas un exercice extraterritorial de sa juridiction par un État, les éléments ordinairement cités pour fonder pareil exercice (nationalité, pavillon, relations diplomatiques et

¹³⁵⁷ CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, (décision), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII, § 59.

consulaires, effet, protection, personnalité passive et universalité, notamment) sont en règle générale définis et limités par les droits territoriaux souverains des autres États concernés [...].

60. Ainsi, par exemple, la possibilité pour un État d'exercer sa juridiction sur ses propres ressortissants à l'étranger est subordonnée à la compétence territoriale de cet État et d'autres [...]. De surcroît, un État ne peut concrètement exercer sa juridiction sur le territoire d'un autre État sans le consentement, l'invitation ou l'acquiescement de ce dernier, à moins que le premier ne soit un État occupant, auquel cas on peut considérer qu'il exerce sa juridiction sur ce territoire, du moins à certains égards [...].

61. Aussi la Cour estime-t-elle que l'article 1 de la Convention doit passer pour refléter cette conception ordinaire et essentiellement territoriale de la juridiction des États, les autres titres de juridiction étant exceptionnels et nécessitant chaque fois une justification spéciale, fonction des circonstances de l'espèce [...]. »¹³⁵⁸

Dans cette première étape, la Cour était à la recherche du sens ordinaire du terme de juridiction en droit international public. Elle présupposait donc l'identité des concepts en droit international et dans l'article 1 de la CEDH. Concernant ce sens ordinaire, ses propositions ne font l'objet d'aucune controverse, pas même du fait d'auteurs qui s'opposent par ailleurs à la conclusion de la Cour. La présentation qui est faite du droit international est assez standard ; la Cour cite d'ailleurs un nombre important d'auteurs¹³⁵⁹. Les seules divergences de la doctrine, non évoquées ici car non pertinentes en l'espèce, portent sur la nature du principe régissant l'étendue de la liberté législative des États.

L'argument du paragraphe 60 des limites extra-territoriales de la compétence d'exécution est également généralement accepté par les auteurs¹³⁶⁰. Pour autant, la conclusion ne peut être directement déduite des paragraphes précédents. En effet, la Cour procède à des amalgames rendant sa conclusion douteuse. Le problème essentiel provient de la différence de fonction entre la juridiction en droit international

¹³⁵⁸ *Ibid.*

¹³⁵⁹ Ces références ont été omises et remplacées par des parenthèses pour améliorer la lisibilité.

¹³⁶⁰ Voir *supra*.

et dans la Convention, ce qui a conduit à cette imposition malheureuse d'une définition commune à ces deux champs.

B. Un concept aux contours différents dans la CEDH

Le premier problème relevé par la doctrine¹³⁶¹ est que la Cour a mélangé les compétences d'exécution et celles qui sont normatives. Si tout ce que la Cour a dit concernant la nature essentiellement territoriale de l'exécution est exact, cela n'est pas suffisant pour en tirer des conclusions similaires concernant la dimension normative.

Du coup, la conséquence tirée par la Cour au paragraphe 61 de l'arrêt *Banković*, de la nature « essentiellement territoriale de la juridiction des États » est basée sur une approximation. Elle n'est pas directement problématique dans le cadre de la Convention : en effet, la question de la juridiction de la Cour ne se pose pas lorsqu'il s'agit d'une application de la loi nationale devant les tribunaux nationaux, même si les conséquences ont eu lieu à l'étranger. Par exemple dans l'affaire *W.K.*, la situation ressortait de la juridiction de l'Italie car celle-ci avait accepté de reconnaître l'exequatur de décisions prises par un tribunal polonais en ratifiant la Convention de 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger, alors même que le fond de l'affaire portait sur un problème de pension alimentaire¹³⁶². Et dans l'affaire *Markovic*, une affaire portant sur le refus des tribunaux italiens de statuer sur la participation de l'Italie aux bombardements de l'OTAN en Yougoslavie de 1999 (le même problème de fond que pour l'affaire *Banković*) la Cour a reconnu sa compétence :

« La Cour estime qu'à partir du moment où une personne introduit une action civile devant les juridictions d'un État, il existe indiscutablement un "lien juridictionnel" au sens de l'article 1 de la Convention, et ce sans préjuger de l'issue de la procédure. »¹³⁶³

Ainsi la juridiction de l'État est-elle engagée dès que les tribunaux nationaux sont saisis, même si le lien juridictionnel se limite aux problèmes liés avec l'article 6 CEDH garantissant le droit au procès équitable.

¹³⁶¹ MILANOVIĆ, « From compromise to principle », *op. cit.*, p. 423-424 ; HAPPOLD, « *Bankovic v Belgium* », *op. cit.*, p. 87-88.

¹³⁶² CourEDH, *W. K. c. Italie*, 20 juillet 2004.

¹³⁶³ CourEDH, *Markovic et autres c. Italie*, GC, 14 décembre 2006, § 54.

En application de l'obligation d'épuisement des voies de recours internes, les griefs devant la Cour seront portés à l'encontre d'une décision judiciaire de l'État défendeur, dans un contexte où il reconnaît sa compétence à travers ses tribunaux. Le problème se poserait seulement si les tribunaux nationaux pouvaient rejeter leur compétence en raison de l'extra-territorialité. Puisque cette hypothèse ne s'est pas posée devant la Cour, la question de juridiction n'affecte que les actes extraterritoriaux sur la base de la compétence d'exécution. Ainsi, la conclusion sur cette base semble raisonnable en droit international.

Pour la Cour, son interprétation est confortée par les travaux préparatoires. Le mot juridiction n'a été introduit dans le projet de Convention que tardivement – le premier projet faisait référence au territoire des États. La décision d'insérer le terme juridiction fut prise par le Comité d'experts¹³⁶⁴ :

« Le projet de l'Assemblée avait attribué le bénéfice de la Convention à “toute personne résidant sur le territoire des États signataires.” Il a semblé au Comité que le terme “résidant” pourrait être considéré comme étant trop restrictif. En effet, il y aurait lieu d'accorder le bénéfice de la Convention à toute personne se trouvant sur le territoire des États signataires, même à celles qui ne sauraient être considérées comme y résidant au sens juridique du mot. D'ailleurs, ce sens n'est pas le même selon toutes les législations nationales. Le Comité a donc remplacé le terme “résidant” par les mots relevant de leur juridiction”, qui figurent également dans l'article 2 du projet de Pacte de la Commission de l'ONU.¹³⁶⁵ »

La Cour est revenue vers ces travaux préparatoires pour confirmer l'interprétation du terme « juridiction », en conformité avec l'article 31 paragraphe 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant le recours aux travaux préparatoires. Elle a déduit de ces travaux que les rédacteurs n'avaient nullement l'intention d'étendre l'applicabilité de la Convention à des situations existant hors du territoire des États parties, mais uniquement de faire en sorte que toutes les situations se produisant sur le territoire d'un État puissent être soumises à la Convention.

¹³⁶⁴ Il s'agit d'une « commission [...] chargée d'élaborer le projet d'une Convention pouvant servir de base aux discussions ultérieures du Comité sur cette question » et composé d'un expert choisi par chaque gouvernement », *Travaux préparatoires CEDH*, vol. II, p. 297.

¹³⁶⁵ *Travaux préparatoires CEDH*, vol. III, p. 261.

Toutefois, cette interprétation restrictive a été remise en cause, notamment par Rick LAWSON¹³⁶⁶, selon lequel il faut plutôt voir dans ce retrait du terme « territoire » une absence de réflexion sur l'application extraterritoriale¹³⁶⁷. Par exemple, si le Comité avait souhaité limiter l'application au « territoire », mais en incluant toutes les personnes qui y circulent, il aurait pu adopter la formulation « toute personne sur le territoire ». De plus, il fut proposé en sous-comité de rédaction de remplacer « résidant » par « vivant » et donc d'aboutir à un résultat similaire. Le fait que le mot « résidant » ait été délibérément écarté pourrait démontrer que l'objectif d'application aux personnes non-juridiquement résidentes mais présentes sur le territoire aurait été couvert, sans exclure l'application extra-territoriale. Quoi qu'il en soit, la Cour n'a utilisé les travaux préparatoires qu'en confirmation de son interprétation, et non comme argument décisif.¹³⁶⁸

Un autre argument aurait pu être avancé, reposant sur l'article 29 de la Convention de Vienne qui énonce qu'à moins qu'une intention différente « un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire. » Or selon la CDI, cet article ne saurait régler la question de l'application extraterritoriale d'un traité¹³⁶⁹. Il établit uniquement une présomption d'application du traité sur l'ensemble du territoire de l'État contractant. La Cour ne conteste aucunement cette interprétation, d'ailleurs parfaitement compatible avec sa conclusion. Cependant, ce n'est pas cet argument qu'elle a retenu.

En effet, la Cour a également invoqué la pratique des États comme venant conforter cette interprétation. Spécialement, elle a noté que les États n'ont jamais posé de dérogation basée sur l'article 15 visant les actes militaires commis à l'étranger. Si c'est exact d'un point de vue factuel, il est malaisé d'en tirer des conclusions sur les conséquences de l'absence d'action. Il est en effet difficile de voir dans une absence de déclaration une cause unique qui serait l'absence de caractère contraignant. Des raisons politiques, ou même l'absence de questionnement sur la possibilité de l'application de la règle, ont pu entraîner ce résultat. Comme toujours, évaluer la

¹³⁶⁶ LAWSON, « Life after Bankovic », *op. cit.*, p. 83; voir également Loukis LOUCAIDES, « Determining the Extra-territorial Effect of the European Convention : Facts, Jurisprudence and the Bankovic Case », *EHRLR*, 2006, p. 391.

¹³⁶⁷ LAWSON, « Life after Bankovic », *op. cit.*, p. 89-90.

¹³⁶⁸ CourEDH, *Banković*, précité, § 66.

¹³⁶⁹ « À son avis, il n'est pas possible de formuler le droit qui régit l'application extra-territoriale des traités en se référant simplement à l'intention des parties, ou à leur intention présumée ; elle a estimé que la tentative de traiter de tous les problèmes délicats de la compétence extra-territoriale dans le cadre du présent article serait déplacée et imprudente. », *Annuaire CDI*, 1966, vol. II, p. 233.

raison ayant poussé un État à l'action, et encore plus à l'inaction, reste un exercice périlleux, puisqu'il n'existe aucun accès objectif à la conscience de l'État – si tant est qu'il en ait une¹³⁷⁰.

Au final, il serait possible de conclure avec la Cour qu'en droit international la juridiction est essentiellement territoriale, et que les exceptions en matière d'exercice de la puissance publique sont réduites à celle du consentement, de l'auto-défense, de l'occupation et des autorisations du Conseil de sécurité. Hors de ces exceptions, il semble conforme au droit international général d'affirmer que les actes de bombardements ne déclenchent pas de juridiction au sens du droit international public.

De plus, il semble raisonnable de croire que les États n'avaient ni envisagé, ni souhaité une application de la Convention en dehors de leur territoire métropolitain, surtout pas les États qui procèdent régulièrement à des actions militaires hors de leur territoire.

La volonté des principaux États du Conseil de l'Europe ne peut cependant pas servir de fondement à l'interprétation de la CEDH, et la Cour l'a d'ailleurs communément admis dans d'autres circonstances.¹³⁷¹ Encore une fois, la structure du droit international offre un choix entre préférer la protection de la souveraineté des États et l'efficacité des normes.

Si l'on revient à la question du rôle joué par le droit international, le problème est comme l'a fait remarquer le juge RESS¹³⁷², qu'il n'existe pas d'opinions dominantes affirmées quant à la définition des conditions de l'extraterritorialité des traités.

Plus encore, le problème de la construction interprétative de la Cour réside dans la superposition de la fonction de la juridiction en droit international avec celle de l'article 1 de la CEDH. En effet, la juridiction en droit international est permissive¹³⁷³ : elle offre à l'État la possibilité d'agir, mais ne l'oblige en rien à le faire. Concernant l'exercice de sa souveraineté, chaque État est libre d'agir selon ses propres intérêts. Un État agissant en absence de lien juridictionnel opère

¹³⁷⁰ Voir par exemple, les débats de la doctrine sur l'établissement de l'*opinio juris*. Supra Première partie.

¹³⁷¹ Voir la tentative peu convaincante de distinction avec le contrôle en matière de réserves et de déclarations, CourEDH, *Banković*, précité, § 64.

¹³⁷² RESS, « Problems of extraterritorial human rights violations », *op. cit.*, p. 58.

¹³⁷³ Voir supra et STERN, « Quelques observations », *op. cit.*, p. 20.

illégalement, mais même en ce cas le droit international continue de s'appliquer, et l'État est toujours responsable de ses actes. La juridiction sert à maîtriser les interactions entre les États pour qu'ils puissent avoir chacun une liberté équivalente. Mais elle ne limite pas la juridiction (compétence) des tribunaux internationaux pour pouvoir traiter d'actes illégaux.

Dans la CEDH, le déclenchement de la juridiction pose les obligations de respect des droits garantis : il ne s'agit plus de liberté d'agir mais de devoir d'action. La juridiction délimite la sphère d'action au sein de laquelle les États doivent respecter la Convention. Si l'on retenait la vision du droit international, un État allant au-delà de sa juridiction contreviendrait au droit international par intrusion dans la souveraineté d'un autre État. Mais ce n'est pas la conception retenue : l'action hors juridiction dans la CEDH entraîne l'absence de responsabilité. En somme, ce principe possède des effets pouvant être interprétés comme allant à l'encontre de l'idée de prééminence du droit telle qu'affirmée dans la Convention, en permettant un double standard selon que les actes entrent ou non dans la juridiction¹³⁷⁴.

Évidemment, il existe également des similitudes entre les deux concepts de juridiction dans la CEDH et en droit international. Si la compétence (juridiction) est exclusive en droit international, alors l'État est le seul à pouvoir protéger les droits individuels. C'est par exemple le cas de l'usage de la puissance publique sur le territoire national, ou des aéronefs, navires et ambassades, qui possèdent des statuts particuliers entraînant une compétence exclusive des États au-delà de leur territoire. Dans ce cas, les deux concepts juridictions se superposent.

Le problème réside surtout dans le fait que la juridiction est, en droit international, un critère normatif, indépendant de l'action des États. Au contraire, la CEDH réagit aussi bien aux situations légales en droit interne qu'aux situations illégales : elle dépend surtout des faits¹³⁷⁵.

Ce qu'ont noté de nombreux commentateurs¹³⁷⁶, c'est que la définition de la juridiction en droit international, telle que développée par la Cour, ne permet pas de

¹³⁷⁴ Gérard COHEN-JONATHAN, « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2002, p. 1082 ; HAPPOLD, « *Bankovic v Belgium* », *op. cit.*, p. 88 ; LAWSON, « *Life after Bankovic* », *op. cit.*, p. 123.

¹³⁷⁵ Voir également, HAPPOLD, « *Bankovic v Belgium* », *op. cit.*, p. 83.

¹³⁷⁶ Cette situation a poussé Marko MILANOVIĆ à créer, pour définir la juridiction dans les traités relatifs aux droits de l'homme, un nouveau concept qui n'aurait rien à voir avec le droit international

réconcilier certaines des applications jurisprudentielles faites par la Commission et par la Cour elle-même après la décision *Banković*¹³⁷⁷. En effet, dans plusieurs arrêts, la Cour a accepté la juridiction de l'État défendeur pour des actes commis en dehors de son territoire par des agents de l'État disposant du pouvoir d'exercice de la contrainte physique. Ces arrêts ne sont pas compatibles avec la doctrine *Banković*, mais ils vont dans le sens de la lutte contre l'impunité. Finalement, en 2011, la Cour a revu sa position dans l'affaire *Al-Skeini* en revisitant et en élargissant les critères d'attribution de la juridiction en cas d'action extraterritoriale.

Section 2. L'extension d'exceptions à la territorialité pour lutter contre l'impunité

De nombreuses voix se sont élevées pour critiquer la décision *Banković*¹³⁷⁸ et son principe d'application essentiellement territorial de la juridiction. Les premières ont souligné l'absence de cohérence de la jurisprudence qui exclut les cas d'exercice de la contrainte physique à l'étranger¹³⁷⁹. D'autres ont contesté le principe même de ne pas appliquer la Convention pour des bombardements¹³⁸⁰.

Au final, il semble que dans la décision *Banković* le résultat était plus important que la méthode, et qu'il s'agissait surtout d'un arrêt de principe sur un cas difficile politiquement¹³⁸¹. La Cour n'aurait pas souhaité statuer sur la légalité de bombardements jugés illégaux par l'essentiel de la doctrine. De plus, les opérations menées contre la Yougoslavie en 1999 n'ont pas été les seules qui n'aient pas reçu

général, Marko MILANOVIĆ, *Extraterritorial Application Of Human Rights Treaties: Law, Principles, And Policy*, OUP, 2011, p. 425.

¹³⁷⁷ Voir par exemple, Gérard COHEN-JONATHAN, « À propos des arrêts Assanidzé (8 avril 2004), Ilascu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de «juridiction» et d'«injonction» », *RTDH*, 2005, p. 770 ; DE SCHUTTER, « Globalization and Jurisdiction », *op. cit.*, p. 14-15 ; LAWSON, « Life after Bankovic », *op. cit.*, p. 101-102 ; L. LOUCAIDES, « Determining the Extra-territorial Effect of the European Convention : Facts, Jurisprudence and the Bankovic Case », *EHRLR*, 2006, p. 401 ; MILANOVIĆ, *Extra-territorial application*, *op. cit.*, p. 138-139.

¹³⁷⁸ Voir par exemple : COHEN-JONATHAN, « La territorialisation de la juridiction », *op. cit.*, p. 1069 ; LAWSON, « Life After Bankovic », *op. cit.*, p. 86 ; O'BOYLE, « A comment on "life after Bankovic" », *op. cit.*, p. 125-139 ; Virginia MANTOUVALOU, « Extending Judicial Control in International Law : Human Right Treaties and Extraterritoriality », *International Journal of Human Rights*, 2005, p. 147.

¹³⁷⁹ COHEN-JONATHAN, « La territorialisation de la juridiction », *op. cit.*, p. 1082 ; HAPPOLD, « Bankovic v Belgium », *op. cit.*, p. 83 ; LAWSON, « Life After Bankovic », *op. cit.*, p. 104.

¹³⁸⁰ Par exemple, le professeur LAWSON a pris l'exemple de bombardements d'une station télé située aux Pays-Bas par la Belgique pour illustrer le problème de l'absence de lien juridictionnel pour des bombardements. LAWSON, « Life After Bankovic », *op. cit.*, p. 114.

¹³⁸¹ Le professeur COHEN-JONATHAN « comprend fort bien que la Cour, déjà plus que surchargée, ne veuille pas s'encombrer de contentieux "lointains" et politiquement sensibles ». COHEN-JONATHAN, « La territorialisation de la juridiction », *op. cit.*, p. 1082.

l'aval du Conseil de sécurité des Nations unies : l'intervention militaire en Irak de 2003 a posé de graves problèmes d'application de la jurisprudence. Il pouvait alors sembler plus prudent de limiter le nombre des affaires potentielles et de ménager la susceptibilité des États.

Le droit international général a pour principale fonction de faire cohabiter des acteurs d'égale souveraineté. Le territoire est le principe de base du découpage de l'application de leur souveraineté. À de nombreux égards, cette souveraineté territoriale est exclusive : toute intrusion physique des organes d'un État sur le territoire d'un autre constitue une violation du droit international. Ainsi, d'un point de vue territorial, la compétence d'imposer des mesures impliquant le recours à la contrainte physique est exclusive. La CEDH, et le droit international des droits de l'homme en général, ont renversé le point de vue : il ne s'agit plus d'interdire ou de permettre des actes externes des États, mais « l'État est appelé à s'autolimiter »¹³⁸² dans sa « juridiction ». Ces tensions ont resurgi dans la pratique de la Cour et l'ont finalement conduite, dans l'arrêt *Al-Skeini* du 7 juillet 2011, à reconstruire les exceptions à la territorialité de la juridiction sous trois catégories : le contrôle et l'autorité d'un agent de l'État, le contrôle effectif sur un territoire et l'espace juridique de la Convention.

Les deuxième et troisième critères furent posés dans des affaires impliquant le nord de Chypre à travers le critère de contrôle effectif (A), tandis que le premier est l'œuvre d'une reconstruction de la jurisprudence revenant sur certaines des conclusions prises dans *Banković* (B). Néanmoins, la Cour a continué à faire jouer au droit international un rôle fondateur dans ces interprétations.

§ 1. L'extension due au contrôle effectif d'un territoire

La première exception à la conception essentiellement territoriale de la Convention est basée sur l'idée d'un contrôle d'un territoire non-national, une exception reconnue dans *Banković*¹³⁸³. Cette doctrine s'est implicitement appuyée sur le droit international dans l'affaire *Loizidou* (A). Ce ne fut toutefois pas en se servant de la notion de juridiction, mais sur celle de responsabilité (B).

¹³⁸² Jean DHOMMEAUX, « De l'universalité du droit international des droits de l'homme : du pactum ferendum au pactum latum », *AFDI*, 1989, vol. 35, p. 400.

¹³⁸³ CourEDH, *Banković*, précité, § 70.

A. Une extension justifiée par le droit international

Importante à plusieurs titres¹³⁸⁴, l'affaire *Loizidou* a marqué la doctrine par l'application de la Convention à la Turquie sur la base de son occupation du nord de Chypre. Dans cette affaire, la requérante était une Chypriote grecque qui avait dû fuir le nord de Chypre suite à l'invasion du 20 juillet 1974. Elle se plaignait de son impossibilité d'accéder à sa propriété, et donc d'une violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

Pour que la Cour puisse statuer sur le fond, il fallait étendre la juridiction de l'État turc au-delà de son seul territoire. La Cour n'a pas fait directement usage du droit international général pour justifier sa position, mais a repris pour l'essentiel les arguments de la requérante tels que présentés par son conseil, le professeur BROWNLIE. Celui-ci a cité de nombreux internationalistes pour soutenir qu'un « État répond en principe au niveau international des violations de droits qui se produisent dans des territoires dont il a matériellement le contrôle »¹³⁸⁵.

La Cour a accepté ce raisonnement d'extension de la juridiction pour cause de contrôle du territoire en affirmant que :

« compte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire –légale ou non –, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national.

L'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée. »¹³⁸⁶

Cette position fut confirmée et étendue dans l'affaire *Chypre c. Turquie* impliquant l'évaluation globale du respect de la Convention dans le nord de Chypre :

¹³⁸⁴ Voir la première partie pour la question de la validité des déclarations faites par la Turquie concernant la compétence de la Cour *ratione loci* et pour une présentation complète de l'affaire voir, par exemple, Gérard COHEN-JONATHAN, « L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques observations », *RGDIP*, 1998, p. 123-144.

¹³⁸⁵ CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, Série A-310, § 57.

¹³⁸⁶ *Ibid.* § 62.

« Étant donné que la Turquie exerce en pratique un contrôle global sur le nord de Chypre, sa responsabilité ne saurait se circonscrire aux actes commis par ses soldats ou fonctionnaires dans cette zone mais s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire et autre. En conséquence, sous l'angle de l'article 1 de la Convention, force est de considérer que la "juridiction" de la Turquie vaut pour la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et les Protocoles additionnels qu'elle a ratifiés, et que les violations de ces droits lui sont imputables. »¹³⁸⁷

Or, cette approche n'a rien à voir avec la juridiction basée sur le droit international telle que définie dans *Banković*. Il est ici question de la responsabilité de l'État. En effet, en droit international général, la CIJ a admis que le contrôle effectif d'une zone entraînait la responsabilité de l'État pour les actes commis par ses agents subalternes¹³⁸⁸.

La proximité avec la notion territoriale de la juridiction est claire : le principe est que le pouvoir de l'État s'applique sur le territoire car il est, par la définition même de ce qu'est un État¹³⁸⁹, sous l'emprise de son gouvernement. Il existe donc un lien entre l'effectivité du contrôle et l'origine de l'aspect territorial de la juridiction. Cependant, ce lien n'est plus requis une fois que l'État est établi. Il peut perdre le contrôle d'une partie de son territoire, ce dernier restera formellement dans la juridiction. C'est d'ailleurs ce que la Cour a reconnu dans l'affaire *Ilaşcu* de 2004¹³⁹⁰, une affaire proche mettant en œuvre ce principe de contrôle effectif dans l'occupation partielle de la Moldavie par l'armée russe. Dans cette affaire, les actes de détention incriminés, bien que perpétrés sur le territoire moldave, ne sont pas entrés dans la juridiction de la Moldavie, mais bien dans celle de la Russie. Pour autant, selon la Cour, la Moldavie avait le devoir de regagner le contrôle de ce territoire pour assurer l'ensemble des droits garantis dans la CEDH :

« les engagements pris par une Partie contractante en vertu de l'article 1 de la Convention comportent, outre le devoir de s'abstenir de toute ingérence dans la jouissance des droits et libertés garantis, des obligations positives de

¹³⁸⁷ CourEDH, *Chypre c. Turquie*, GC, 10 mai 2001, Rec. 2001-IV, § 77.

¹³⁸⁸ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986, Rec. 1986, p. 128.

¹³⁸⁹ Voir par exemple, l'article 1 de la Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États de 1933, Société des Nations, 1936, Recueil des Traités, n°3208.

¹³⁹⁰ CourEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, 8 juillet 2004, Rec. 2004-VII.

prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire [...] Ces obligations subsistent même dans le cas d'une limitation de l'exercice de son autorité sur une partie de son territoire, de sorte qu'il incombe à l'État de prendre toutes les mesures appropriées qui restent en son pouvoir. »¹³⁹¹

Dans l'affaire *Al-Skeini*, la Cour a considéré que le contrôle du sud de l'Irak par le Royaume-Uni était également suffisant pour déclencher la juridiction :

« On peut donc voir qu'après le renversement du régime baasiste et jusqu'à l'instauration du gouvernement intérimaire, le Royaume-Uni a assumé en Irak (conjointement avec les États-Unis) certaines des prérogatives de puissance publique qui sont normalement celles d'un État souverain, en particulier le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est du pays. Dans ces circonstances exceptionnelles, la Cour considère que le Royaume-Uni, par le biais de ses soldats affectés à des opérations de sécurité à Bassorah lors de cette période, exerçait sur les personnes tuées lors de ces opérations une autorité et un contrôle propres à établir, aux fins de l'article 1 de la Convention, un lien juridictionnel entre lui et ces personnes. »¹³⁹²

La Cour a ainsi reconnu que l'effectivité du contrôle était un élément déterminant de la juridiction au sens de l'article 1 CEDH. Pour autant, dans un cas comme dans l'autre, il ne s'agit pas réellement de juridiction, mais plutôt des conséquences des actions d'un État suite à l'usage de la force, que cet usage soit légal ou non.¹³⁹³

B. Une extension basée sur le développement de la responsabilité non sur la juridiction

L'extension de la responsabilité internationale pour le contrôle de territoires étrangers est également l'option retenue par la CDI dans son projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Pour cette commission, il s'agit clairement d'imputabilité des actes : dans quelle mesure les actes commis par un État sur un territoire étranger peuvent-ils lui être imputés ? La question n'est pas de savoir si les compétences ont été exercées conformément aux principes de

¹³⁹¹ *Ibid.* § 314.

¹³⁹² CourEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011, § 149.

¹³⁹³ HAPPOLD, « *Bankovic v Belgium* », *op. cit.*, p. 86-87.

répartition du droit international, en suivant pour cela les délimitations de la juridiction. Ce sont les situations factuelles qui comptent, et non l'adéquation avec le concept de juridiction en droit international.

Ainsi, il a été vu que la juridiction servait, en droit international, à délimiter uniquement les actions légales. Mais évidemment, l'infraction à ces règles d'exercice des compétences ne signifie pas l'absence de responsabilité, bien au contraire. À l'inverse, dans le cadre de la CEDH, les actions de l'État hors juridiction sortent du domaine d'application de la Convention.

L'exception issue du contrôle du territoire n'est donc pas tirée de la juridiction, mais bien du droit de la responsabilité internationale. Elle a pour fondement la lutte contre l'impunité. La Cour a d'ailleurs reconnu dans *Ilaşcu* qu'il s'agissait d'une question de responsabilité internationale, en recourant à ces principes de la CDI¹³⁹⁴ :

« Ainsi qu'il ressort des principes pertinents du droit international, un État contractant peut voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire légale ou non, il exerce en pratique le contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire national. »¹³⁹⁵

C'est dans ce sens que cette exception est compatible avec l'idée d'un « espace juridique » européen. Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, la Cour a ajouté que la Convention devait s'appliquer au nord de Chypre car « toute autre conclusion conduirait à une lacune regrettable dans le système de protection des droits de l'homme dans cette région, car les individus qui y résident se verraient privés des garanties fondamentales »¹³⁹⁶.

Dans l'affaire *Banković*, la Cour a ainsi affirmé le contexte essentiellement européen de son espace juridique.

« La Convention est un traité multilatéral opérant, sous réserve de son article 56¹³⁹⁷, dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des États contractants, dont il est clair que la RFY ne relève

¹³⁹⁴ CourEDH, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, 8 juillet 2004, Rec. 2004-VII, § 319.

¹³⁹⁵ *Ibid.* § 314.

¹³⁹⁶ CourEDH, *Chypre c. Turquie*, GC, 10 mai 2001, Rec. 2001-IV, § 78.

¹³⁹⁷ L'article 56 § 1 permet à tout État contractant de déclarer que la Convention s'appliquera à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales.

pas. Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des États contractants. »¹³⁹⁸

S'il énonce un objectif de politique jurisprudentielle, l'argument de l'espace juridique européen n'a en fait pas eu de véritable impact, puisque le contrôle effectif permettait déjà de mettre en jeu la juridiction dans le nord de Chypre. C'est le même type de situation qui s'est présenté en Moldavie. Ce critère n'aurait pu être efficace que négativement : par exemple, en refusant l'application de la Convention en Irak, espace non européen. Clairement, cette option a été refusée.

La seule situation où l'argument d'espace juridique soit encore efficace est un cas de bombardement similaire à celui de l'affaire *Banković*. Il est ainsi permis de douter de l'efficacité de l'ordre public européen affecté à son espace juridique. De plus la Cour a développé un nouveau critère d'application extraterritoriale de la Convention à travers l'autorité et le contrôle d'un agent de l'État.

§ 2. L'extension fondée sur l'autorité et le contrôle d'un agent étatique

Dans son ouvrage sur la Convention européenne des droits de l'homme publié en 1989, le Doyen COHEN-JONATHAN avait affirmé que le terme juridiction employé à l'article 1 CEDH devait être entendu au sens d'autorité : « la Convention assure les droits et libertés garantis à tous les individus soumis à l'autorité d'un État contractant, sur le territoire national ou à l'étranger »¹³⁹⁹. Sa réflexion se basait sur la décision de la Commission dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, dans laquelle cette dernière avait estimé que « les Hautes Parties Contractantes sont tenues d'assurer ces droits et libertés à toute personne relevant effectivement de leur autorité et de leur responsabilité, non seulement lorsque cette autorité est exercée sur leur propre territoire, mais encore lorsqu'elle est exercée à l'étranger. »¹⁴⁰⁰

Il s'agirait là de la vision la plus simple de la juridiction : une responsabilité dépendant de l'autorité exercée par l'État. Toutefois, elle a été rejetée explicitement par la formation solennelle de la nouvelle Cour en 2001, dans l'affaire *Banković* :

¹³⁹⁸ CourEDH, *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants*, (décision), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII, § 80.

¹³⁹⁹ Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 94.

¹⁴⁰⁰ ComEDH, *Chypre c. Turquie*, D.R. 13, p. 222.

« le texte de l'article 1 n'offre aucun appui à l'argument des requérants selon lequel l'obligation positive que fait cette disposition aux États contractants de reconnaître "les droits et libertés définis au titre I de la [...] Convention" peut être fractionnée et adaptée en fonction des circonstances particulières de l'acte extraterritorial en cause. »¹⁴⁰¹

En effet, la théorie du contrôle et de l'autorité d'un agent concerne notamment les cas d'arrestation à l'étranger. Dans un tel cas, nul ne saurait prétendre que l'intégralité des droits garantis dans la Convention pourrait être mise en jeu lors de l'arrestation, seuls un nombre de droits limités pourrait être affecté par l'État.

Néanmoins, un peu plus de dix après la décision *Banković*, la Grande chambre de la Cour est revenue sur ce constat en validant une nouvelle exception, basée sur le contrôle et l'autorité d'agents de l'État. Ce faisant, elle a persisté dans son besoin de fonder cette exception sur le droit international général (A), même si cette démarche complexifie sensiblement la lecture de la juridiction (B).

A. Une reconstruction basée sur le droit international

La Cour a revu sa position en 2011 à l'aune de sa jurisprudence subséquente à *Banković* qui en avait ignoré (du moins pour partie) les conclusions, ces arrêts créant *de facto* de la confusion à la fois dans la doctrine et pour les juridictions internes¹⁴⁰². Les arrêts *Öcalan*¹⁴⁰³, *Issa*¹⁴⁰⁴, *Al-Saadoon et Mufdhi*¹⁴⁰⁵ et *Medvedyev*¹⁴⁰⁶, concernant respectivement un cas d'arrestation au Kenya, des allégations de violation de l'article 2 CEDH pour des opérations militaires brièvement conduites par la Turquie en Irak, une détention en Irak et enfin une interception en haute mer, symbolisent ce changement de position de la Cour. Dans chacun de ces cas, la juridiction ne découlait pas de l'interprétation faite dans l'arrêt *Banković* et ne pouvait être rattachée à l'exception basée sur le contrôle effectif d'un territoire, mais prenait la forme d'un lien juridictionnel créé par l'implication d'agents de l'État concerné :

¹⁴⁰¹ CourEDH, *Banković*, précité, § 75.

¹⁴⁰² Dans son opinion concordante à l'arrêt *Al-Skeini*, pour le juge BONELLO « [I]a vérité semble être que, avant le présent arrêt, la jurisprudence relative à l'article 1 avait fini par reconnaître tout et son contraire. » § 7.

¹⁴⁰³ CourEDH, *Öcalan c. Turquie*, GC, 12 mai 2005, Rec. 2005-IV, § 93.

¹⁴⁰⁴ CourEDH, *Issa et autres c. Turquie*, 16 novembre 2004.

¹⁴⁰⁵ CourEDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, (déc.), 30 juin 2009.

¹⁴⁰⁶ CourEDH, *Medvedyev et autres c. France*, GC, Rec. 2010.

armée, police ou forces navales. La Cour a consolidé cette voie dans l'arrêt *Al-Skeini* du 7 juillet 2011 qui renverse explicitement le constat fait dans la décision *Banković*.

« Il est clair que dès l'instant où l'État, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. En ce sens, dès lors, les droits découlant de la Convention peuvent être "fractionnés et adaptés" (voir, à titre de comparaison, la décision *Banković* précitée, § 75) ». ¹⁴⁰⁷

Le revirement de jurisprudence est acté, à travers une formule toutefois sibylline : « à titre de comparaison ».

Cette reconstruction de la jurisprudence passée tente une nouvelle fois de s'appuyer sur le droit international. Tout d'abord, la Cour s'est référée à l'usage de la compétence d'exécution autorisée par le droit international en dehors du territoire d'un État, comme dans les cas d'exercice de l'autorité par des agents consulaires ou diplomatiques ¹⁴⁰⁸. Ensuite, elle a renvoyé aux cas d'invitation ou d'acquiescence ¹⁴⁰⁹.

Les arrêts *Öcalan* et *Issa* sont sans conteste des exemples d'un usage légal de la compétence d'exécution, fondé sur des exceptions non seulement reconnues du droit international mais en outre fondatrices de celui-ci : le droit international diplomatique et le principe général du consentement entre États.

Toutefois, la Cour a ensuite accompli un saut dans sa logique explicative, car l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi* ne pouvait être envisagée que par le recours à la force par des agents d'un État opérant hors de son territoire :

« le recours à la force par des agents d'un État opérant hors de son territoire peut faire passer sous la juridiction de cet État, au sens de l'article 1, toute personne se retrouvant ainsi sous le contrôle de ceux-ci. » ¹⁴¹⁰

C'est précisément cette situation qui avait été jugée hors juridiction dans la décision *Banković*. Elle ne trouve aucun appui sur la définition de juridiction en droit

¹⁴⁰⁷ CourEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011, § 137.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.* § 134. Bien entendu, ces agents peuvent aussi exercer un pouvoir normatif.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.* § 135.

¹⁴¹⁰ *Ibid.* § 136.

international, du fait de sa nature factuelle et non plus normative. En effet, il importe peu dans ce cas de savoir si la force était utilisée légalement en droit international. Pour la Cour, « l'élément déterminant dans ce type de cas est l'exercice d'un pouvoir et d'un contrôle physiques sur les personnes en question »¹⁴¹¹. Il s'agit d'une question de faits, alors que la *jurisdiction* est un critère de répartition des compétences, donc un critère normatif.

Il est dès lors très difficile de concevoir cette exception comme provenant d'une notion de juridiction en droit international général.

B. La résistance à une lecture spécifique au droit international des droits de l'homme

Une autre voie aurait consisté à construire une exception basée sur le contexte spécifique des traités des droits de l'homme, tout en s'appuyant sur l'avis de CIJ sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, cité dans la partie « En fait »¹⁴¹² de l'arrêt *Al-Skeini*, et dans lequel on pouvait lire ce qui suit :

« La Cour observera que, si la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au pacte soient tenus d'en respecter les dispositions. »

Cette interprétation aurait dû séduire : elle permettait de s'appuyer sur la CIJ, donc de reconnaître l'intégration de la CEDH dans le droit international, tout en proposant une interprétation spéciale avalisée par la Cour internationale.

Et en ce sens, la CIJ avait été influencée par l'interprétation que le Comité des droits de l'Homme (CDH) avait faite de l'article 2(1) du PIDCP, incluant les termes « relevant de leur compétence » (« under their jurisdiction »), luttant contre l'impunité des États. Dans l'affaire *Lopez Burgos c. Uruguay* du 29 juillet 1981, le Comité a affirmé que l'article 2 :

¹⁴¹¹ *Ibid.* § 136 in fine.

¹⁴¹² *Ibid.* § 90.

« n’implique pas qu’un État partie ne puisse pas être tenu responsable des violations du Pacte commise par ses agents sur le territoire d’un autre État, qu’elles soient commises ou non avec le consentement de cet État. [...] il serait injustifiable d’interpréter la responsabilité des États l’article 2 du Pacte concernant comme autorisant un État partie à perpétrer des violations du Pacte sur le territoire d’un autre État, violations qu’il ne pourrait perpétrer sur son propre territoire »¹⁴¹³.

Il est d’autant plus étonnant que la Cour ait refusé d’utiliser ces sources dans son arrêt *Al-Skeini* que c’est devenu une habitude dans d’autres cadres et que surtout la deuxième section de la Cour avait fait ce choix de s’appuyer explicitement sur la communication *Lopez-Burgos* dans l’affaire *Issa*¹⁴¹⁴.

D’autres options ont été présentées par la doctrine. Marko MILANOVIĆ, suite à son étude extensive de la jurisprudence, conclut que le meilleur modèle de juridiction est basé sur l’idée de contrôle effectif sur un territoire¹⁴¹⁵. Olivier DE SCHUTTER a défendu le principe d’une juridiction applicable à chaque fois qu’il y a capacité d’influence¹⁴¹⁶. Rick Lawson a exprimé une idée similaire en demandant une responsabilité étatique extra-territoriale qui varierait selon l’intensité du contrôle exercé sur la situation¹⁴¹⁷.

Ces positions démontrent qu’il était possible d’interpréter le concept de juridiction de l’article 1 de la CEDH hors des limites du droit international général. Cela aurait apporté de la cohérence dans sa jurisprudence sans devoir changer les constats qui y ont été faits. De fait, même avec ce nouveau critère de juridiction énoncé dans l’affaire *Al-Skeini*, de nombreuses questions de seuil restent en suspens¹⁴¹⁸.

¹⁴¹³ Comité des Droits de l’Homme, *López Burgos v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981, § 12.3 : Article 2(1) « does not imply that the State party concerned cannot be held accountable for violations of rights under the Covenant which its agents commit upon the territory of another State, whether with the acquiescence of the Government of that State or in opposition to it. (...) it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory », traduit par l’auteur.

¹⁴¹⁴ CourEDH, *Issa et autres c. Turquie*, 16 novembre 2004, § 71 *in fine*.

¹⁴¹⁵ MILANOVIĆ, *Extraterritorial Application*, *op. cit.*, p. 262-263.

¹⁴¹⁶ DE SCHUTTER, « Globalization and Jurisdiction », *op. cit.*, p. 35-36.

¹⁴¹⁷ LAWSON, « Life after Bankovic », *op. cit.*, p. 120.

¹⁴¹⁸ Marko MILANOVIĆ, « Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg », *EJIL*, 2012, p. 121; Max SCHAEFER, « Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction », *EHRLR*, 2011, p. 581.

Les changements effectués par la Cour dans sa jurisprudence concernant le concept de juridiction de l'article 1 de la Convention mettent en doute l'autonomie même du concept. Selon les mots de la Cour dans la décision *Banković*, la « thèse des requérants », qu'elle a désormais acceptée dans l'arrêt *Al-Skeini*, « n'explique pas l'emploi des termes "relevant de leur juridiction" qui figurent à l'article 1 et va même jusqu'à rendre ceux-ci superflus et dénués de toute finalité. »¹⁴¹⁹

En pratique, il existe une superposition de plus en plus grande des notions de responsabilité et de juridiction. Si ce modèle permet de mieux gérer les problématiques de manque de contrôle interne, il néglige la force des représentations que constitue le lien entre le territoire et l'État. Si nous sommes d'accord sur la différence entre la notion de juridiction en droit international comme délimitation des compétences et celle de l'article 1 CEDH, comme contrôle des actes des agents de l'États, cela ne signifie pas que le lien territorial cesse d'être le critère plus pertinent.

Définir celui à qui il revient de réguler une situation hors du concept territorial de l'État permet d'imposer de plus en plus de valeurs de la CEDH en dehors de son espace juridique. Si une occupation se prolonge, la tendance sera au renforcement des obligations de l'État occupant en fonction de l'état de droit et de la jurisprudence construite autour d'un exercice territorial de la Convention. Par exemple, les questions d'enquête, de mise en place de tribunaux ou encore de conservation de la preuve sont possibles dans les conditions pacifiques du quotidien européen. Les choses seraient sans doute très différentes dans un autre contexte, par exemple lors d'une tentative de contrôler un territoire en rébellion, où les institutions créées seraient celles d'un État occupant, dotées d'une légitimité faible et certainement non acceptées par la population locale. Le poids des obligations supplémentaires pourrait avoir des conséquences imprévues et non désirées, comme la préférence aux bombardements sur l'intervention au sol même dans le cadre des opérations de maintien de la paix, et même si ce n'est pas la solution optimale : c'est en partie ce qui s'est produit en Libye en 2011.

La question posée est celle du sens du caractère européen de la Convention. Si certains s'insurgent contre la possibilité d'avoir des standards d'application des droits différents en fonction de critères territoriaux, appliquer les droits de l'homme de façon

¹⁴¹⁹ CourEDH, *Banković*, précité, § 75.

identique dans toute les situations procéderait, selon les mots mêmes du juge BONNELLO¹⁴²⁰, d'un « impérialisme » des droits de l'homme.

La vision binaire de la Cour, entre impunité et efficacité du système, laisse croire qu'il n'y aurait point de salut en dehors de la Convention, du point de vue de la protection des droits de l'homme en tout cas. Certes, la Convention est unique en termes d'accès des individus au prétoire ; pour autant, cela ne signifie pas que son absence instituerait un vide juridique dans lequel les États seraient laissés parfaitement sans contraintes. Par exemple, comme l'a clairement relevé Matthew HAPPOLD¹⁴²¹, le fait que la Convention ait été mise de côté dans l'affaire *Banković* ne signifiait pas que le droit international humanitaire ou pénal n'aurait pas trouvé à s'appliquer. D'ailleurs, ce n'est que par le choix du procureur du TPIY qu'aucune enquête n'a été réalisée quant au respect du droit international pénal dans les bombardements en question. De même, l'absence d'application de la Convention dans une zone occupée n'équivaut pas à une absence de droit – la Cour a d'ailleurs noté que le droit international humanitaire était applicable dans l'affaire *Al-Skeini*.

Ici, le droit international a été utilisé afin de produire une extension progressive de la Convention et, par conséquence, a accru le rôle de la Cour dans la gestion de situations internationales sans qu'encore une fois, il ne soit certain que ce se soit fait au profit des droits de l'homme ou du renforcement de la protection de la Convention.

Dans ce contexte, les questions de la juridiction et de l'imputabilité se trouvent fortement corrélées. Il faudra ainsi continuer à étudier l'impact des représentations de la Cour par rapport aux autres éléments du droit international régissant la responsabilité des États dans leurs rapports avec les organisations internationales et dans leurs rapports entre eux.

¹⁴²⁰ Opinion concordante du juge BONNELLO, CourEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011. Il est d'ailleurs fier de porter le label d'impérialisme des droits de l'homme.

¹⁴²¹ HAPPOLD, « *Bankovic v Belgium* », *op. cit.*, p. 90.

Chapitre 2. Les immunités internationales, outil de gestion des interactions avec les autres acteurs internationaux

Au moment de déterminer la légalité d'un comportement, la CEDH peut entrer en concurrence avec d'autres types de normes. Comme en droit international privé interne, elle se trouve confrontée à des conflits de normes et à des conflits de juridiction. Mais elle ne dispose pas de règles de « conflit de droit » autres que les règles générales de coordination des normes. Les oppositions entre obligations provenant de divers contextes sont habituellement réglées en droit international par l'application de deux principes¹⁴²², une règle de conflit des obligations dans le temps, *lex prior* et l'autre selon le principe de la spécialité, *lex specialis*. Aucun de ces deux principes ne s'applique véritablement dans la Convention.

Concernant la *lex prior*, la Commission a tenu « à rappeler que si un État assume des obligations contractuelles et conclut par la suite un autre accord international qui ne permet pas de s'acquitter des obligations qu'il a assumées par le premier traité, il encourt une responsabilité pour toute atteinte portée de ce fait aux obligations qu'il assumait en vertu du traité antérieur »¹⁴²³. Pour la Cour, l'« État demeure responsable au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention »¹⁴²⁴. En pratique, elle affirme que les autres accords n'ont pas d'effet sur les obligations dans la CEDH, à moins que ces derniers ne reflètent la pratique de tous les États parties ou bien influent sur le contenu du droit international général.

Le principe de spécialité n'a pas non plus été développé. La Cour n'a jamais explicitement fait appel à la différence de la CEDH sauf dans le cadre de l'ordre public. Pour autant, elle ne s'en est pas servie face au droit international¹⁴²⁵.

¹⁴²² Rapport KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international*, *op. cit.*, § 56-120 concernant la *lex specialis*, § 236-242 pour la *lex prior*.

¹⁴²³ ComEDH, (déc.), 10 juin 1958, req. N° 235/56, Ann. CEDH (1958-1159), p. 256.

¹⁴²⁴ CourEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airlines) c. Irlande*, GC, 30 juin 2005, Rec. 2005-VI, § 154.

¹⁴²⁵ On pourrait envisager la décision *Belilos*, en matière de réserves aux traités, comme une application de *lex specialis*. Mais toutefois, c'est un argument que la Cour elle-même n'a pas développé. Voir *supra*, Introduction.

Il faut donc regarder ailleurs. Certaines règles du droit international produisent des conflits de normes, d'autres des conflits de juridiction. C'est particulièrement vrai en matière d'immunité des États et de responsabilité des organisations internationales.

Normes de droit international coutumier, les règles d'immunité imposent aux tribunaux nationaux de décliner leur compétence si des organisations internationales ou des États sont défendeurs. En restreignant le droit à l'accès au tribunal garanti par l'article 6 CEDH, l'immunité a dès lors un impact direct sur le champ d'application de la Convention.

Les autres règles proviennent de la Convention, qui ne permet d'attirer que des États. Ainsi, les organisations internationales sont exclues de toute poursuite, même lorsque ce sont des États parties à la CEDH qui les ont créées ou sont à l'origine de leurs actions.

Du point de vue de la Cour, les questions clés sont d'abord celles qui régissent la juridiction. Il faut pour cela distinguer selon que les questions s'appliquent aux États ou aux organisations internationales car la CEDH réagit très différemment aux deux. Pour les États, il s'agit uniquement de respecter le principe coutumier d'immunité.

Concernant les organisations internationales, la Cour ne s'est pas limitée au principe d'immunité. Elle a revu les règles d'attribution de responsabilité en mêlant divers principes, d'immunité de juridiction, de recevabilité *ratione personae* et de protection minimum.

La Section 1 explore le travail de la Cour sur le droit des immunités étatiques qui se situe entre reconnaissance et révision. La Section 2 traite de la création d'une interprétation intermédiaire entre immunité et contrôle des organisations internationales.

Section 1. Entre reconnaissance et révision des immunités étatiques

L'immunité des États est une règle fondamentale du droit international qui veut qu'un État ne puisse être poursuivi devant les tribunaux d'un autre État. Toutefois, ce principe n'est plus absolu. Des exceptions ont été construites progressivement, surtout dans le contexte de la multiplication des activités commerciales des États¹⁴²⁶.

Jean-Flavien LALIVE a noté que l'immunité des États est un des vecteurs principaux par lesquels « les tribunaux ont pris contact avec le droit des gens et qu'ils ont dû en examiner les fondements et les principes »¹⁴²⁷. Cela s'applique également pour la CEDH. La reconnaissance de l'immunité met forcément en cause le droit à l'accès aux tribunaux, alors que c'est un principe essentiel de l'état de droit garanti par l'article 6. La Cour a reconnu cette idée dans l'affaire *Al Adsani*.

« Qu'un État puisse sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1 – à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge. »¹⁴²⁸

Et à partir du moment où des tribunaux nationaux sont saisis, leurs décisions ressortissent de la juridiction de l'État en question et lui sont imputables en vertu de la Convention. Ainsi, la Cour se devait de statuer sur la compatibilité de l'immunité des États avec la CEDH. De manière traditionnelle, elle a accepté que le droit international général doive être considéré.

« La Convention, y compris son article 6, ne saurait s'interpréter dans le vide. La Cour ne doit pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international [...]. La Convention doit

¹⁴²⁶ Voir par exemple, Jürgen BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 1997, p. 14-20 ; Georg RESS, « The changing relationship between state immunity and human rights », *Liber amicorum Carl Aage Norgaard. Nomos*, 1998, p. 177-182.

¹⁴²⁷ Jean-Flavien LALIVE, « L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales », *RCADI*, 1953, t. 84, p. 209.

¹⁴²⁸ CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 47.

autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux États. »¹⁴²⁹

Dans un premier temps, la Cour a accepté la limitation de l'article 6 sur la base du droit coutumier de l'immunité des États en faisant une lecture prudente des exceptions (§ 1). Toutefois, la Cour a travaillé sur leur extension en droit international (§ 2).

§ 1. La lecture prudente des exceptions au principe d'immunité de juridiction

La Cour a clairement accepté la nature coutumière de l'immunité des États ainsi que la légitimité des objectifs qu'elle poursuit. Elle a affirmé que :

« l'immunité des États souverains est un concept de droit international, issu du principe *par in parem non habet imperium*, en vertu duquel un État ne peut être soumis à la juridiction d'un autre État. La Cour estime que l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État. »¹⁴³⁰

La restriction du droit à l'accès au tribunal étant établie par une règle du droit international poursuivant un objectif légitime, il ne saurait y avoir de violation de principe de l'article 6 par application de ce principe d'immunité des États.

« On ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États. »¹⁴³¹

¹⁴²⁹ *Ibid.* § 55.

¹⁴³⁰ *Ibid.* § 54.

¹⁴³¹ *Ibid.* § 56.

Ainsi, la question de la compatibilité des immunités doit-elle être vue uniquement sous l'angle de la légalité en droit international. Ceci est vrai aussi bien dans sa dimension juridictionnelle (A), que dans sa dimension d'exécution (B).

A. Des exceptions limitées à l'immunité juridictionnelle

L'immunité juridictionnelle s'entend de la capacité des États à pouvoir refuser d'être attiré devant des tribunaux d'un autre État. Cela ne signifie pas que l'État en question n'a pas violé le droit national ou international¹⁴³², mais que les tribunaux internes ne peuvent traiter de cette question, sauf consentement de l'État défendeur.

Ce principe est ancré en droit international coutumier et était considéré comme absolu jusqu'au début du XX^e siècle. Il ne l'est plus. Des exceptions ont d'abord été reconnues sur la base de la distinction entre les activités *de jure imperii* et les activités *de jure gestionis*¹⁴³³. D'autres exceptions s'y sont ajoutées, mais toujours centrées sur la question du lien avec les activités de puissance publique.

Dans les trois arrêts *Fogarty*¹⁴³⁴, *McElhinney*¹⁴³⁵ et *Al-Adsani*, rendus le 21 novembre 2001 par la Cour, les tribunaux de l'État défendeur avaient reconnu l'immunité juridictionnelle de l'État poursuivi au niveau national. À chaque fois, elle a précisé son interprétation en fonction du droit international. Les ressources utilisées incluent la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1964, la Convention européenne de 1972 sur l'immunité des États (la Convention de Bâle)¹⁴³⁶, le projet d'articles de la CDI sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens¹⁴³⁷ et un rapport de l'International Law Association¹⁴³⁸.

¹⁴³² CIJ, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt 4 juin 2008, Rec. 2008, p. 244, § 196.

¹⁴³³ Voir LALIVE, « L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales », *op. cit.*

¹⁴³⁴ CourEDH, *Fogarty c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI.

¹⁴³⁵ CourEDH, *Mc Elhinney c. Irlande*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI.

¹⁴³⁶ CourEDH, *Mc Elhinney*, précité, § 18 ; CourEDH, *Fogarty*, précité, § 18 ; CourEDH, *Al-Adsani*, précité, § 22.

¹⁴³⁷ CourEDH, *Mc Elhinney*, précité, § 19 ; CourEDH, *Fogarty*, précité, § 19.

¹⁴³⁸ CourEDH, *Fogarty*, précité, § 20.

La Cour « observe que la documentation dont elle dispose [...] fait apparaître une tendance en droit international et comparé à limiter l'immunité des États »¹⁴³⁹. Mais il fallait déterminer dans chaque cas, si le droit coutumier acceptait une exception.

Dans l'affaire *Fogarty*, où la requérante se plaignait d'une discrimination à l'embauche par l'ambassade des États-Unis, la Cour a minimisé le développement des exceptions au principe en matière de recrutement des missions diplomatiques :

« À la connaissance de la Cour, aucune tendance ne se manifeste en droit international vers un assouplissement du principe de l'immunité des États en ce qui concerne les questions de recrutement dans les missions étrangères. La Cour relève à cet égard que [...] la Commission du droit international n'entendait pas exclure l'application de l'immunité des États lorsque la procédure a pour objet l'engagement d'une personne, y compris l'engagement sur un poste d'une mission diplomatique. »¹⁴⁴⁰

Dans l'affaire *McElhinney*, le requérant avait intenté devant les tribunaux irlandais une action en responsabilité contre le gouvernement britannique pour des actes commis par un policier britannique sur le territoire irlandais. La Cour a également refusé d'accepter une exception à l'immunité des États dans ce cadre, notant l'absence de pratique concordante allant dans ce sens.

« On ne peut assurément pas dire que l'Irlande soit seule à estimer que l'immunité s'applique en cas d'actions pour des dommages ainsi causés par des *acta jure imperii* ou, qu'en accordant cette immunité, elle se démarque de normes internationales actuellement admises. La Cour [...] n'estime pas possible, dans l'état actuel du droit international, de conclure que le droit irlandais se heurte aux principes de celui-ci. »¹⁴⁴¹

Dans l'affaire *Al-Adsani*, le requérant voulait obtenir réparation devant les tribunaux britanniques pour des actes de torture commis lorsqu'il était détenu au Koweït. Mais, la Cour y a également refusé d'accepter une exception à la l'immunité de l'État défendeur.

¹⁴³⁹ CourEDH, *Fogarty*, précité, § 37 ; CourEDH, *Mc Elhinney*, précité, § 38.

¹⁴⁴⁰ CourEDH, *Fogarty*, précité, § 38.

¹⁴⁴¹ CourEDH, *Mc Elhinney*, précité, § 38.

« Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n’aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu’en droit international, un État ne jouit plus de l’immunité d’une action civile devant les cours et tribunaux d’un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture. »¹⁴⁴²

Il ressort de ces trois citations que la Cour n’était pas disposée à reconnaître facilement une transformation de la coutume de nature à accroître les exceptions à l’immunité juridictionnelle des États.

Dans l’affaire *Fogarty*, la Cour s’est appuyée sur l’article 11 du projet d’articles de la CDI sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Toutefois, dans l’affaire *McElhinney*, elle n’a pas mentionné l’article 12 de ce projet d’articles intitulé « Dommages corporels et matériels », alors qu’il était directement applicable et allait dans le sens de l’absence d’immunité¹⁴⁴³. Le seul élément cité dans la partie « Droit international pertinent » allant dans un sens contraire est l’exception reconnue par la Convention de Bâle. Dans cette affaire, la Cour a semblé demander une tendance unanime parmi les éléments dominants du droit international pour accepter qu’une exception fasse partie du droit coutumier. L’insistance sur l’homogénéité des références est également centrale au raisonnement dans l’arrêt *Al-Adsani*.

De ces trois affaires, on pourrait conclure que la Cour demande un seuil élevé de pratiques concordantes pour reconnaître une évolution de la coutume. Les arguments soulevés ici sont typiques de ceux qu’aurait pu produire Sir FITZMAURICE, le « great dissenter » britannique, même si les formules sont bien celles de la Cour. Il y a une insistance particulière sur l’impossibilité de discerner une opinion dominante dans le droit international, quand bien même une violation d’une norme de *jus cogens* est invoquée.

Cette reconnaissance stricte des exceptions à l’immunité s’applique également à la question de l’exécution.

¹⁴⁴² CourEDH, *Al-Adsani*, précité, § 61.

¹⁴⁴³ Voir en ce sens, l’opinion dissidente commune aux juges CAFLISCH, CABRAL BARRETO et VAJIĆ.

B. Une immunité d'exécution quasi-absolue

L'immunité d'exécution est définie ainsi à l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens :

« Aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État ».

Elle est véritablement le « dernier bastion des immunités »¹⁴⁴⁴ avec car toute exécution forcée ne peut se faire, selon cette même Convention, qu'avec l'accord de l'État concerné¹⁴⁴⁵.

Pour autant, les raisons qui ont poussé à la limitation de l'immunité juridictionnelle en distinguant les actes *de jure imperii* et *de jure gestionis* s'appliquent également ici. En effet, il y a peu d'intérêt à obtenir un jugement sans qu'il puisse être exécuté.

Dans l'affaire *Manoilescu et Dobrescu*¹⁴⁴⁶, les requérants se plaignaient du refus d'exécution du titre de propriété sur des biens occupés et utilisés par des fonctionnaires de l'ambassade de Russie en Roumanie. La Cour a basé son analyse sur le droit international général tel que représenté par la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens¹⁴⁴⁷, une résolution de l'IDI¹⁴⁴⁸ et la Convention européenne sur l'immunité des États¹⁴⁴⁹. Elle en a tiré comme conclusion que le principe de l'exécution était limité à deux exceptions : lorsque les biens sont affectés à des activités de nature commerciale ou si l'État a donné son consentement¹⁴⁵⁰. Ses conclusions sont en accord avec la doctrine dominante. Toutefois, certains États continuent à reconnaître uniquement le consentement comme exception¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁴ Catherine KESSEDIAN et Christoph H. SCHREUER, « Le projet d'articles de la Commission du Droit International des Nations Unies sur les immunités des États », *RGDIP*, 1992, p. 327.

¹⁴⁴⁵ Gehrard HAFNER et Leonor LANGE, « La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *AFDI*, 2004, vol. 50, p. 45-76.

¹⁴⁴⁶ CourEDH, *Manoilescu et Dobrescu contre Roumanie et Russie*, (déc.), 3 mars 2005.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, § 75. C'est la Convention basée sur le projet d'articles IJEB de la CDI.

¹⁴⁴⁸ Résolution de l'Institut de droit international sur les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des États (session de Bâle, 1991), *ibid.*, § 74.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, § 74.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, § 76.

¹⁴⁵¹ August REINISCH, « European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures », *EJIL*, 2006, p. 807.

Cette décision a été confirmée dans deux situations concernant des immeubles affectés à la résidence de l'ambassadeur d'Italie en Albanie¹⁴⁵² et un immeuble utilisé par le consulat général de Turquie en Bulgarie¹⁴⁵³. À chaque fois, la Cour s'est appuyé sur les mêmes éléments pour définir le droit international général.

Si dans chacun de ces cas elle a formellement appliqué un test de proportionnalité, comme à chaque évaluation des restrictions au droit d'accès aux tribunaux, le constat tiré du droit international général a suffi. La gravité de l'atteinte n'a jamais été discutée. Dans *Manoilescu et Dobrescu*, même si les requérants avaient pu prouver que la Russie avait acquis son bien de manière illégale, cela n'aurait pas changé pas la situation :

« la Cour relève que les dispositions du droit international pertinent en matière d'immunité ne font pas de distinction selon la voie, légale ou illégale, par laquelle les biens sis dans l'État du for qui sont destinés à être des "locaux de la mission" sont entrés dans le patrimoine de l'État étranger. »¹⁴⁵⁴

Il s'agit donc d'une position fondée sur l'état du droit international et non sur l'intensité de l'atteinte au droit concerné, alors que ce dernier test est une composante essentielle du contrôle de proportionnalité.

La Cour a ainsi pu conclure à l'absence d'évolution du droit coutumier en la matière faute d'éléments suffisants et accepter les restrictions à l'exécution des arrêts :

« Aucune tendance ne va à sa connaissance vers un assouplissement de la règle de l'immunité d'exécution des États étrangers en ce qui concerne les biens de ces États qui constituent des locaux de missions consulaires ou diplomatiques sis dans l'État du for. Compte tenu des règles de droit international énoncées [...], il ne saurait donc être demandé au gouvernement roumain d'outrepasser contre son gré la règle de l'immunité des États qui vise à assurer le fonctionnement optimal des missions diplomatiques (*ne impediatur legatio*) et, plus généralement, à favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États souverains. Cela vaut du moins en l'état actuel du

¹⁴⁵² CourEDH, *Treska Nikolaus et J. c. Albanie et Italie*, (déc.), 29 juin 2006.

¹⁴⁵³ CourEDH, *Kirovi c. la Bulgarie et la Turquie*, (déc.), 2 octobre 2006.

¹⁴⁵⁴ CourEDH, *Manoilescu et Dobrescu contre Roumanie et Russie*, (déc.), 3 mars 2005 § 77.

droit international public, ce qui n'exclut pas pour l'avenir un développement du droit international coutumier ou conventionnel. »¹⁴⁵⁵

En somme, l'immunité d'exécution est toujours reconnue de manière très stricte dans la jurisprudence de la Cour. En l'absence d'affaires traitant de biens liés aux activités commerciales il est difficile d'en dire plus.

Néanmoins, l'existence même des exceptions ouvre la voie à leur élargissement par une révision du contenu du droit international coutumier.

§ 2. Le travail d'élargissement des exceptions

Si la Cour a été prudente dans la reconnaissance des exceptions aux immunités des États, cela ne signifie pas pour autant que les juges n'ont pas tenté de les étendre. Les opinions dissidentes jointes aux arrêts *Al-Adsani* et *McElhinney* montrent deux possibilités d'élargissement ancrées en droit international.

La première possibilité d'extension des exceptions, fondée sur l'application des conséquences de l'introduction des normes impératives en droit international, fut un échec (A). En revanche la seconde, basée sur une lecture souple de la coutume, a conduit à des évolutions de la jurisprudence (B).

A. L'échec du *jus cogens* comme base de limitation de l'immunité des États

La première argumentation en faveur d'un élargissement de l'exception au principe d'immunité des États résulte de la qualification de la prohibition de la torture comme norme impérative du droit international. Accorder l'immunité pour des actes de torture serait contraire au *jus cogens*.

L'arrêt *Al-Adsani* fut l'occasion pour la Grande Chambre de la Cour de débattre de l'impact du *jus cogens* sur l'immunité des États. Mais s'il a donné lieu à une division claire, opposant neuf juges aux huit autres¹⁴⁵⁶, ce n'est pas sur la qualification de la

¹⁴⁵⁵ *Ibid.* § 81.

¹⁴⁵⁶ Arrêt déjà cité dans l'introduction comme exemple de division de la Cour.

prohibition de la torture comme norme de droit impératif¹⁴⁵⁷ que la discussion a eu lieu mais sur les conséquences que cela devait avoir.

Il existe deux références principales au *jus cogens* dans la pratique internationale toutes deux issues de la Convention de Vienne sur le droit des traités en ses articles 53¹⁴⁵⁸ et 64¹⁴⁵⁹. Comme l'article 53 ne s'applique qu'entre un traité et une norme de *jus cogens*, il ne peut servir à déterminer les relations d'une norme impérative avec une autre norme coutumière. L'article 64 n'est pas plus utile. En conséquence, il existe beaucoup de théories mais peu d'unité à ce propos¹⁴⁶⁰.

La majorité des juges dans *Al-Adsani* a adopté une position conservatrice, au sens littéral du terme. Elle s'est appuyée sur l'absence de précédents pour refuser qu'une norme de droit impératif puisse écarter l'immunité des États. Elle n'était pas convaincue « qu'il soit déjà admis en droit international que les États ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'action civile en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'État du for »¹⁴⁶¹.

Ainsi, pour la Cour, « la loi de 1978, qui accorde l'immunité aux États en cas d'action pour atteinte à l'intégrité de la personne [...] n'est pas en contradiction avec les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant du principe de l'immunité des États »¹⁴⁶².

Pour la minorité, la Cour s'est trompée. Les juges dissidents ont eux voulu tirer les conséquences de l'existence de normes impératives de droit international, en tant que normes hiérarchiquement supérieures aux autres normes coutumières.

Chacune des normes de *jus cogens* est

¹⁴⁵⁷ Cette qualification fut facilement acceptée sur la base de précédents de tribunaux nationaux et internationaux, CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 61. Pourtant, le contenu de la catégorie reste une question très controversée dont les frontières varient d'un auteur à l'autre.

¹⁴⁵⁸ Article 53 : Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

¹⁴⁵⁹ Article 64 : Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin.

¹⁴⁶⁰ Voir *supra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁴⁶¹ CourEDH, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 66.

¹⁴⁶² *Ibid.*

« hiérarchiquement supérieure à toute autre règle du droit international, générale ou particulière, coutumière ou conventionnelle, sauf bien sûr les autres normes de *jus cogens*. [...] En cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et toute autre règle du droit international, la première l'emporte. Du fait de cette primauté, la règle en cause est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative. »¹⁴⁶³

Comme l'immunité des États n'est pas une norme impérative, la logique normative voudrait qu'elle soit écartée dans les actions visant la réparation de la violation d'une norme impérative. Pour la minorité :

« si l'on admet que la prohibition de la torture a valeur de *jus cogens*, un État qui l'aurait enfreinte ne peut exciper de règles de rang inférieur (en l'occurrence, celles relatives à l'immunité des États) pour se soustraire aux conséquences de l'illégalité de ses actions »¹⁴⁶⁴.

On voit ici s'opposer deux manières de voir le droit international. La première fait dépendre la normativité de la pratique des États, la seconde des objectifs de la communauté internationale. La première se veut comme répondant à des « considérations réalistes »¹⁴⁶⁵, la seconde comme étant « courageuse »¹⁴⁶⁶. Ce sont là des oppositions classiques à l'œuvre au sein du droit international¹⁴⁶⁷ dont aucune solution n'est privilégiée. On ne saurait donc prendre parti pour l'une ou l'autre solution, sans être vulnérable soit à une critique « réaliste » ou à une critique normative (« courageuse »).

Les perceptions sur le contenu du droit auraient pu évoluer suite à une décision de la Cour de cassation italienne. Celle-ci a choisi, dans l'affaire *Ferrini c. Allemagne*¹⁴⁶⁸ de 2004, de confirmer l'ordonnance de saisie de biens appartenant à l'État allemand, suite à un jugement condamnant l'Allemagne à des réparations pour des crimes de guerre commis pendant la Seconde guerre mondiale. Mais cette décision a formé la

¹⁴⁶³ *Ibid.*, opinion dissidente commune aux juges ROZAKIS et CAFLISCH, à laquelle déclarent se rallier les juges WILDHABER, COSTA, CABRAL BARRETO et VAJIĆ. § 1.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.* § 3.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.* Opinion séparée du juge ZUPANČIĆ et opinion séparée du juge PELLONPÄÄ à laquelle le juge BRATZA déclare se rallier.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.* Opinion dissidente du juge Ferrari Bravo.

¹⁴⁶⁷ Voir *supra*, Introduction.

¹⁴⁶⁸ Voir Pasquale DE SENA et Francesca DE VITTOR, « State Immunity and Human Rights : The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case », *EJIL*, 2005, p. 89-112.

base d'une procédure de l'Allemagne contre l'Italie devant la Cour internationale de justice. Elle a statué le 3 février 2012¹⁴⁶⁹. La position en droit international général y semble plus claire que pour les juges strasbourgeois. La CIJ, à onze voix contre trois, a décidé qu'il n'y avait pas de conflit entre les normes de *jus cogens* et l'immunité des États. Pour la majorité, les normes qui « régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite. »¹⁴⁷⁰

Ainsi il n'y aurait aucun conflit entre les règles de l'immunité et de la prohibition de la torture. Même si l'analyse d'absence de conflit est partagée par certains auteurs¹⁴⁷¹, cela a été critiqué car, pour d'autres, le conflit existe bel et bien¹⁴⁷². L'Institut de Droit International a également élaboré une résolution allant dans ce sens¹⁴⁷³.

Dans ces circonstances, vu la place symbolique des décisions de la CIJ dans le raisonnement de la Cour, il semble très improbable qu'elle opère un changement de jurisprudence dans un futur proche. De plus, cette décision va également inciter toutes les juridictions nationales à suivre la même pratique, renforçant ainsi la position de la CIJ. Il y a alors très peu de raisons de croire qu'une dynamique suffisante puisse transformer les opinions minoritaires en opinions dominantes dans un futur proche.

¹⁴⁶⁹ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, arrêt 3 février 2012, Rec. 2012, p. 1.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 38, § 93.

¹⁴⁷¹ Voir, Lee M. CAPLAN, « State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens : A Critique of the Normative Hierarchy Theory », *AJIL*, 2003, p. 771 ; Andrea GATTINI, « The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law? », *LJIL*, 2011, p. 173 ; Christian TOMUSCHAT, « L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme », *RGDIP*, 2005, p. 51.

¹⁴⁷² Voir, Sangeeta SHAH, « Jurisdictional immunities of the state: Germany v Italy », *HRLR*, 2012, 12(3), p. 555 ; Alexander ORAKHELASHVILI, « Jurisdictional Immunities of the State », 2012 *AJIL*, 106, p. 615 ; Francesco FRANCONI « From Utopia to Disenchantment: The Ill Fate of 'Moderate Monism' in the ICJ judgment on The Jurisdictional Immunities of the State », 2012, *EJIL*, 23, p. 1125-1132. Voir également de manière plus générale, Andrea BIANCHI, « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, 1996, p. 96 ; Jean-François FLAUSS, « La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2003, p. 164-165 ; Micaela FRULLI, « 'The Times they are A-Changing' - the Italian Court of Cassation Denies Germany Immunity from Execution to Allow Compensation to War Crimes' Victims », *JICL*, 2011, p. 1140.

¹⁴⁷³ Institut du Droit International, Session de Naples (2009), Résolution sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux, http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/2009_naples_01_fr.pdf.

L'opportunité existant au moment de l'arrêt *Al-Adsani* semble désormais close. Une décision contraire de la Cour aurait pu créer une dynamique inverse. En effet, l'arrêt *Al-Adsani* est un des précédents importants cités par la CIJ. De plus, cela aurait également permis à des juridictions nationales de changer leur jurisprudence, surtout parmi les États membres du Conseil de l'Europe. L'addition de ces deux éléments, un arrêt *Al-Adsani* à la solution inverse accompagné de décisions nationales, aurait pu être suffisante pour convaincre une majorité des juges de la CIJ que la pratique internationale avait changé.

Il est intéressant de constater que le hasard de la composition de la Grande chambre de la Cour strasbourgeoise fut en définitive crucial. La décision fut prise à la plus simple des majorités au sein d'une cour composée alors de 44 juges. Il y avait très probablement au moins un autre juge, parmi les 27 autres, partageant l'avis de la minorité.

Si l'occasion de transformer le cours du droit international concernant les effets du *jus cogens* a été manquée de très peu, les juges strasbourgeois ont continué de travailler sur les exceptions à l'immunité des États en droit coutumier.

B. Le succès de l'assouplissement des critères de reconnaissance de l'évolution de la coutume

Plusieurs arrêts de la Cour montrent une utilisation plus souple des critères de l'évolution de la coutume en matière d'immunité des États.

Dans les trois arrêts du 21 novembre 2001, les juges strasbourgeois ont procédé à une lecture particulièrement prudente des exceptions à l'immunité des États en droit international coutumier. Si dans l'affaire *Fogarty* la Cour s'était déjà appuyée sur l'article 11 du projet d'articles de la CDI sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, c'était pour nier le caractère coutumier de l'exception à l'immunité. Dans sa jurisprudence plus récente, elle a constaté des violations de l'article 6 grâce à une lecture plus souple des exceptions inscrites dans le projet d'articles et dans le traité subséquent signé en 2004, à savoir la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. En fait, sans le dire ouvertement, la Cour a employé la voie tracée par les opinions dissidentes jointes à l'arrêt *McElhinney*.

Dans l'arrêt *Cudak*, comme on l'a vu dans la première partie, la Cour a d'abord utilisé la jurisprudence de la CIJ sur les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* pour affirmer le caractère énonciateur des coutumes de certaines dispositions de traités internationaux. Cette proposition n'est pas controversée. Ce qu'elle n'a pas dit, c'est que la CIJ a énoncé des conditions particulières pour qu'une disposition d'un traité puisse refléter la coutume. Les juges de La Haye opèrent habituellement une recherche approfondie pour savoir dans quelle mesure l'article proposé par la CDI participe de la codification ou du développement progressif¹⁴⁷⁴.

La Cour strasbourgeoise n'a procédé à aucune étude de ce type pour déterminer, dans chaque cas, l'étendue de l'accord au sein de la CDI ou pour savoir s'il s'agissait de codification ou de développement du droit international. Il a suffi que la Cour ait constaté qu'« il n'y a pas eu d'objections particulières de la part des États à l'élaboration de l'article 11 du projet de la Commission du Droit International, en tout cas pas de la part de l'État défendeur »¹⁴⁷⁵.

L'autre possibilité est d'arguer que la convention de codification a provoqué la cristallisation d'une norme coutumière. Toutefois cela doit se faire, selon la CIJ, sur la base d'« une participation très large et représentative à la convention [...] à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés »¹⁴⁷⁶. Mais surtout la cour internationale a posé des critères assez stricts concernant l'étendue de la pratique. Il faut que :

« la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu. »¹⁴⁷⁷

Mais la Cour n'a étudié aucune pratique, hormis celle de l'État défendeur, pour savoir si la norme était devenue coutumière. Elle a suivi la même démarche dans l'affaire *Sabeh El Leil*¹⁴⁷⁸ et se démarque en cela de la CIJ, qui continue à étudier de manière

¹⁴⁷⁴ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (RFA c. Danemark et RFA c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, Rec. 1969, § 73.

¹⁴⁷⁵ CourEDH, *Cudak c. Lituanie*, GC, 23 mars 2010, Rec. 2010, § 66. Cela répond uniquement à l'argument d'inopposabilité de la coutume nouvelle à un objecteur persistant.

¹⁴⁷⁶ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (RFA c. Danemark et RFA c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, Rec. 1969, § 73.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.* § 74.

¹⁴⁷⁸ CourEDH, *Sabeh El Leil c. France*, 21 janvier 2011.

extensive la pratique des différents États avant d'accepter qu'une pratique puisse être considérée comme coutumière¹⁴⁷⁹.

De la même manière, dans l'affaire *Wallishauser*¹⁴⁸⁰, la Cour a accepté que l'article 20 du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, devenu l'article 22 de la Convention de 2004, s'appliquait en tant que droit coutumier¹⁴⁸¹. La requérante cherchait à récupérer des salaires impayés auprès de l'ambassade des États-Unis à Vienne où elle avait travaillé comme photographe. Les États-Unis avaient refusé la notification de leur convocation à une audience, ce que les tribunaux internes avaient accepté sur la base du respect de la souveraineté des États. Ici encore, la Cour n'a procédé à aucune vérification de la pratique dans la partie « En droit », se limitant à noter l'absence d'opposition des États-Unis à la Convention lors du vote à l'Assemblée générale des Nations unies¹⁴⁸².

Dans ces trois affaires, il n'y a que dans *Cudak* que la pratique a été analysée dans la partie « En droit ». Il y est noté que « le rapport accompagnant le projet de 1991 précise que les règles formulées à l'article 11 paraissent cadrer avec une tendance naissante dans la pratique législative et conventionnelle d'un nombre croissant d'États »¹⁴⁸³.

La « tendance naissante » suggère plutôt une coutume en voie de formation, du moins selon la terminologie de la CIJ. La conclusion tirée dans l'arrêt *Cudak* allait à l'encontre de celle de l'arrêt *McElhinney*, où la Cour a reconnu qu'il semblait exister « une tendance à limiter l'immunité des États en cas de dommages corporels dus à un acte ou une omission survenus dans l'État du for, mais que cette pratique n'est nullement universelle »¹⁴⁸⁴.

Ainsi, l'arrêt *Cudak* offre une vision beaucoup plus flexible de la transformation de la coutume et rend ainsi le droit international plus compatible avec l'article 6 CEDH. La Cour a utilisé les outils de représentation des opinions dominantes du droit international sans pour autant opérer avec les méthodes de la CIJ. Cela permet de

¹⁴⁷⁹ Voir par exemple le travail accompli par la CIJ dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, Rec. 2012, § 72 et § 74-76.

¹⁴⁸⁰ CourEDH, *Wallishauser c. Autriche*, 17 juillet 2012.

¹⁴⁸¹ *Ibid.* § 68.

¹⁴⁸² *Ibid.* § 69.

¹⁴⁸³ CourEDH, *Cudak c. Lituanie*, GC, 23 mars 2010, Rec. 2010, § 66. Cette formule apparaît également dans la partie « En fait », § 36.

¹⁴⁸⁴ CourEDH, *Mc Elhinney c. Irlande*, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI, § 38.

produire des décisions qui semblent respectueuses du droit international, même lorsqu'elles s'écartent de la méthodologie usuelle. Cela ne signifie pas pour autant que les décisions de la Cour ne puissent devenir auto-réalisatrices. La première juridiction internationale à statuer peut avoir une influence décisive. Une seule décision peut former le précédent sur lequel d'autres juridictions pourraient s'appuyer. Cela montre qu'il existe un biais méthodologique dans les dernières décisions de la Cour, facilitant l'émergence de nouvelles normes coutumières restreignant l'immunité des États.

La Cour a procédé à des ajustements comparables dans sa jurisprudence relative à ses interactions avec les organisations internationales.

Section 2. Entre déférence et contrôle des organisations internationales

Le processus de mondialisation s'est accompagné de la création d'organisations internationales destinées à satisfaire les besoins particuliers de la coopération, régionale comme fonctionnelle¹⁴⁸⁵. La Cour strasbourgeoise a ainsi constaté « la tendance à l'élargissement et à l'intensification de la coopération internationale qui se manifeste dans tous les domaines de la société contemporaine »¹⁴⁸⁶. Cette coopération incite à la création et à la multiplication des organisations internationales ainsi qu'au transfert de « compétences à ces organisations »¹⁴⁸⁷. Eu égard au principe de liberté des États dans l'exercice de leurs compétences, « la Convention n'interdit pas aux États de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale à des fins de coopération dans certains domaines d'activité »¹⁴⁸⁸. Au contraire, cela permet de répondre à des buts reconnus comme légitimes par la Cour.

Toutefois, la Cour a réaffirmé que les obligations souscrites dans le cadre de la CEDH continuaient de s'appliquer quelles que soient les nouvelles obligations prises. La Convention devrait s'appliquer même en cas de concurrence avec d'autres normes postérieures du droit international. Cela inclut les immunités accordées par traité à des organisations internationales. De plus, ces dernières peuvent aussi imposer des actes unilatéraux contraignants à l'égard des États et/ou des individus sans possibilité pour ces derniers de les contester dans le cadre de procédures nationales. Les seuls recours qui peuvent être actionnés sont ceux prévus par les traités créant les organisations.

La première façon d'aborder la question est simple : soit la CEDH est mise à l'écart lorsqu'il s'agit d'une question interne à une organisation internationale, soit elle continue de s'appliquer. Néanmoins, l'exclusion totale des obligations souscrites dans un autre contexte ne permet pas de situer avec précision la problématique. Énoncer que la Convention doit s'appliquer quelles que soient les obligations

¹⁴⁸⁵ Pour un historique voir Jan KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law*, 2ème éd., CUP, 2009, p. 14 et s.

¹⁴⁸⁶ CourEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, GC, 18 février 1999, Rec. 1999-I, § 63.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

souscrites ultérieurement revient à ne pas tenir compte des spécificités des organisations internationales, ce à quoi la Cour s'est également refusée.

Toutefois, la Cour n'a pas traité toutes les organisations internationales de la même manière. Le principe développé, s'il s'appuie sur le droit international général, est en fait une création prétorienne. Il affirme que les transferts de compétence sont acceptables sous réserve d'une protection équivalente (§ 1). Ce test s'applique également à l'Union européenne. Toutefois les Nations unies, et en particulier le Conseil de sécurité, ont bénéficié d'un traitement différent plus favorable (§ 2).

§ 1. Des transferts acceptables sous réserve d'une protection équivalente

La coopération européenne a vu le développement de diverses institutions spécialisées¹⁴⁸⁹. Si de nombreuses requêtes ont concerné des conflits de travail au sein d'organisations internationales basées en Europe, il n'est pas étonnant que ce soit surtout de développement de l'Union européenne qui a forcé la Cour à se positionner.

De plus, les requêtes ayant pour base le droit communautaire sont plus complexes. Celles visant les autres organisations internationales posent essentiellement des questions concernant la qualité des procédures internes. Dans l'UE, il n'y a pas de limite aux droits potentiellement mis en danger étant donné l'importance des transferts de compétence. De plus, les institutions européennes peuvent créer de nouvelles normes sans qu'un État membre puisse seul (par exemple avec les règlements) ou collectivement s'y opposer (par exemple avec l'exécution de décisions de la CJUE)¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁹ Par exemple, en plus de l'UE et du Conseil de l'Europe, l'Agence spatiale européenne, l'OSCE, l'Office européen des brevets ou la Banque européenne pour la reconstruction et le développement.

¹⁴⁹⁰ Pour une présentation claire des problèmes posés, voir Jean-Paul JACQUÉ, « La Communauté européenne et la CEDH », in *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (ed.), Economica, 1999, p. 83-100 ; Jiri MALENOVSKY, « L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme : de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg », *RGDIP*, 2009, p. 753. Voir également l'abondante doctrine relative à la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, dont Philip ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001, 983 p ; Bertrand FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010, 489 p.

Pourtant, un test unique a été mis en place¹⁴⁹¹. La Cour a d'abord eu une approche prudente, établissant des limites à son contrôle (A), mais elle a progressivement imposé un filet minimal de protection, le principe de protection équivalente (B).

A. Les limites au contrôle de la Cour issues du droit international

Pour déterminer dans quelle mesure la CEDH peut s'appliquer vis-à-vis des actes émanant d'une organisation internationale, le premier critère est fondé sur l'organe à l'origine de l'acte. Si les mesures ont été prises par les États pour mettre en œuvre des normes générées par une organisation internationale, alors elles ne se distinguent pas fondamentalement d'autres mesures prises par cet État. Elles entrent donc sous sa juridiction de manière traditionnelle¹⁴⁹². S'il y a eu des mesures nationales, la Cour juge que « les Parties contractantes sont responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales. »¹⁴⁹³

Par exemple, dans l'affaire *Bosphorus*, l'avion du requérant avait été saisi par les autorités irlandaises en application d'un règlement communautaire qui mettait en œuvre le régime de sanction décidé par le Conseil de sécurité de l'ONU contre la Yougoslavie. La Cour a accepté que la situation incriminée entre dans la juridiction de l'Irlande¹⁴⁹⁴. Il en va de même si la question concerne une limitation à l'accès aux tribunaux du fait de l'immunité des organisations internationales, comme dans l'affaire *Waite et Kennedy*¹⁴⁹⁵. En effet, la décision du tribunal d'appliquer l'immunité est un acte de l'État en question.

Si les mesures ont été prises directement par un organe d'une organisation internationale, comme celle-ci possède une personnalité juridique distincte¹⁴⁹⁶, elle

¹⁴⁹¹ Cédric RYNGAERT, « The European Court of Human Rights' Approach to the Responsibility of Member States in Connection with Acts of International Organizations », *ICLQ*, 2011, p. 1000.

¹⁴⁹² Voir également, Aymeric POTTEAU, « À propos d'un pis-aller : la responsabilité des États membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2009, p. 701.

¹⁴⁹³ CourEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airlines) c. Irlande*, GC, 30 juin 2005, Rec. 2005-VI, § 153.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.* § 135.

¹⁴⁹⁵ CourEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, GC, 18 février 1999, Rec. 1999-I.

¹⁴⁹⁶ Voir l'avis consultatif de la CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, avis du 11 avril 1949, Rec. 1949, p. 36. Depuis certains traités constitutifs d'organisations internationales

ne saurait être attrait devant la Cour. Par exemple, une requête visant l'Union européenne est irrecevable *ratione personae*¹⁴⁹⁷. Seuls les États parties peuvent répondre de violations. Pour l'instant, aucune organisation internationale n'est partie à la Convention, même si l'UE devrait bientôt l'être¹⁴⁹⁸.

Pour contourner l'irrecevabilité d'une telle requête, des requérants ont attaqué tous les membres de l'organisation concernée comme moyen indirect de tenir la responsable d'une violation de la Convention. Ce moyen a été écarté par la Commission¹⁴⁹⁹ comme par la Cour.

Dans les affaires *Boivin*¹⁵⁰⁰, *Connolly*¹⁵⁰¹ et *Beygo*¹⁵⁰², il s'agissait de plaintes relatives à des conflits de travail au sein d'organisations internationales, mais qui furent portées contre tous les membres du Conseil de l'Europe également membres de ces organisations. Les requêtes ont été jugées irrecevables, comme chacune de ces décisions a été prise par une « organisation internationale possédant une personnalité juridique distincte de celle de ses États membres »¹⁵⁰³. La Cour a conclu que les requérants ne relevaient pas « de la "juridiction" des États défendeurs au sens de l'article 1 de la Convention. »¹⁵⁰⁴ Du fait de la distinction des personnalités juridiques, les décisions des organisations internationales créées par des États membres, même si elles opèrent sur le territoire d'un État membre, n'entrent pas dans leur juridiction.

prévoient expressément l'existence de la personnalité juridique. Voir également, KLABBERS, *International Institutional Law, op. cit.*, p. 46-52.

¹⁴⁹⁷ ComEDH, *CFDT contre les Communautés européennes, subsidiairement: la collectivité des États membres et les États membres pris collectivement*, (déc.), 19 juillet 1978, DR 113, p. 231.

¹⁴⁹⁸ Nouvel article 59 § 2, ajouté par le Protocole n° 14. Pour une discussion du processus, voir entre autres, Olivier DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *RTDH*, 2010, p. 535-572 ; Jean-Paul JACQUÉ, « The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *Common Market Law Review*, 2011, p. 995-1023 ; Dossier « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2011, p. 7-40 ; Christina ECKES, « EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation », *Modern Law Review*, 2013, p. 254-285.

¹⁴⁹⁹ Pour un historique voir, Florence BENOIT-ROHMER, « À propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, p. 833-835.

¹⁵⁰⁰ CourEDH, *Boivin c. France et Belgique, et 32 autres États membres du Conseil de l'Europe*, (déc.), 9 septembre 2008.

¹⁵⁰¹ CourEDH, *Connolly c. 15 États membres de l'Union européenne*, (déc.), 9 décembre 2008.

¹⁵⁰² CourEDH, *Beygo c. 46 États membres du Conseil de l'Europe*, (déc.), 16 juin 2009.

¹⁵⁰³ CourEDH, *Boivin c. France et Belgique, et 32 autres États membres du Conseil de l'Europe*, (déc.), 9 septembre 2008.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*

Toutefois, les actes constitutifs des organisations, leur droit primaire, ne sont pas attribués à l'organisation mais aux États parties. Dans l'affaire *Matthews*, la requérante n'avait pu voter aux élections du Parlement européen car Gibraltar avait été exclu par un ajout aux traités communautaires¹⁵⁰⁵. Or, pour la Cour, vu que le droit primaire nécessite l'unanimité des États, le Royaume-Uni aurait pu s'opposer à cette décision¹⁵⁰⁶ mais ne l'a pas fait. La Cour a ainsi trouvé une violation du droit aux élections libres.

Comme pour l'immunité des États, la question suivante est de savoir si les restrictions aux droits garantis – s'il ne s'agit pas de droits absolus – répondent à des objectifs légitimes et sont proportionnées aux buts poursuivis.

La Cour admet aisément que les objectifs poursuivis par la création d'organisations internationales constituent des buts légitimes, de nature à justifier des restrictions aux droits garantis, au même titre que la poursuite des intérêts strictement nationaux.

Dans l'affaire *Autronic*¹⁵⁰⁷, la société requérante se plaignait d'une atteinte à sa liberté d'expression. Pour le gouvernement les buts poursuivis étaient légitimes car ils correspondaient à ceux qu'avait fixés l'Union internationale des télécommunications, organisation chargée de régler les problèmes techniques liés aux communications internationales. La Cour a considéré que ces objectifs étaient « pleinement compatibles avec la Convention »¹⁵⁰⁸.

Dans l'affaire *Waite et Kennedy*¹⁵⁰⁹, la Cour a été plus loin en reconnaissant la nécessité des immunités juridictionnelles accordées aux organisations internationales. Les requérants se plaignaient de n'avoir pu saisir les tribunaux allemands pour des problèmes liés à leur relation de travail avec l'Agence spatiale européenne, créée par la Convention du 30 mai 1975 :

« A l'instar de la Commission, la Cour observe que l'octroi de privilèges et immunités aux organisations internationales est un moyen indispensable au

¹⁵⁰⁵ CourEDH, *Matthews c. Royaume-Uni*, GC, 18 février 1999, Rec. 1999-I, § 33.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.* § 34.

¹⁵⁰⁷ CourEDH, *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990, Série A 178.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.* CourEDH, *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990, Série A 178, § 59.

¹⁵⁰⁹ CourEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, GC, 18 février 1999, Rec. 1999-I.

bon fonctionnement de celles-ci, sans ingérence unilatérale de tel ou tel gouvernement. »¹⁵¹⁰

Elle a également constaté que l'application de « la législation nationale en la matière entraverait [...] le bon fonctionnement des organisations internationales »¹⁵¹¹. Et de la même manière que pour les immunités étatiques, la Cour n'a pas procédé à un contrôle de proportionnalité ; la compatibilité avec le droit coutumier est suffisante. Cela s'applique également à la construction européenne. Ainsi, la Cour admet-elle que « le souci de respecter le droit communautaire constitue pour une Partie contractante un dessein légitime, conforme à l'intérêt général "revêtant un poids considérable" »¹⁵¹².

Les organisations internationales sont des créations des États, et dès lors qu'il s'agit d'évaluer leur responsabilité la présence de ces derniers se fait ressentir aussi bien à la création qu'à la mise en œuvre des décisions¹⁵¹³. Il n'est donc pas simple de s'en tenir à une stricte séparation entre actes de l'organisation et ceux de mise en œuvre étatique. Si l'objectif est de continuer à contrôler les activités nationales pour que les États ne puissent pas se défaire de leurs obligations sous la CEDH par un simple transfert de compétence vers des organisations internationales, et si ces dernières doivent pouvoir agir de manière autonome, le critère basé sur l'auteur de l'acte n'est pas un critère suffisant. Il est, comme tout critère formel, à la fois sur et sous inclusif¹⁵¹⁴.

Un acte d'une organisation internationale peut dépendre de la volonté d'un seul État, le critère est alors sur-inclusif en protégeant des situations qui ne devraient pas l'être. Si l'acte est décidé par un seul État, il ne vise pas les objectifs de coopération internationale.

Un acte national peut être la conséquence de l'application d'une norme obligatoire émise par une organisation internationale, le critère est alors sous-inclusif. Le contrôle de la conformité de la norme nationale d'exécution avec la CEDH

¹⁵¹⁰ *Ibid.* § 63.

¹⁵¹¹ *Ibid.* § 72.

¹⁵¹² CourEDH, *Matthews c. Royaume-Uni*, GC, 18 février 1999, Rec. 1999-I, § 32.

¹⁵¹³ KLABBERS, *International Institutional Law*, *op. cit.*, p. 271-272. Voir également, François FINCK, *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale*, Thèse, Strasbourg, 2011, p. 239 et s. ainsi que les références fournies.

¹⁵¹⁴ Voir par exemple, Duncan KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harv. L. Rev.*, 1976, p. 1697.

s'appliquerait indirectement à la norme internationale exécutée¹⁵¹⁵. Ainsi, le contrôle opéré pourrait entraver « le bon fonctionnement » de cette organisation. Par exemple, la remise en cause d'une exécution d'un jugement de la CJUE ou de la mise en œuvre d'un règlement communautaire est perçue¹⁵¹⁶ comme une attaque envers une application uniforme du droit communautaire¹⁵¹⁷.

Les organes de supervision de la Convention ont trouvé un moyen pour dépasser ces problèmes. D'un point de vue formel, ils se sont appuyés sur le droit international général mais il s'agit davantage d'une solution prétorienne. Le nouveau test applicable à chaque remise en cause directe ou indirecte de la responsabilité d'une organisation internationale est celui de la protection équivalente.

B. Un nouveau principe de « droit international général », le principe de protection équivalente

Il était inévitable¹⁵¹⁸ que les organes strasbourgeois aient à statuer sur le respect de la CEDH dans la mise en œuvre du droit communautaire par les États membres. La Cour a posé ses principes à cet égard dans l'affaire *Bosphorus*¹⁵¹⁹ du 30 juin 2005. Elle affirme désormais que la CEDH « n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être "reconnus". Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des États membres »¹⁵²⁰.

Au contraire, selon elle, les valeurs de la Convention impose un contrôle minimal :

¹⁵¹⁵ JACQUÉ, « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 91-92.

¹⁵¹⁶ Voir par exemple, pour la Commission européenne, dans son intervention dans l'affaire *Bosphorus*, « exiger d'un État qu'avant de mettre en œuvre un acte de la Communauté il en vérifie la conformité à la Convention, avec le risque d'action unilatérale et d'inobservation du droit communautaire que cela comporterait, ce serait faire peser une menace incommensurable sur les fondements mêmes de la Communauté européenne », CourEDH, *Bosphorus*, *op. cit.*, § 124.

¹⁵¹⁷ Pour autant, dans l'affaire *Kadi c. Conseil et Commission*, la CJUE a refusé d'étendre ce raisonnement à la réception des résolutions du Conseil de sécurité. Voir, Jean-Paul JACQUÉ, « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *RTDE*, 2009, p. 169.

¹⁵¹⁸ La Cour a tenté de prendre cette décision le plus tard possible. Voir Florence BENOÎT-ROHMER, « Chronique d'une décision annoncée : l'affaire Senator Lines devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Europe des libertés*, janvier 2001, p. 5.

¹⁵¹⁹ CourEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airlines) c. Irlande*, GC, 30 juin 2005, Rec. 2005-VI.

¹⁵²⁰ CourEDH, *Matthews c. Royaume-Uni*, GC, 18 février 1999, Rec. 1999-I, § 32.

« il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné : les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective »¹⁵²¹.

D'un point de vue rhétorique, le test de *Bosphorus* est ancré en droit international général. Toutefois, si la Cour a utilisé explicitement les principes de l'intégration systémique des traités de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁵²² et le principe *pacta sunt servanda*¹⁵²³, elle n'en a tiré aucune conséquence particulière. L'argument crucial est le recours au but et à l'objet de la Convention.

La Cour a approuvé le transfert de compétence comme remplissant « un intérêt légitime revêtant un poids considérable »¹⁵²⁴ mais en même temps elle a continué d'appliquer la Convention. Toutefois, elle a tout de suite nuancé les effets de la responsabilité continue des États sinon cela aurait « rendu totalement transparente la personnalité juridique de l'organisation »¹⁵²⁵.

Le critère de protection équivalente développé par la Commission dans l'affaire *M & Co*¹⁵²⁶ a permis de trouver un équilibre entre l'idée d'une continuité du contrôle et celle de l'autonomie de l'organisation internationale. Il a été reconnu applicable aussi bien par l'État défendeur que par le requérant. Cette approche s'inspire de celle de la cour constitutionnelle fédérale allemande, qui affirmait dans son fameux arrêt *So lange II* que tant que la protection des droits fondamentaux était assurée dans le cadre de l'UE, elle accepterait de ne pas contrôler la constitutionnalité des mesures d'application du droit communautaire.

Si l'organisation internationale en question garantit une protection équivalente à celle de la Convention, alors les États peuvent exécuter leurs obligations sans devoir

¹⁵²¹ CourEDH, *Bosphorus*, précité, § 154.

¹⁵²² *Ibid.* § 150.

¹⁵²³ *Ibid.*

¹⁵²⁴ *Ibid.*

¹⁵²⁵ BENOIT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus* », *op. cit.*, p. 833.

¹⁵²⁶ ComEDH, *M. & Co. c. RFA*, (déc.), 9 février 1990, DR 64, p. 138.

vérifier la compatibilité avec la CEDH. Néanmoins, dans l'affaire *Bosphorus*, la Cour a émis des limites théoriques à cette présomption de compatibilité :

« [Cette] présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu' "instrument constitutionnel de l'ordre public européen" dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale »¹⁵²⁷.

Alors qu'il n'était pas certain que cette décision le permette, la Cour a, dans l'affaire *Gasparini*¹⁵²⁸, étendu ce test aux mesures directement prises par une organisation internationale. Pour elle, les États membres doivent veiller à ce que les droits de l'homme reçoivent une « protection équivalente » au sein des organisations auxquelles ils transfèrent une part de leurs pouvoirs et dans le mécanisme de la Convention : « en effet, la responsabilité d'un État partie à la Convention pourrait être mise en jeu au regard de celle-ci s'il s'avérait ultérieurement que la protection des droits fondamentaux offerte par l'organisation internationale concernée était entachée d'une "insuffisance manifeste" »¹⁵²⁹.

Comme l'écrit Florence BENOIT-ROHMER, il s'agit certes d'« un avertissement adressé aux États membres qui participent à la constitution d'organisations internationales »¹⁵³⁰, mais pour l'instant c'est un avertissement sans frais. La Cour n'a, à notre connaissance, jamais constaté d'absence de protection équivalente¹⁵³¹, ni d'insuffisance manifeste. Dans l'affaire *Gasparini*, le requérant contestait les garanties procédurales offertes dans le cadre de la Commission de recours de l'OTAN (la CROTAN). La Cour a admis que le standard de protection était inférieur à celui garanti dans sa jurisprudence en matière de procès équitable¹⁵³². Mais elle a

¹⁵²⁷ CourEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airlines) c. Irlande*, GC, 30 juin 2005, Rec. 2005-VI, § 156.

¹⁵²⁸ CourEDH, *Gasparini contre l'Italie et la Belgique*, (déc.), 12 mai 2009.

¹⁵²⁹ *Ibid.*

¹⁵³⁰ Florence BENOIT-ROHMER, « Bienvenue aux enfants de Bosphorus : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales », *RTDH*, 2010, p. 27.

¹⁵³¹ Dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011, la Cour a simplement affirmé que la présomption de protection équivalente n'était pas applicable en l'espèce afin de pouvoir trouver une violation de la Convention lors d'une mise en œuvre du droit de l'UE relatif au système du traitement des demandes d'asile.

¹⁵³² Il s'agissait en l'occurrence de l'absence de publicité des débats devant la Commission de recours de l'OTAN.

jugé que cette matière était assortie d'une marge d'appréciation étendue donc qu'il n'y avait pas de violation de l'article 6 en l'absence d'une « insuffisance manifeste ».

« Son contrôle en vue de déterminer si la procédure devant la CROTAN, organe d'une organisation internationale ayant une personnalité juridique propre et non partie à la Convention, est entachée d'une insuffisance manifeste est nécessairement moins ample que le contrôle qu'elle exerce au regard de l'article 6 sur les procédures devant les juridictions internes des États membres de la Convention »¹⁵³³.

Johan CALLEWAERT affirmait à propos du « modèle Solange » qu'il « apparaît aujourd'hui comme un modèle d'effacement total et quasi-définitif de la protection nationale des droits fondamentaux devant la protection communautaire, du moins en tant qu'il s'agit du droit communautaire dérivé »¹⁵³⁴. Son constat semble désormais également valable en ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme avec la jurisprudence *Bosphorus*.

Toutefois, au final, la responsabilité des États est alors engagée sur la base des traités constitutifs, et documents équivalents, et sur le contrôle général de la direction prise par l'organisation. Il s'agit d'une responsabilité qui varie selon l'importance du pouvoir exercé tout en imposant des obligations positives de contrôle minimal. Cela permet aussi d'utiliser le test de « protection équivalente » quels que soient les actes en question. Il s'applique aux mesures nationales de mise en œuvre des actes internationaux, mais également aux actes directement pris par l'organisation.

La Cour a ainsi procédé à une révision du critère d'attribution de la responsabilité, il ne s'agit plus d'un critère fonctionnel mais substantif, dépendant de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de l'État dans la mise en œuvre des actes.

Cette création prétorienne n'est pas fondée sur le droit international général. Il est impossible de dire pour autant que la Cour ait nié le droit international existant, en l'absence de positions établies en ce domaine¹⁵³⁵. En 1995, malgré les faiblesses de

¹⁵³³ CourEDH, *Gasparini contre l'Italie et la Belgique*, (déc.), 12 mai 2009.

¹⁵³⁴ Johan CALLEWAERT, « Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes », *RTDH*, 2001, p. 1190.

¹⁵³⁵ Rapport KOSKENNIEMI, « Fragmentation du droit international », *op. cit.*, p. 136.

la pratique reconnues par son rapporteur¹⁵³⁶, l'IDI avait refusé à l'article 5 de sa résolution sur « Les conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers »¹⁵³⁷ l'existence d'une règle établissant une possible responsabilité conjointe entre l'organisation internationale et les États membres :

« il n'existe aucune règle générale de droit international prévoyant que les États membres sont, en raison de leur seule qualité de membre, responsables conjointement ou subsidiairement des obligations d'une organisation internationale dont ils sont membres ».

Dans ce contexte, la Cour participe de l'établissement de nouvelles solutions en droit international. En effet, ses principes ont été repris par la CDI à l'article 61 du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de 2011¹⁵³⁸. Une exception à la compétence exclusive de l'organisation, dont tous les exemples proviennent de la jurisprudence strasbourgeoise¹⁵³⁹, a été rajoutée. La responsabilité des États serait ainsi engagée en cas de « contournement des obligations internationales d'un État membre d'une organisation internationale ».

Si le projet de la CDI devient le document de base pour l'affirmation du droit coutumier, comme cela a été le cas dans nombreux domaines, alors les juges strasbourgeois auront été à l'origine du droit international général dans ce domaine¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁶ Rosalyn HIGGINS, « Rapport provisoire, Institut de droit international », *Annuaire IDI*, 1995, vol. 66-1, p. 375.

¹⁵³⁷ *Annuaire IDI*, 1995, Session de Lisbonne.

¹⁵³⁸ « Article 61 Contournement des obligations internationales d'un État membre d'une organisation internationale

1. Un État membre d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si, en se prévalant du fait que l'organisation est compétente relativement à l'objet d'une des obligations internationales de cet État, il contourne cette obligation en amenant l'organisation à commettre un fait qui, s'il avait été commis par cet État, aurait constitué une violation de cette obligation.

2. Le paragraphe 1 s'applique que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'organisation internationale. » *Rapport CDI*, A/66/10, p. 67.

¹⁵³⁹ La CDI cite les arrêts *Waite et Kennedy*, *Bosphorus* et *Gasparini*. Commentaires sous l'article 61. *Annuaire CDI*, 2011, A/66/10.

¹⁵⁴⁰ Bien sur, cela n'est le cas que dans la mesure où les articles de la CDI deviendront les principes dominants. Il existe des résistances en doctrine et parmi les États. Mais l'addition de la Cour européenne des droits de l'homme avec la CDI crée une dynamique difficilement arrêtable. Voir également, Cedric RYNGAERT et Holly BUCHANAN, « Member State Responsibility for the Acts of International Organizations », *Utrecht Law Review*, 2011, p. 131-146.

Toutefois, la Cour n'a pas souhaité appliquer le même principe dans le cadre du maintien de la paix tel que pratiqué dans le contexte des Nations unies.

§ 2. De la déférence au contrôle, les actions approuvées par les Nations unies

Le Conseil de sécurité est l'organe auquel a été confiée « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales »¹⁵⁴¹, premier objectif des Nations unies¹⁵⁴². Comme l'ONU ne dispose pas des forces militaires nationales prévues aux articles 43 à 45 de la Charte, la pratique internationale est venue combler ce manque. La méthode consiste à autoriser l'usage de la force par une résolution du Conseil de sécurité prise sur la base du Chapitre VII. Cela permet de rendre légales des actions militaires qui sinon ne l'auraient pas été. Les États participants agissent alors dans l'intérêt des Nations unies. Il reste à savoir s'ils continuent à engager leur propre responsabilité internationale ou bien si leurs actes peuvent être attribués à l'organisation universelle.

À partir du moment où la Cour a étendu la conception territoriale de la juridiction, la CEDH peut être invoquée dans des circonstances où l'armée de l'État défendeur agit dans le cadre d'une action rendue légale par les Nations unies. Les juges de Strasbourg ont traité cette question dans les affaires *Behrami et Saramati* de 2006 et l'affaire *Al-Jedda* de 2011.

Il a été déjà vu dans la première partie¹⁵⁴³ que la Cour a reconnu l'importance des actions visant le maintien de la paix, et qu'il s'agit d'un « but impératif » à la lecture des articles 25 et 103 de la Charte. Mais si la Cour a légitimé et privilégié les objectifs des Nations unies, il reste à déterminer la signification pratique en termes de contrôle de la responsabilité des États. Pour ce faire, elle a eu recours au droit international général.

La tension entre les finalités poursuivies par l'ONU et celles de la protection des droits de l'homme est encore plus importante que pour les autres organisations internationales. Car, que ce soit dans le contexte de la construction communautaire ou de la création d'une organisation internationale en général, les objectifs

¹⁵⁴¹ Article 24, Charte des Nations unies.

¹⁵⁴² Premier objectif énoncé à l'article 1 de la Charte listant les buts des Nations unies.

¹⁵⁴³ Voir supra, Première partie, Titre 1, Chapitre 1.

s'expriment de manière compatible avec la protection des droits de l'homme. Dans le cadre du maintien de la paix, l'autorisation de l'usage de la force conduit forcément à mettre en danger des droits de l'homme, au moins de manière temporaire. Toute guerre porte atteinte aux droits de l'homme, il y a toujours des « dommages collatéraux » que ce soit des victimes civiles, des destructions de cibles non militaires... C'est pour cela que le droit international humanitaire a été développé, pour garantir un minimum de protection là où l'ensemble des droits de l'homme ne peuvent être protégés.

Pour tenter de concilier ces différents buts, la première méthode a été de faciliter l'attribution des actes aux Nations unies grâce au concept de délégation (A), avant de revenir en arrière et de créer un test différent (B). Ces deux approches ont été justifiées par le recours au droit international général.

A. La responsabilité à l'ONU en cas de contrôle ultime, l'arrêt *Behrami et Saramati*

Suite aux bombardements de l'OTAN au Kosovo et en Serbie en 1999, destinés à protéger la population albanophone du Kosovo, la République fédérative de Yougoslavie a signé l'accord pour le retrait de ses forces armées du Kosovo, le 9 juin 1999. Le lendemain, le Conseil de sécurité de l'ONU approuvait le contrôle du Kosovo sur la base du chapitre VII de la Charte par la résolution 1244. Celle-ci validait la création de deux organes pour gérer le Kosovo : la MINUK, administration civile, et la KFOR chargée de la sécurité. La KFOR était placée sous la chaîne de commandement de l'OTAN, « sur la base d'un commandement délégué par l'ONU »¹⁵⁴⁴ et la MINUK était sous la responsabilité du représentant du Secrétaire-général des Nations unies.

Dans l'affaire *Behrami*, la France, l'État défendeur, avait participé aux opérations de déminage au sein de la KFOR. Les troupes françaises n'avaient pu empêcher qu'un enfant meure et qu'un autre soit gravement blessé, du fait de l'explosion accidentelle d'une bombe. Dans l'affaire *Saramati*, des officiers norvégiens et français opérant au titre de la MINUK avaient autorisé la détention du requérant.

¹⁵⁴⁴ CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (décision), GC, 31 mai 2007, § 129.

La Cour devait déterminer dans chaque cas l'imputabilité des actes pris par les contingents français et norvégiens. Pour ce faire, elle s'est placée sous l'angle du droit international en utilisant le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de la CDI tels que développés en 2003 et 2004¹⁵⁴⁵, ainsi que la jurisprudence de la CIJ portant sur la primauté des résolutions du Conseil de sécurité¹⁵⁴⁶.

Du projet d'articles de la CDI, la Cour a retiré que l'attribution à l'ONU¹⁵⁴⁷ dépend du contrôle effectif¹⁵⁴⁸. Le cas de la MINUK apparaît plus simple car, contrairement à la KFOR, elle est une création des Nations unies sous responsabilité et contrôle du Secrétaire général et donc d'« un organe subsidiaire de l'ONU qui répond directement, pleinement et institutionnellement de ses actes devant le Conseil de sécurité »¹⁵⁴⁹. Ainsi tous les actes de la MINUK sont attribuables à l'ONU. Cette partie de la décision de la Cour a été généralement acceptée en doctrine¹⁵⁵⁰.

La partie plus problématique provient du fait qu'elle a introduit un nouveau critère. Dans le cadre de la KFOR, la Cour s'est posé la question de l'attribution des actes au Conseil de sécurité sur la base de la délégation de pouvoirs et non plus du contrôle effectif. Il est important ici de citer l'intégralité du passage car c'est dans la littérature que la Cour a trouvé le critère de délégation.

« Si le chapitre VII constitue le fondement de la délégation des pouvoirs de sécurité du Conseil de sécurité, pareille délégation doit être suffisamment limitée pour rester compatible avec le degré de centralisation de la sécurité collective assurée par le Conseil de sécurité qui est constitutionnellement

¹⁵⁴⁵ Documents, A/59/10 (2004), A/CN.4/541. Cités dans la partie « En fait », § 29-33 et repris dans la partie « En droit », § 121, 138 et 142.

¹⁵⁴⁶ CIJ, *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, Rec. 1984, § 107 ; CIJ, *affaires relatives à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie, (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique et Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, Rec. 1992, § 42 et 39. Cité dans la partie « En fait » au § 27, le § 27 est ensuite mentionné dans la partie « En droit » au § 147.

¹⁵⁴⁷ CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (décision), GC, 31 mai 2007, § 121.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.* § 138.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.* § 142.

¹⁵⁵⁰ Voir par exemple, Philippe LAGRANGE, « Responsabilité des États pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations unies », *RGDIP*, 2008, p. 99 ; Nicholas TSAGOURIAS, « The responsibility of international organisations for military missions », in *International Military Missions and International Law*, Odello, M. and Piotrowicz, R. (eds.), Brill, 2011, p. 250. *Contra*, Marko MILANOVIĆ et Tatjana PAPIĆ, « As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights Behrami and Saramati Decision and General International Law », *JCLQ*, 2009, p. 267.

nécessaire en vertu de la Charte et, plus particulièrement, pour que les actes de l'entité déléguée soient attribuables à l'ONU (voir, outre Chestermann, de Wet, Friedrich, Kolb et Sarooshi, tous cités plus haut, Gowlland-Debbas « *The limits of Unilateral Enforcement of Community Objectives in the Framework of UN Peace Maintenance* » EIL (2000) vol. 11, n^{os} 2369-2370 ; Niels Blokker, « *Is the authorisation Authorised ? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorise the Use of Force by « Coalition of the Able and Willing »* », EJIL (2000), vol. 11 n^o 3, pp. 95-104, et affaire *Meroni v. High Authority 9/56*, [1958] ECR 133). »¹⁵⁵¹

Ces références à de nombreux auteurs est rare mais elles sont ici problématiques. Tout d'abord, un seul des auteurs cités¹⁵⁵², Dan SAROOSHI, a traité de la question d'attribution de la responsabilité¹⁵⁵³. Cinq n'en ont pas discuté. De plus, il est le seul à retenir le critère de délégation pour fixer la question d'attribution, et il le fait de manière succincte¹⁵⁵⁴. Deux autres auteurs prennent une position différente¹⁵⁵⁵.

Ensuite de cette manière, la Cour a transformé la question d'attribution de responsabilité en celle de légalité de la délégation. Selon elle :

« la question clé à trancher est celle de savoir si le Conseil de sécurité avait conservé l'autorité et le contrôle ultimes et si seul le commandement opérationnel était délégué »¹⁵⁵⁶.

En l'espèce, la réponse est positive car la KFOR devait rendre des comptes au Conseil de sécurité.

Ce critère de délégation a été très critiqué. Pour la plupart des auteurs, le standard en vigueur en droit international est le caractère effectif du transfert du contrôle sur le

¹⁵⁵¹ CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (décision), GC, 31 mai 2007, § 132.

¹⁵⁵² Voir l'analyse de MILANOVIĆ et PAPIĆ, « As Bad As It Gets », *op. cit.*, p. 280 et Francesco MESSINEO, « Things Could Only Get Better: Al-Jedda beyond Behrami », *Military Law and the Law of War Review*, 2011, p. 321-346.

¹⁵⁵³ Dan SAROOSHI, *The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, OUP, 1999, p. 163-166.

¹⁵⁵⁴ SAROOSHI, *The UN and the Development of Collective Security*, *op. cit.*, p. 163-164. En particulier, l'auteur utilise le critère de « overall authority and control », transformé en autorité et contrôle ultime par la Cour.

¹⁵⁵⁵ MILANOVIĆ et PAPIĆ, « As Bad As It Gets », *op. cit.*, p. 280.

¹⁵⁵⁶ CourEDH, *Behrami et Saramati*, précité, § 133.

commandement des forces¹⁵⁵⁷. C'est également le critère retenu par la CIJ¹⁵⁵⁸ et la CDI dans l'article 7 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales¹⁵⁵⁹ mais également par le Secrétariat des Nations unies¹⁵⁶⁰. Selon les critères habituellement utilisés par la Cour¹⁵⁶¹, il s'agit donc du concept dominant dans la communauté des juristes. Il aurait dû incarner le droit international général. Or, le contrôle effectif est très différent du contrôle ultime car il doit être apprécié au cas par cas et non de manière globale¹⁵⁶², ce que la Cour n'a pas tenté d'établir.

Ce choix n'est pas dû à un manque de connaissance car la Cour a cité l'article 7 du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (article 3 au moment de l'arrêt) dans la partie « En fait »¹⁵⁶³. Elle est même allée plus loin car elle s'est délibérément référée aux travaux de la CDI pour décider que les actes de la KFOR et de la MINUK pouvaient être attribués à l'ONU. Elle déclare ainsi avoir « utilisé le mot "attribution" dans le sens donné à ce terme par la CDI dans l'article 3 de son projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales »¹⁵⁶⁴.

C'est davantage dans les objectifs de la règle qu'il faut trouver les raisons de l'utilisation du critère de contrôle ultime. Ainsi, l'utilisation d'un critère différent, tel le contrôle effectif, pourrait être contre-productive dans l'optique du maintien de la paix et de l'efficacité de la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité.

« 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 États membres. Par

¹⁵⁵⁷ Voir entre autres, LAGRANGE, « Responsabilité des États », *op. cit.*, p. 100 ; Kjetil M. LARSEN « Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority and Control' Test », *EJIL*, 2008, p. 517 ; MILANOVIĆ et PAPIĆ, « As Bad As It Gets », *op. cit.*, p. 281-282 ; TSAGOURIAS, « The responsibility », *op. cit.*, p. 253.

¹⁵⁵⁸ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, § 115 ; CIJ, *Affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt 26 février 2007, Rec. 2007, § 389-400.

¹⁵⁵⁹ « Le comportement d'un organe d'un État ou d'un organe ou agent d'une organisation internationale mis à la disposition d'une autre organisation internationale est considéré comme un fait de cette dernière d'après le droit international pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement. »

¹⁵⁶⁰ Commentaires du Secrétariat des Nations unies aux travaux de la CDI, A/CN.4/637/Add.1 (2011).

¹⁵⁶¹ Voir *supra*, Première partie, Titre 1.

¹⁵⁶² CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (décision), GC, 31 mai 2007, § 32.

¹⁵⁶³ *Ibid.* § 31.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.* § 121.

conséquent, la Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant de telles missions. Cela s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU dans ce domaine, voire, comme l'ont dit certaines des parties, dans la conduite efficace de pareilles opérations. »

La Cour a également renoncé à appliquer le critère de protection équivalente car il existe selon elle « une différence fondamentale entre la nature de l'organisation internationale et de la coopération internationale dont il était question dans l'affaire Bosphorus et celle en cause en l'espèce »¹⁵⁶⁵.

Les actions de la KFOR et de la MINUK sont « directement imputables à l'ONU en tant qu'organisation à vocation universelle remplissant un objectif impératif de sécurité collective »¹⁵⁶⁶ agissant dans le cadre du Chapitre VII. Cet objectif impose de ne pas rajouter des conditions d'exécution, comme le respect de la protection des droits de l'homme.

Ainsi, la Cour s'est encore fondée sur le droit international pour justifier une approche spéciale en ce qui concerne les actions couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité.

Elle a procédé aux mêmes constats dans l'affaire *Berić*¹⁵⁶⁷ concernant l'attribution des actes du Haut représentant chargé de superviser, conformément à la résolution 1031 du Conseil de sécurité, la mise en œuvre des accords de Dayton. Selon la Cour :

« le Haut Représentant exerçait des pouvoirs que le Conseil de sécurité lui avait régulièrement délégués en vertu du chapitre VII de la Charte, de sorte que la mesure litigieuse était, en principe, “attribuable” à l'ONU, au sens de l'article 3 des projets d'articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales. »¹⁵⁶⁸

¹⁵⁶⁵ *Ibid.* § 151.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*

¹⁵⁶⁷ CourEDH, *Berić et autres c. Bosnie-Herzégovine*, (déc.), 16 octobre 2007.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.* § 28.

Dans l'affaire *Al-Jedda*, la Cour a pourtant retravaillé le droit international pour qu'il devienne plus compatible avec l'objectif de lutte contre l'impunité.

B. L'établissement du contrôle, l'arrêt *Al-Jedda*

La Cour a eu l'occasion de revenir sur les principes posés dans l'arrêt *Behrami et Saramati* vis-à-vis de l'occupation de l'Irak par la Force multinationale (ci-après FMN), dominée par les États-Unis et le Royaume-Uni.

Dans l'affaire *Al-Jedda*¹⁵⁶⁹, le requérant contestait la légalité de sa détention à Bassora par les forces britanniques, en charge de la partie sud de l'Irak. Il fut détenu d'octobre 2004 au 30 décembre 2007 pour suspicion de complicité avec des actes de terrorisme. Le gouvernement britannique affirmait être protégé par la résolution 1546 du Conseil de sécurité prise le 8 juin 2004 sur la base du Chapitre VII :

« la force multinationale est habilitée à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Iraq conformément aux lettres qui figurent en annexe à la présente résolution et où on trouve notamment la demande de l'Iraq tendant au maintien de la présence de la force multinationale et la définition des tâches de celle-ci, notamment en ce qui concerne la prévention du terrorisme et la dissuasion des terroristes »¹⁵⁷⁰.

La Chambre des Lords britannique décida que, contrairement à la Cour dans l'arrêt *Behrami et Saramati*, les actes ne pouvaient être attribuables à l'ONU mais que la résolution 1546 rendait obligatoire la détention de personnes mettant en danger la sécurité de l'Irak. En vertu de l'article 103 de la Charte des Nations unies, article donnant la priorité à la Charte en cas de conflit avec d'autres obligations, la CEDH n'aurait pas trouvé à s'appliquer.

La Grande chambre de la Cour a jugé cette affaire le même jour qu'*Al-Skeini*, en utilisant donc le nouveau critère de juridiction développé. Elle y a également fondée son argumentation sur le droit international. Elle a eu recours aussi bien aux travaux

¹⁵⁶⁹ CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011.

¹⁵⁷⁰ S/Res/1546 (2004).

de la CDI¹⁵⁷¹ qu'à la jurisprudence de la CIJ¹⁵⁷², pour pouvoir interpréter la portée des différentes résolutions du Conseil de sécurité autorisant la FMN à l'usage de la force en Irak. Pour la Cour, ces résolutions n'ont pas eu « pour effet de rendre imputables à l'ONU les actes des soldats de la force multinationale ni – aspect plus important aux fins de la présente affaire – de mettre fin à leur imputabilité aux États fournisseurs de contingents »¹⁵⁷³.

Car même si les États-Unis avaient le devoir « de rendre compte périodiquement au Conseil de sécurité des activités de la force multinationale,[...] l'ONU n'en avait pas assumé pour autant un quelconque contrôle sur la force elle-même ni sur l'une quelconque des autres fonctions exécutives de l'Autorité provisoire de la coalition »¹⁵⁷⁴.

Ainsi, la Cour a tiré des conclusions différentes des résolutions visant la FMN en Irak de celles confiant à l'OTAN la gestion des questions sécuritaires au Kosovo. La distinction entre les deux situations est discutable car il était également possible de mettre en cause l'existence d'un contrôle réel du Conseil de sécurité sur les activités de l'OTAN. Mais surtout, le libellé des résolutions était assez similaire en termes d'autorisation de l'usage de la force¹⁵⁷⁵. Une différence importante se situe dans l'appréciation politique, avec une intervention irakienne vue comme étant illégitime en plus d'être illégale, contrairement à celle du Kosovo vue comme étant illégale mais légitime¹⁵⁷⁶.

Le plus intéressant du point de vue de l'utilisation du droit international reste toutefois la question du critère d'attribution. Dans l'affaire *Behrami et Saramati*, il s'agissait du « contrôle ultime », dans l'affaire *Al-Jedda*, la Cour « considère que le Conseil de sécurité n'exerçait ni un contrôle effectif ni l'autorité et le contrôle ultimes sur les

¹⁵⁷¹ CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011, références au projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales aux § 55-56 dans la partie « En fait » et § 84 dans la partie « En droit ».

¹⁵⁷² CIJ, Avis consultatif sur la *Namibie*, cité au § 76.

¹⁵⁷³ CourEDH, *Al-Jedda*, précité, § 80.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ Voir l'opinion minoritaire de Lord ROGER dont les extraits pertinents ont été traduits au § 19.

¹⁵⁷⁶ Voir par exemple le numéro spécial de l'*AJIL* d'octobre 1999 consacré au Kosovo avec 7 interventions assez représentatives des tensions à l'œuvre. *AJIL*, 1999, p. 824-862. Voir également, Martti KOSKENNIEMI, « "The Lady Doth Protest Too Much". Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law », *MLR*, 2002, p. 64.

actions et omissions des soldats de la force multinationale et que, dès lors, l'internement du requérant n'est pas imputable à l'ONU. »¹⁵⁷⁷

La Cour a décidé que les actes étaient imputables au Royaume-Uni sans identifier le critère décisif, contrôle ultime ou contrôle effectif. Toutefois, comme le test de contrôle ultime est satisfait dans l'affaire *Al-Jedda* de la manière envisagée dans l'affaire *Behrami* – la FMN devait également rendre compte au Conseil de sécurité – on peut penser que la Cour a appliqué le critère de contrôle effectif.

Il reste alors à rechercher si l'article 5 a été violé. La Cour n'a pas trouvé que la résolution 1546 écartait l'application de la Convention. Elle estime que la Charte s'inscrivait dans le respect des droits de l'homme¹⁵⁷⁸ et relève que selon le préambule de la résolution 1546 les forces de la FMN s'étaient « engagées à se conformer au droit international, y compris aux obligations qui découlent du droit international humanitaire »¹⁵⁷⁹. En l'absence d'une disposition claire en sens contraire, la Cour présume donc que « le Conseil de sécurité entendait que les États membres de la force multinationale contribuent au maintien de la sécurité en Irak en respectant leurs obligations découlant du droit international relatif aux droits de l'homme. »¹⁵⁸⁰

La Cour procède à une lecture de la résolution conforme aux droits de l'homme ; il aurait fallu que la possibilité de l'internement soit expressément mentionnée. Cette approche s'oppose dès lors à l'argument développé dans l'affaire *Behrami et Saramati* où elle avait estimé au contraire que le contrôle de conventionalité des actions des contingents nationaux « équivaldrait également à imposer des conditions à la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité qui n'étaient pas prévues par le texte de la résolution lui-même. »¹⁵⁸¹

Elle a également refusé de considérer que le droit international humanitaire permettait l'internement de M. Al-Jedda. Dans le cadre d'opérations de maintien de la paix, il est aisé d'argumenter en faveur du droit international humanitaire comme le meilleur mode de régulation de l'usage de la force, en tant que droit spécialement

¹⁵⁷⁷ CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, GC, 7 juillet 2011, § 84.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.* Articles 1 et 24 (1) Charte des Nations unies, cités § 102.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.* cité au § 104.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.* § 105.

¹⁵⁸¹ CourEDH, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, (décision), GC, 31 mai 2007, § 14.

conçu pour s'adapter aux questions d'occupation militaire. Mais l'argument est rejeté par la Cour par une relecture du droit humanitaire destinée à le rendre compatible à l'article 5 CEDH. En effet, selon l'article 42 de la Convention (IV) de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, « l'internement ou la mise en résidence forcée des personnes protégées ne pourra être ordonné que si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend absolument nécessaire ».

De même, les juges strasbourgeois ne voient dans l'internement qu'« une action de dernier ressort »¹⁵⁸² :

« En l'absence d'obligation contraignante de recourir à l'internement, il n'y avait aucun conflit entre les obligations imposées au Royaume-Uni par la Charte et celles découlant de l'article 5 § 1 de la Convention. »¹⁵⁸³

Dans cette affaire, la Cour a relu la Charte et le droit international humanitaire en établissant une présomption de conformité avec les droits de l'homme.

Pourtant, il est difficile de savoir quelle est la réelle portée des termes de la résolution 1546 affirmant que les États participant à la FMN s'engagent à respecter le droit international. Le raisonnement est en effet circulaire : le comportement est légal s'il est autorisé par le Conseil de sécurité, or la résolution fait appel au droit international. L'interprétation de la résolution favorisée par la Cour dépend du parti pris, en l'occurrence celui du principe d'application des droits de l'homme.

La Cour a produit une opération identique avec l'interprétation conforme du droit international humanitaire avec l'article 5. Pour Jelena PEJIC, conseiller juridique du CICR, cette interprétation est erronée et même dangereuse. Elle oublie les raisons de l'internement, qui est autorisé dans une situation de conflit armé mais ne le serait pas en temps de paix. Or, même selon le droit humanitaire, les forces armées sont autorisées à tuer tous ceux qui participent militairement au conflit, incluant la population civile combattante. L'internement permet de retirer des combattants du champ de bataille sans avoir à les tuer¹⁵⁸⁴. Selon Jelena PEJIC, en aggravant le

¹⁵⁸² *Ibid.* § 107.

¹⁵⁸³ *Ibid.* § 109.

¹⁵⁸⁴ Jelena PEJIC, « The European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, 2011, p. 848.

danger pesant sur les combattants, la Cour aurait donc retenu une interprétation de l'article 42 contraire à son but.

Pour d'autres auteurs, elle aurait au contraire fait le bon choix. Il était important de mettre en balance les intérêts protégés par les Nations unies et ceux de la CEDH¹⁵⁸⁵. Néanmoins, il semble que la question décisive pour déterminer le contenu de la règle n'était pas à trouver dans la pratique ou dans l'analyse des règles. Le plus important était de déterminer quel était le point de vue à privilégier. L'arrêt *Behrami et Saramati* a posé comme priorité de ne pas entraver l'effectivité des actions du Conseil de sécurité agissant dans le cadre du maintien de la paix. L'arrêt *Al-Jedda* a remis les droits de l'homme au centre des valeurs à protéger, en tant qu'objectif par défaut de l'intégralité du droit international. Les normes de droit international général n'ont eu qu'un rôle très subsidiaire, même si elles ont été mises en avant comme étant le fondement des décisions.

Le droit international limite la liberté des États de contrôler les activités des autres États ou organisations internationales. Du point de vue juridictionnel, le principe d'immunité et les règles d'attribution de compétence permettent de respecter l'autonomie de ces derniers. Certes, ils ne sont pas figés. La tendance est à la construction d'un nombre croissant d'exceptions à la règle de l'immunité, toutefois elle continue à former un élément important du système international. L'immunité des États est un outil au service de la stabilité des relations internationales, et celle des organisations internationales est au service de la coopération internationale. Du point de vue des règles de responsabilité, les exceptions sont encore en voie de consolidation.

Toutefois, pour la Cour européenne des droits de l'homme les immunités et les exclusions d'attribution peuvent être vues comme une diminution de l'efficacité des droits inscrits dans la CEDH en diminuant la responsabilité des États pour des actes auxquels ils participent.

Il est donc possible de voir là un conflit qui doit être tranché : soit la Cour continue à appliquer ses standards de protection des droits individuels, soit elle intègre le droit

¹⁵⁸⁵ Pasquale DE SENA, Maria C. VITUCCI, « The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values », *EJIL*, 2009, p. 227-228.

international. D'un point de vue général, elle n'a pas décidé : les principes du droit international sont compatibles avec le respect des droits. Cependant, elle a procédé à deux ajustements au niveau de leur concrétisation. Le premier est le travail sur les exceptions en droit coutumier, par un relâchement des exigences relatives à l'intensité de la pratique. Le second est la création du principe de « protection équivalente » permettant d'imposer un filet de protection minimum des droits de l'homme dans les organisations internationales hors Nations unies.

Il s'agit d'une pratique partiellement divergente de celle de la CIJ en ce qui concerne les critères de reconnaissance de l'émergence d'une coutume nouvelle. La Cour de La Haye est généralement plus prudente que la Cour de Strasbourg, comme elle l'a démontré à propos des normes de *jus cogens* et sur le seuil de pratique généralement nécessaire à l'établissement d'une coutume. S'il existe une tension parmi les juges strasbourgeois quant au rôle que la Cour devrait jouer en matière de droit international général, les dernières décisions semblent s'écarter de la prudence pour se pencher davantage vers l'innovation. La Cour assume sa capacité à déclarer des principes nouveaux du droit coutumier qui seraient plus compatibles avec sa vision des droits de l'homme.

Conclusion du Titre 2

En ce qui concerne la capacité de la Cour à traiter de problèmes ayant un impact sur d'autres acteurs du droit international, le principal attrait du droit international n'est pas la précision des solutions juridiques. Pour la plupart des problèmes envisagés, il n'existe pas d'opinions suffisamment dominantes en droit international pour pouvoir privilégier telle ou telle solution. Si le droit international a toujours été proposé comme fondement des raisonnements de la Cour, celle-ci a *in fine* inventé de nouveaux critères pour déterminer les limites de la juridiction ou le contrôle des activités des organisations internationales.

Ainsi le droit international n'offre que peu de solutions toutes faites à la Cour. Cela n'est pas surprenant dans la mesure où il peut aller à l'encontre de l'efficacité du droit de recours individuel, élément crucial de la CEDH. Cette imprécision constitue une ressource pour la Cour. Elle lui permet d'élaborer des stratégies pour étendre ou limiter son action selon son échelle de valeurs.

À la différence du titre précédent, le Titre 2 a mis en exergue des priorités distinctes de celles de la politique de renforcement des attributions de la Cour. Il s'agit, par exemple, de savoir comment les obligations des différents États peuvent cohabiter ou bien comment gérer le système spécial créé par la Charte des Nations unies en matière de maintien de la paix. Il est impossible de ne pas choisir, ni d'établir des priorités pour pouvoir confronter ces différentes valeurs. La question était donc de savoir comment la Cour allait les concilier.

La première possibilité, celle affirmée dans l'arrêt *Behrami et Saramati* ou plus indirectement dans la décision *Banković*, est de reconnaître la prééminence de certains intérêts externes à la CEDH, en l'occurrence le maintien de la paix. La deuxième est opposée ; elle postule que certaines valeurs de la Convention ne sont pas négociables. Il s'agit de l'approche liée à l'ordre public européen. Mais la Cour n'a véritablement choisi ni l'une ni l'autre. On pourrait croire qu'elle a finalement privilégié une « concordance pratique »¹⁵⁸⁶, dans le sens d'une lecture conciliatrice des différents systèmes comme dans l'arrêt *Al-Jedda*. Pour autant, s'il y a de

¹⁵⁸⁶ Voir par exemple, Thilo MARAUHN and Nadine RUPPEL, « Balancing conflicting human rights: Konrad Hesse's notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court » in *International Conference on Conflicts Between Fundamental Rights*, E. Brems (ed.), Intersentia, 2006, p. 279-283.

véritables différences de fond, cette méthode n'est qu'une manière déguisée d'établir des préférences. C'est une autre manière de lire les arrêts *Al-Jedda* et *Bosphorus*. L'arrêt *Al-Jedda* établirait la prééminence des droits de l'homme lorsque l'arrêt *Bosphorus* protègerait l'indépendance de l'UE.

Mais une autre interprétation est possible. Pour Martti KOSKENNIEMI, la rencontre de visions spécialisées mettant en avant leurs propres points de vue peut être décrite comme une technique hégémonique. Pour un acteur donné, « l'objectif est de faire en sorte que [son] interprétation partielle d'[une] signification soit considérée comme l'interprétation générale, que [sa] préférence apparaisse comme la *préférence universelle* »¹⁵⁸⁷. Il ne s'agit pas d'une définition idéologique, mais d'une définition technique¹⁵⁸⁸ pour décrire les tentatives faites par une institution d'imposer son point de vue comme étant universel.

L'étude de la rencontre des principes de juridiction ou d'immunité et des principes de la CEDH devant la Cour strasbourgeoise montre l'importance de ces techniques hégémoniques. Si la conclusion en matière d'immunité des États et celle en matière de juridiction vont dans des directions différentes, c'est aussi à cause de l'institution qui a procédé, la première, à la redéfinition des concepts. En matière de juridiction, la priorité a été prise par les institutions des droits de l'homme, la CIJ entérinant les solutions. En matière d'immunité juridictionnelle des États, la Cour, à la plus faible des majorités, n'a pas saisi l'occasion de définir les conséquences du *jus cogens* à travers l'objectif de lutte contre l'impunité. Par conséquent, cela a permis à l'Allemagne de donner voix à la CIJ, tribunal qui tend à être plus soucieux de la pratique des États. La bataille de la définition a été gagnée, pour un temps, par la CIJ. Cela rend tout revirement de la jurisprudence strasbourgeoise très difficile, car cela apparaîtrait en contradiction directe avec la rhétorique d'intégration systémique de la CEDH au sein du droit international et ses usages de prise en compte de la jurisprudence de la CIJ.

La manière la plus consensuelle serait de décrire les interactions entre la CIJ et la Cour comme un dialogue. Une autre serait de le faire comme une course hégémonique. L'une et l'autre sont approximatives car les acteurs cherchent réellement à la fois à montrer leur considération pour les autres organes et à

¹⁵⁸⁷ Martti KOSKENNIEMI, « Droit international et hégémonie : une reconfiguration », in *Politique du droit international*, *op. cit.*, p. 295.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*

préserver leurs objectifs. Finalement, les interactions aboutissent à une maximisation des intérêts de chaque institution, même si ces intérêts sont fluides et redéfinis à chaque décision. D'où la possibilité que l'arrêt *Al-Adsani* n'ait pas été perçu par la majorité comme une décision pusillanime, ni l'avis de la CIJ *sur le Mur en Palestine* comme un simple suivisme des juridictions des droits de l'homme. Ces deux interprétations ont renforcé le capital charismatique de ces deux juridictions en montrant leur ouverture au monde. Mais l'expression la plus forte de l'exercice de ce capital reste la possibilité de transformer le droit pour renforcer ses propres pouvoirs. Cela implique de prescrire ses valeurs en tant que valeurs dominantes.

L'utilisation du droit international pour faciliter les « rencontres » entre la CEDH et les autres acteurs internationaux donne une idée de l'image que se font les juges du rôle de la Cour et des droits de l'homme. Il s'agit du discours central. La seule véritable limite que la Cour propose à la CEDH se situe dans le cadre du maintien de la paix, lorsque le Conseil de sécurité agit. Cela a eu un impact aussi bien sur la notion de juridiction que sur celle d'imputabilité aux Nations unies. Le seul organe perçu comme ayant une légitimité d'action différente et supérieure est le Conseil de sécurité. Mais cela ne pose de problèmes qu'à la marge. Cela n'empêche pas la Cour de pouvoir imposer la CEDH aux dépens du droit international humanitaire.

Conclusion de la deuxième partie

L'analyse des moyens d'identification du droit international général a confirmé les éléments décrits dans la première partie ; la Cour a utilisé les indices de détermination des opinions dominantes du droit international pour justifier le contenu du droit international général. Elle a surtout privilégié les outils judiciaires, et en particulier à la Cour internationale de justice.

Ensuite, pour chacun de ces principes, même s'il était possible d'identifier des positions stables du droit international, celles-ci sont toutes susceptibles d'être modifiées par des argumentations internes. Ces principes recèlent tous une tension entre des objectifs potentiellement contradictoires et la coexistence de principes interprétatifs opposés peut conduire à s'écarter des opinions dominantes du droit international.

Pour autant, il existe une différence sur la manière dont la Cour a pu utiliser son pouvoir d'interprétation du droit international. Elle a été beaucoup plus novatrice pour accroître de ses compétences, surtout lorsqu'il s'agissait de règles visant le fonctionnement internes à la CEDH. Au contraire, dès lors qu'elle pouvait être confrontée à des contraintes externes, elle a utilisé ce pouvoir avec une plus grande prudence. Par exemple, il est très probable qu'à ses débuts la Cour n'aurait pas rendre les mesures provisoires obligatoires. Le risque de non-renouvellement des clauses d'acceptation de sa compétence aurait été trop grand.

D'un autre côté, la différence de pratique au regard des normes régulant les interactions avec les autres acteurs du droit international montre l'importance des attentes des acteurs sur l'interprétation. En effet, lorsque ceux-ci ont la capacité de s'opposer à la Cour, celle-ci est bien plus réticente à vouloir imposer sa propre interprétation du droit international.

La Cour doit continuer à tenir compte des valeurs véhiculées par le droit international dans la mesure où elle n'est pas une cour suprême dans cet ordre juridique et qu'elle ne peut pas se comporter comme telle. Sa fonction constitutionnelle se limite à l'ordre juridique européen. Néanmoins, même ainsi, elle est capable d'étendre sa compétence via l'autocitation.

Conclusion générale.

La présente étude a clairement confirmé que la Cour avait positionné la Convention au sein du droit international et qu'elle y faisait appel pour décider des questions importantes. Ainsi, au regard de la problématique de fragmentation du droit international, elle a généralement pris une attitude intégrationniste. Toutefois, comme l'a constaté Jean-François FLAUSS, elle « ne donne pas nécessairement l'impression, au-delà de déclarations de principe, de suivre en matière d'application du droit international général une méthodologie suffisamment prévisible »¹⁵⁸⁹. Si l'on regarde les différentes applications du droit international par la Cour, les objectifs et les méthodes changent. Il est tout de même possible d'en dégager une tendance.

Les droits de l'homme et le droit international ont privilégié historiquement deux modes différents de contrôle de l'État. Les droits de l'homme se sont d'abord développés dans le cadre national, et visaient à contraindre l'activité gouvernementale d'un point de vue interne, alors que le droit international avait essentiellement pour objectif de limiter sa capacité d'action externe. Le premier privilégie l'individu comme raison d'être de tout État, le second met en avant l'égalité intrinsèque des États et de leurs différentes politiques.

Le droit international des droits de l'homme a fait la jonction entre ces dimensions interne et externe en tant que règles internationales régulant les activités internes. Mais cette connexion n'a pu se faire sans transformer les objectifs du droit international. Originellement, le droit international n'imposait aucune règle d'organisation interne, car il existait un consensus de fait autour des valeurs de civilisations, les valeurs européennes¹⁵⁹⁰ et il pouvait ainsi interdire les ingérences dans les affaires intérieures des États.

Or, avec l'extension du droit international au reste du monde, on a assisté à des tentatives progressives de renforcer la dimension qualitative du droit international en développant la place de l'individu et des biens communs à l'humanité, donc en

¹⁵⁸⁹ FLAUSS, « Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 119.

¹⁵⁹⁰ ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, *op. cit.*, chapitre 3.

insistant sur la dimension civilisatrice¹⁵⁹¹. Mais le droit international classique n'a pas été remplacé. Le changement se situe dans l'établissement du respect des droits de l'homme comme nouveau critère d'appartenance aux nations civilisées, du moins dans le cadre des Nations Unies¹⁵⁹².

Pour autant, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas pu aller au-delà de ce conflit de rationalités. Elle n'a pas ouvertement pris parti pour la domination des objectifs de protection des droits de l'homme, ni proposé de synthèse. Les différentes interprétations possibles ont toutes été utilisées : interprétation des droits de l'homme de manière compatible avec le droit international, relecture du droit international en fonction des droits de l'homme, exclusion des droits de l'homme et exclusion du droit international. Il n'y a donc pas de dépassement des différences mais des utilisations variant dans le temps et selon les thèmes abordés. Néanmoins il est possible de voir un objectif commun à chacune des approches choisies par la Cour : son renforcement en tant qu'institution.

La première approche, l'interprétation des droits de l'homme compatible avec le droit international, a d'abord été employée pour améliorer l'acceptabilité de la Commission et de la Cour. Elle a été utilisée pour montrer que ces deux institutions étaient inoffensives et respectaient la souveraineté des États. Dans ce contexte, l'appel au droit international a permis de développer les mécanismes de filtrage comme l'épuisement des voies de recours internes ou la recevabilité *ratione temporis* et une interprétation de la Convention favorable aux États. Cette idée d'utiliser le droit international pour le bénéfice des États a perduré dans certains domaines comme en matière d'immunité des États ou des organisations internationales.

Le point commun à ces jurisprudences est la capacité des États ou d'autres organisations internationales à s'opposer efficacement à la Cour. Dans le système pré-Protocole n°11, comme le système de contrôle était facultatif, la Cour et la Commission avaient toutes raisons d'être prudentes concernant l'interprétation des

¹⁵⁹¹ KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer*, *op. cit.*

¹⁵⁹² Voir un résumé, voir David P. FORSYTHE, *Human Rights in International Relations*, 3rd ed, Cambridge University Press, 2013, Chapter 3. Comme exemple important, les Nations Unies dans leurs opérations d'« édification de nations » (*nation building*) ont très clairement choisi le modèle des démocraties libérales occidentales basé sur le respect des droits de l'homme, de l'État de droit et de l'économie de marché, Hansjörg STROHMEYER, « Collapse and reconstruction of a judicial system: The United Nations missions in Kosovo and East Timor », *AJIL*, vol. 95, 2001, p. 46-63 ; Ralph WILDE, « From Danzig to East Timor and beyond: The role of international territorial administration », *AJIL*, vol. 95, 2001, p. 583-606.

règles de recevabilité. Il est également arrivé à la nouvelle Cour, issue du Protocole n°11, d'être circonspect. En matière d'immunité des États où la CIJ est généralement perçue comme l'instance la plus légitime, elle a refusé à toucher au droit existant dans l'affaire *Al-Adsani*¹⁵⁹³. Elle a également été très conciliante avec le contrôle des actes du Conseil de Sécurité des Nations Unies, dès lors que ce dernier possédait des prérogatives exclusives en matière de maintien de la paix et qu'il pouvait agir sans que le respect des droits de l'homme soit la priorité.

La deuxième démarche de la Cour a consisté à donner la priorité aux droits de l'homme dans la hiérarchie des objectifs du droit international, en procédant à un renforcement symbolique de ses propres pouvoirs en tant qu'organe chargé de dire ce que sont ces droits. Elle a suivi cette voie par exemple dans l'affaire *Al-Jedda*. Cette approche pourrait être utilement qualifiée de pratique hégémonique, comme le fait remarquer le professeur KOSKENNIEMI.

« Parler de cette lutte en termes d'hégémonie signifie que l'objectif des adversaires est de faire en sorte que leur interprétation partielle de cette signification soit considérée comme l'interprétation générale, que leur préférence apparaisse comme la préférence universelle. »¹⁵⁹⁴

Du point de vue de la Cour, il s'agit de redéfinir un problème sous l'angle des droits de l'homme plutôt que dans sa dimension sécuritaire ou de maintien de relations internationales cordiales. Cela place les droits de l'homme comme objectif premier du droit international, avec la Cour comme principal porte-voix.

La troisième approche a facilité le développement des pouvoirs institutionnels de la Cour. C'est dans le domaine des mesures provisoires que ce fut le plus flagrant, là où le droit international a justifié la création d'un nouveau pouvoir contraignant. C'est également le cas de la jurisprudence plus récente concernant l'épuisement des voies de recours interne. Cette approche possède une dimension hégémonique dans le contexte du débat interne aux droits de l'homme, de lutte entre experts. Les conflits d'interprétation sont résolus au profit d'une institution, plutôt qu'en fonction de valeurs

¹⁵⁹³ Comme étudié dans la deuxième partie, la décision de la Cour dans *Al-Adsani* aurait pu être inverse. Toutefois, nous n'affirmons pas que la Cour devait choisir une interprétation conciliante dans le cadre de l'harmonisation de la CEDH avec le droit des immunités, mais que c'était un des fondements du raisonnement de la majorité.

¹⁵⁹⁴ KOSKENNIEMI, « Droit international et hégémonie : une reconfiguration », *op. cit.*, p. 295.

particulières¹⁵⁹⁵. L'essentiel serait alors de renforcer le caractère judiciaire de la Cour. Cette vision insiste sur l'importance d'établir une Cour plus efficace que la CIJ ou autres organes traditionnels du droit international car il s'agit de droits de l'homme. Dans ce cas, le choix d'accroître les pouvoirs de la Cour a été fait alors même que le bénéfice en termes de protection des droits garantis par la CEDH n'était pas manifeste.

Enfin, le dernier mouvement de la jurisprudence en matière d'interprétation du droit international se surimpose aux trois premiers. Il s'agit de la transformation de la référence initiale au droit international dans celle reprise et acceptée par la Cour. Grâce aux mécanismes d'auto-observation et d'auto-citation, la mention du droit international a pu disparaître et être transformée selon les mécanismes d'interprétation de la Convention, sans faire appel aux méthodes du droit international. Dès lors, il ne reste plus du droit international originel que la version choisie par la Cour et modifiée au fil de sa jurisprudence.

Cette dernière évolution dans la pratique de la Cour est une conséquence de l'autonomisation du champ des droits de l'homme, caractérisée par le développement d'un vocabulaire et d'habitudes professionnels distincts. La Cour peut transformer les opinions dominantes du droit international, étant donné que ses décisions sont également observées et inscrites au sein des mécanismes de production du droit international.

Pour avoir une image cohérente des choix effectués par la Cour, il faut envisager une stratégie du juge qui établirait au cas par cas celle de ces quatre possibilités la plus à même de renforcer la capacité d'influence de la Cour. Cela peut être redéfini en tant qu'optimisation du capital charismatique¹⁵⁹⁶ du juge, en définissant le charisme

¹⁵⁹⁵ KOSKENNIEMI, « Human Rights Mainstreaming », *op. cit.*

¹⁵⁹⁶ Il était possible d'utiliser la notion proche de légitimité car cette dernière possède aussi ces deux dimensions de légalité et de moralité et que le rattachement de la légitimité à une activité permet de lui donner une autorité. Pour autant, deux écueils s'ouvraient avec l'utilisation de cette notion. D'une part, la notion de légitimité est une notion protéiforme qui possède une longue histoire en droit et est sujette à des controverses juridiques. Nous ne souhaitons pas nous inscrire dans ces controverses mais utiliser la notion de légitimité de manière plus technique comme une des dimensions du charisme. D'autre part, le terme charismatique renvoie à une idée positive d'une personne ou institution que l'on aime apprécier et possède une dimension religieuse, transcendante, dimension refoulée du positivisme. Or cette dimension, le déni partiel de la part du choix politique ouvert dans le jugement est au cœur de notre analyse. Construire cette notion de capital charismatique nous permet de mélanger tous les niveaux auxquels intervient le juge : les objectifs de l'action et la perception de soi agissant, le niveau de règle et celui de la régulation, le niveau de la norme et de l'institution juridique, le niveau politique et le niveau juridique...

comme une « qualité qui permet à son possesseur d'exercer un ascendant, une autorité sur un groupe »¹⁵⁹⁷.

Il devient donc possible d'affiner la question de l'emploi de son pouvoir par la Cour. Celle-ci n'en use pas seulement en vue d'accroître ses attributions, mais plus généralement pour ancrer sa capacité d'influence. Dès lors que l'objectif est de développer son « capital charismatique », son refus occasionnel d'augmenter ses pouvoirs devient raisonnable¹⁵⁹⁸. Un gain à court terme pourrait être néfaste à plus long terme. Par exemple, affirmer la primauté des droits de l'homme sur l'immunité des États aurait pu créer de sérieuses tensions diplomatiques.

Dès lors, la jurisprudence de la Cour doit être comprise comme une politique d'accroissement de son capital charismatique, qui diffère d'une simple volonté de plaire aux États ou d'interpréter les droits de l'homme au bénéfice des individus.

Certes la dimension politique de l'interprétation est généralement niée par les juges. Pour la plupart, ceux-ci réfutent d'être des acteurs stratégiques cherchant à maximiser leurs propres intérêts ou valeurs, en rejetant la dimension politique du jugement. Jean-Paul COSTA, alors vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme, a cru bon de devoir rappeler que la Cour n'est « pas un juge qui gouverne »¹⁵⁹⁹. Même s'il a reconnu que « la Cour de Strasbourg a nécessairement un rôle créateur comme tout interprète »¹⁶⁰⁰, il affirmé que dans l'usage de « son libre

¹⁵⁹⁷ *Le Robert de Langue Française*, Paris, 2006.

¹⁵⁹⁸ Ce choix s'approche mais se distingue de l'utilisation faite par Max WEBER du charisme. En effet, pour lui, le charisme de fonction correspond à « une qualité exceptionnelle reconnue par une institution qui la porte à plénitude par confirmation rituelle ; celle-ci fonde la légitimité du pouvoir auquel elle prétend faire accéder ceux qui l'ont reçue ; elle les oblige à reproduire les obligations articulées par l'institution, propriétaire du charisme de fonction ; ce dernier tire sa légitimité, en dernière analyse, de l'appropriation par une institution, d'un charisme personnel fondateur ». Jean SÉGUY, « Le clergé dans une perspective sociologique ou que faisons-nous de nos classiques ? », in *Prêtres, pasteurs et rabbins dans la société contemporaine*, Cerf, 1982, p. 40. Cité par Régis DERICQUEBOURG, « Max Weber et les charismes spécifiques », *Archives de Sciences Sociales des religions*, 1997, p. 22.

Toutefois, l'usage fait ici est distinct car le charisme de fonction se rattache au charisme individuel qui est absent dans le contexte de la CEDH. Dès lors que WEBER définit ainsi le charisme individuel « Nous appellerons charisme la qualité extraordinaire (à l'origine déterminée de façon magique tant chez les prophètes et les sages thérapeutes et juristes que chez les chefs des peuples chasseurs et les héros guerriers) d'un personnage qui est, pour ainsi dire, doué de forces ou de caractères surnaturels ou surhumains ou tout au moins en dehors de la vie quotidienne inaccessibles au commun des mortels ou encore qui est considéré comme envoyé par Dieu ou comme un exemple et en conséquence considéré comme un chef Führer », Max WEBER, *Économie et société*, Plon, 1971, p. 269.

¹⁵⁹⁹ Jean-Paul COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in

Mélanges Gérard Timsit, Bruylant, 2004, p. 88.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.* p. 67.

arbitre [...] la sagesse a prévalu »¹⁶⁰¹. Ainsi, pour le juge français, agir sagement ne serait donc pas exercer du pouvoir ni poursuivre ses intérêts.

Vu l'étendue de leurs pouvoirs, il est surprenant de constater à quel point les juges peinent à se reconnaître comme des acteurs pleinement politiques. Comme l'observe Duncan KENNEDY, il est au contraire fréquent qu'ils veuillent « exagérer simultanément l'étendue des contraintes [...] pesant sur l'application du droit et sous-estimer la part pour laquelle ils sont des simples idéologues alors qu'ils sont sensés exercer leur jugement [...] "indépendant" »¹⁶⁰².

De plus, lorsque les juges admettent l'importance du libre arbitre, ils ajoutent qu'ils l'utilisent pour faire avancer la liberté ou la justice. Ou alors ils transforment la définition de politique en quelque chose de moins controversé. C'est ce qu'a fait l'ancien Président WILDHABER dans un entretien à un quotidien suisse. À la question « certaines décisions peuvent avoir des conséquences politiques. Êtes-vous un tribunal politique ? », il a répondu :

« Certains de nos jugements embarrassent les gouvernements. Aucun pays n'aime entendre qu'il a torturé ou qu'il est responsable de torture ou de la disparition d'une personne. On peut alors nous dire que nous sommes un tribunal politique. Mais je ne pense pas que nous le soyons. Nous ne nous permettons certainement pas d'être influencés par les gouvernements. »¹⁶⁰³

Un juriste aussi expérimenté ne pouvait pourtant ignorer la différence entre embarrasser les gouvernements et prendre une décision politique. Lorsque les juges sont accusés de prendre des décisions politiques, c'est généralement pour affirmer qu'ils ont fait passer leurs préférences individuelles comme étant le droit et non pas parce qu'ils ont voulu (dés)avantager une partie en particulier.

¹⁶⁰¹ *Ibid.* p. 88

¹⁶⁰² « The bad faith consists in simultaneously exaggerating the extent to which they are bound [...] as law appliers and understating the extent to which they are mere ideologues when they are supposed to be exercising their [...] "independent" judgment», Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication, op. cit.*, p. 208.

¹⁶⁰³ «Some decisions can have political consequences. Are you a political court?» L.W.: «Some of our judgements embarrass governments. No country likes to hear that it has tortured or is responsible for torture or the disappearance of a person. We might then be told we are a political court. But I do not think we are. We certainly do not allow ourselves to be influenced by any governments». Interview de Luzius WILDHABER, *Neue Zürcher Zeitung*, 26 décembre 2006.

Or, il est impossible de croire que les juges ne possèdent pas de préférences ou qu'ils se soumettent à l'interdiction de mener une politique juridique. Ils n'ont donc pas d'autre choix que de nier la place de cette politique. Pour les juges, il s'agit de minimiser le fait que dans certains cas le choix du résultat précède celui de la justification. Il s'agit aussi d'oublier qu'il est possible d'effectuer un travail sur les valeurs dominantes ou sur l'histoire de l'interprétation du texte envisagé, pour déplacer le cours de la jurisprudence en fonction de leurs préférences¹⁶⁰⁴.

Dès lors que les juges peuvent mettre en œuvre une politique, le recours à un système juridique transfère une partie du pouvoir de régulation de la société aux mains d'experts. La Cour est alors un organe bureaucratique¹⁶⁰⁵, qui permet d'extraire un nombre important de décisions politiques hors du cadre de la discussion et de l'action démocratique. En effet, l'interprétation opérée par le juge n'est soumise à aucun contrôle externe décisif. Si la Convention a été amendée à plusieurs reprises, à cause de l'unanimité requise, les États n'ont jamais pu se mettre d'accord pour s'opposer à la jurisprudence strasbourgeoise¹⁶⁰⁶. La Cour est donc essentiellement hors de portée d'un contrôle direct.

Or, il n'y a pas de raison que les choix politiques des juges, même ceux de la Cour européenne des droits de l'homme, soient intrinsèquement meilleurs que ceux des États ou d'autres institutions nationales.

Toutefois, la reconnaissance de la dimension politique de l'activité judiciaire au niveau international va à l'encontre de l'idée fondatrice de « l'internationalisation des droits de l'homme [...] qui répond à la volonté de créer une extériorité du droit par rapport au pouvoir »¹⁶⁰⁷. Il s'agit bien d'une internationalisation de l'idée de société libérale. Or comme on l'a vu, le droit ne possède pas de qualités particulières lui permettant d'exclure d'emblée la politique de son application. La Cour doit aussi

¹⁶⁰⁴ Duncan KENNEDY, *A critique of adjudication*, *op. cit.*

¹⁶⁰⁵ David KENNEDY, *The Dark sides of Virtue*, *op. cit.*, p. 23-24 ; KOSKENNIEMI, « Human Rights Mainstreaming », *op. cit.*

¹⁶⁰⁶ Par exemple, en 2012, le Royaume-Uni a tenté d'obtenir une modification de l'interprétation du principe de subsidiarité. Au final, l'introduction de ce concept dans le préambule par le Protocole n 14 ne modifie en rien la jurisprudence existante de la Cour. Voir la déclaration du Premier ministre britannique devant le Conseil de l'Europe du 25 janvier 2012, <<http://www.number10.gov.uk/news/european-court-of-human-rights/>> accédé le 1 10 2013.

¹⁶⁰⁷ Hélène RUIZ FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies? », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges Michel Fromont*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 372.

opérer des choix politiques parmi les éléments de son activité judiciaire. Mais elle ne peut que difficilement l'avouer.

« On ne peut pas sortir de cette situation (“une fausse conscience éclairée”) sans un coût psychologique et social considérable. Une reconnaissance publique du fait que les juges font de la “politique” saperait l'idéal libéral de la règle de droit¹⁶⁰⁸ et transformerait l'image des juges de serviteurs loyaux du consensus social en manipulateurs politiques »¹⁶⁰⁹.

Si certains juges admettent à contrecœur que parfois la Cour a erré dans le domaine législatif¹⁶¹⁰, ils laissent cependant entendre qu'un autre choix, non politique était possible. Plus rarement, des juges tels Nicolas VALTICOS admettent que « c'est en définitive, la voix irréductible du for intérieur [...] et de la conscience individuelle qui l'emportera chez chaque juge »¹⁶¹¹. Nous avons alors affaire à un déni auquel la plupart des juges procèderait, ne pouvant faire autrement¹⁶¹².

Pourtant, force est de reconnaître que la Cour européenne des droits de l'homme désigne dans ses jugements des gagnants et des perdants sur des terrains qui sont et ont été le lieu d'affrontements politiques. Les exemples sont nombreux, que ce soit en matière d'adoption pour les homosexuels¹⁶¹³, d'euthanasie¹⁶¹⁴, du rôle des syndicats¹⁶¹⁵ ... Dans chacun de ces cas, il était possible de fournir une argumentation basée sur la CEDH qui soit juridiquement convaincante, ou du moins qui en respecte les canons juridiques, allant dans un sens opposé à la décision de la Cour. Presqu'à chaque fois que la Cour doit traiter d'une nouvelle question de

¹⁶⁰⁸ Il s'agit ici de la traduction de « rule of law » choisie par M. KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 56, note 12.

¹⁶⁰⁹ Martti KOSKENNIEMI, « Entre engagement et cynisme : aperçu d'une théorie du droit international en tant que pratique », in KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 381.

¹⁶¹⁰ « J'admets également que, dans certains cas, la Cour a atteint les limites qui circonscrivent l'interprétation d'un traité international. Parfois, elle semble même les avoir dépassées, en s'aventurant dans un terrain qui n'est plus celui de l'interprétation d'un traité mais celui de la politique législative qui n'appartient pas à une Cour de justice, mais qui est du domaine du législateur », Franz MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle : les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Frédéric SUDRE (dir.), Bruylant, 1998, p. 25.

¹⁶¹¹ Nicolas VALTICOS, « Interprétation juridique et idéologies », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1481.

¹⁶¹² Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, p. 210.

¹⁶¹³ CourEDH, *Fretté c. France*, 26 février 2002, Rec. 2002-II.

¹⁶¹⁴ CourEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, Rec. 2002-III.

¹⁶¹⁵ CourEDH, *Sørensen c. Danemark et Rasmussen c. Danemark*, GC, 11 janvier 2006.

société, elle se trouve divisée¹⁶¹⁶. Si les oppositions ne sont pas identiques à celles des populations européennes, les extrêmes n'étant probablement pas représentés à la Cour, les mêmes types d'argumentaires que ceux avancés lors de débats parlementaires sont généralement produits¹⁶¹⁷.

Si l'idéal est vraiment celui de démocratie, il est important les juges acceptent leur pouvoir et la responsabilité qui va avec, plutôt que de feindre l'ignorance et de pouvoir ainsi éviter les questions gênantes. Dans ce contexte, la Cour aurait pu faire sienne la démarche de la Cour constitutionnelle allemande qui a clairement indiqué que sa fonction est « de préserver, de développer et de faire évoluer le droit constitutionnel, ainsi et surtout que de découvrir les différentes fonctions d'une norme contenant un droit »¹⁶¹⁸. Elle revendique également son pouvoir de création par le biais de l'interprétation des droits de l'homme garantis par la constitution également son pouvoir créateur :

« dans l'exercice de sa fonction, le juge peut être amené à mettre à jour et à réaliser, par un acte de connaissance et de jugement [...] auquel la volonté n'est pas entièrement étrangère, des valeurs qui sont immanentes à l'ordre constitutionnel mais qui ne s'expriment pas, ou pas suffisamment, dans les lois écrites »¹⁶¹⁹.

Mais si la Cour de Strasbourg faisait de même, elle serait alors obligée d'expliquer le fondement de ces « valeurs immanentes » alors que le juge allemand peut se contenter de les affirmer. À la différence d'un tribunal constitutionnel, la Cour doit se situer à deux niveaux dans ses relations avec le droit international : au niveau européen et au niveau des droits de l'homme. La nature européenne des droits interprétés ne saurait justifier de menacer les équilibres généraux du droit international en remettant en cause le droit des immunités ou bien les pouvoirs du Conseil de sécurité des Nations unies. Il ne peut permettre qu'une application

¹⁶¹⁶ Par exemple dans deux des trois arrêts précités, de vigoureuses opinions dissidentes ont été émises. Et même dans l'affaire *Pretty*, décidée à l'unanimité, il aura fallu tout de même 48 pages pour justifier la décision.

¹⁶¹⁷ Voir par exemple, Olivier DE SCHUTTER, « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme: Un essai en démolition », *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, 1992, vol. 2, p. 83-128.

¹⁶¹⁸ Cour constitutionnelle allemande, *Affaire relative au port du foulard*, 24 septembre 2003, traduction Olivier JOOP, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°15, 2003, p. 114.

¹⁶¹⁹ Cour constitutionnelle allemande, BVerfG 34, 269, cité et traduit par HEUSCHLING, *État de droit*, *op. cit.*, p. 163.

spéciale du droit comme dans le cadre des réserves ou bien pour les modes d'interprétation de la Convention.

Seuls les droits de l'homme en tant que base de l'ordre public européen devraient permettre de faire ces distinctions. Par définition¹⁶²⁰, l'ordre public permet l'exclusion des solutions contraires venant du droit international. Mais pour ce faire la Cour doit être capable de décrire précisément en quoi les valeurs de son ordre public diffèrent de celles du droit international. Comme nous l'avons vu dans la première partie, le contenu de cet ordre public s'appuie sur la société démocratique respectant la prééminence du droit et les droits de l'homme. Or, celle-ci est aussi l'un des objectifs poursuivis par le droit international. Bien entendu, le droit international en a d'autres, tels que la paix, le développement du commerce international, la protection de l'environnement... Mais l'intégration de ces valeurs dans le droit international reste insuffisante pour savoir quand les droits de l'homme doivent primer sur un des autres objectifs et quand, justement, les États ont choisi d'en faire un objectif secondaire.

Plus généralement, la Cour n'a jamais accepté de décrire son niveau d'intervention en matière d'intégration du droit international. On ne sait pas si une décision de violation de la Convention est fondée sur l'aspect européen de l'interprétation ou son aspect universel. Pour pouvoir rendre opérationnel l'ordre public européen, il faudrait en trouver le fondement. Or, dans un monde « post-moderne », si les États s'accordent sur la nécessité du respect des droits de l'homme, il n'y a aucun consensus sur la raison de leur existence¹⁶²¹. En l'absence de fondement unique, il est impossible de s'accorder sur la hiérarchie des objectifs poursuivis, et donc sur l'interprétation de la Convention qui en découlerait. En effet, la Cour estime que la poursuite des objectifs du droit international est une raison légitime de restreindre les droits de l'homme. Au final, le choix d'imposer une solution juridique privilégiant les droits de l'homme face aux intérêts de la communauté internationale est fait par un contrôle de proportionnalité, dont il est quasiment impossible de savoir quels sont les critères décisifs d'application.

Pour autant, il nous semble possible de s'appuyer sur un concept de vérité en politique pour justifier la prééminence des droits de l'homme dans certaines

¹⁶²⁰ Voir supra, Première partie, Titre 2.

¹⁶²¹ Voir par exemple pour un état des lieux des différentes explications et leurs incompatibilités, Marie-Bénédicte DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, 2006.

situations. Pour des philosophes aussi différents que WITTGENSTEIN¹⁶²² ou Alain BADIOU¹⁶²³, le discours ne peut saisir tous les aspects de la vérité politique. Or, seule la vérité permet de justifier la primauté d'un choix sur un autre. S'il ne s'agit pas d'une vérité alors le rapport entre droit international et droit de l'homme est complètement contingent et il n'existe aucune solution unique juste. Si les droits de l'homme ne contiennent aucune vérité ils ne sauraient justifier une exception aux principes du droit international qui poursuivent les intérêts des États.

Dès lors, il nous faut retenir une définition de ce qu'est la vérité en politique¹⁶²⁴. Pour ce faire, nous nous inspirons de l'approche prise par Alain BADIOU dans sa lecture des textes de l'apôtre PAUL, car ces épîtres sont au cœur de la tradition des droits de l'homme¹⁶²⁵.

Si le philosophe français rejette les droits de l'homme en tant qu'éthique de combat du mal, bien qu'athée, il affirme que la radicalité des écrits de PAUL permettent de donner corps au processus de vérité en politique en établissant les « conditions génériques de l'universalité »¹⁶²⁶ qui ne peuvent être identitaires¹⁶²⁷. Il s'appuie surtout sur une déclaration qui fut à l'époque révolutionnaire :

« Il n'y a plus ni Juif ni Grec, il n'y a plus ni esclave ni libre, il n'y a plus ni homme ni femme ; car tous vous êtes un en Jésus Christ. » (Galates, 3.28)¹⁶²⁸

C'est en effet une proposition remarquable qui abolit la pertinence des liens culturels ou religieux, des liens sociaux ou d'identité sexuelle. Elle permet de ré-humaniser la femme, l'esclave ou de nier la supériorité de l'appartenance au peuple élu. En Jésus Christ s'inscrit une égalité parfaite.

Cette déclaration est l'essence même de la dimension égalitaire du discours des droits de l'homme. Les droits de l'homme demandent toujours l'inclusion de tous dans la société. La première conséquence de la reconnaissance de droits à l'humain en tant qu'humain est l'universalité du constat¹⁶²⁹. C'est applicable à tous quel que

¹⁶²² Voir par exemple le chapitre consacré à WITTGENSTEIN par Chantal MOUFFE, *The Democratic Paradox*, Verso, 2000, p. 61 et s.

¹⁶²³ Alain BADIOU, *L'éthique : Essai sur la conscience du mal*, Nous éd., 1993, p. 47.

¹⁶²⁴ Il n'est pas utile ici de prendre une définition qui aille au-delà.

¹⁶²⁵ Voir Michael PERRY, *Toward a Theory of Human Rights*, Cambridge University Press, 2007.

¹⁶²⁶ Alain BADIOU, *Saint-Paul, La fondation de l'universalisme*, PUF, 2002, p. 6.

¹⁶²⁷ *Ibid.* p. 12.

¹⁶²⁸ Trad. Louis SECOND, 1910.

¹⁶²⁹ KOSKENNIEMI, « Droit international et hégémonie : une reconfiguration », *op. cit.*, p. 319.

soit le sous-groupe auquel chaque personne peut être rattaché (immigré clandestin, pauvre, prisonnier...) justifiant des restrictions des droits. En conséquence, le critère de vérité en politique devient celui du moins que « un »¹⁶³⁰. Dès lors que l'individu est traité comme moins qu'un être humain en application du droit international, alors la CEDH devrait prévaloir.

Selon nous, il s'agit du seul test qui permette de justifier la domination du discours des droits de l'homme en tant que vérité opposable. Si l'interprétation d'un droit reconnu par la CEDH n'est que l'adaptation du droit à des circonstances locales ou si elle ne fait que mettre en balance des intérêts divergents, il ne peut s'agir de vérité. Par exemple, la Cour ne devrait pas s'opposer à ce que le droit international puisse de manière temporaire permettre que des questions de sécurité et de stabilité des relations internationales prennent le pas sur des questions d'impunité pour violation des droits de l'homme, par exemple dans le cadre de l'immunité des chefs d'États. Par contre, elle devrait refuser le traitement de demandeurs d'asile en tant que délinquants sur la seule justification du droit des États à contrôler leurs frontières. La suspicion permanente ne devrait pouvoir justifier l'interdiction de travailler opposée à un demandeur d'asile tant que sa demande n'est pas traitée. Du point de vue de la CEDH en effet, il ne devrait y avoir ni citoyen, ni demandeur d'asile, uniquement des êtres humains. De même, la mise en place sur une liste de personnes suspectées de terrorisme ne doit pas pouvoir conduire à l'exclusion de l'État de droit et des garanties juridictionnelles du droit de pouvoir contester des accusations pénales. Être soupçonné de terrorisme n'entraîne pas la disparition d'humanité.

Ainsi, ce n'est qu'en affirmant une fidélité à la vérité des droits de l'homme, en tant que processus politique situé, que la Cour peut se justifier d'exclure le droit international général. Sinon, elle ne possède aucune légitimité à refuser les normes dominantes de ce dernier et elle ne peut s'extraire de la politique de maximisation de son capital charismatique.

¹⁶³⁰ BADIOU, *Saint-Paul*, *op. cit.* p. 12-16.

Bibliographie

I. Ouvrages, monographies, thèses, cours

- ALSTON Philip (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001.
- AMERASINGHE Chittharanjan, *Local remedies in international law*, Grotius, 1990.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline, LEVINET Michel, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, SUDRE Frédéric, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6ème éd., Presses universitaires de France, 2011.
- ANGHIE Anthony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2005.
- BATES Ed, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2010.
- AKANDJI-KOMBE Jean-François, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 2006, Précis sur les droits de l'homme n° 7, Conseil de l'Europe.
- ANTONOPOULOS Nicolas, *La jurisprudence des organes de la CEDH*, Sijthoff, 1967.
- ARAI-TAKASHI Yutaka, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002.
- AROLD Nina-Louisa, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2007.
- AUSTIN John, *The Province of Jurisprudence Determined*, vol. I, 2ème éd., John Murray, 1861.
- BADIOU Alain, *L'éthique : Essai sur la conscience du mal*, Nous éd., 1993.
- BADIOU Alain, *Saint-Paul, La fondation de l'universalisme*, Presses universitaires de France, 2002.
- BERGER Peter et LUCKMANN Thomas, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, 1966.
- BOBBIO Norberto, *L'État et la démocratie internationale. De l'histoire des idées à la science politique*, Nicola GIOVANNINI, Paul MAGNETTE, Jean VOGEL (trad.), Éditions Complexe, 1998.
- BOURDIEU Pierre, *Choses dites*, Seuil, 1987.
- BRÖHMER Jürgen, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 1997.
- CARREAU Dominique et MARRELLA Fabrizio, *Droit international*, 11ème éd., Pédone, 2012.
- CANÇADO TRINDADE Antonio A., *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983.
- CARPANO Éric, *État de droit et droits européens*, L'Harmattan, 2005.
- CASTORIADIS Cornelius, *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe*, II, Le Seuil, 1986.

- CAVARÉ Louis, *Le droit international positif*, t. II, Paris, 1964.
- CHARLESWORTH Hilary et CHINKIN Christine, *The boundaries of international law: a feminist analysis*, Manchester University Press, 2000.
- CLAM Jean, *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, Presse Universitaire de France, 1997.
- COHEN-JONATHAN Gérard, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989.
- COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean-François (éd.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la CEDH (Le Protocole n°14)*, 2005, vol.61, Bruylant.
- COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, 6^{ème} éd., Montchrestien, 2002.
- CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6^{ème} éd., Presses universitaires de France, 2004.
- CORTEN Olivier, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international : discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, 1997.
- DAILLIER Patrick, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, *Droit international public*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2009.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Le Flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Presses universitaires de France, 1986.
- DEMBOUR Marie-Bénédicte, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, 2006.
- DICEY Albert V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^{ème} éd., 1915.
- DOUGLAS Mary, *Comment pensent les institutions*, trad. A. ABEILLÉ, La découverte, 1999.
- DUBISSON Michel, *La Cour internationale de justice*, LGDJ, 1964
- DUMBAULT Edward, *Interim measures of protection in international controversies*, Nijhoff, 1932.
- DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2006.
- DUPUY René-Jean, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, 1986.
- DWORKIN Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.
- ÉDEL Frédéric, *La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007.
- FAVREAU Bertrand (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruylant, 2010.
- FORSYTHE David P., *Human Rights in International Relations*, 3^{ème} éd., Cambridge University Press, 2013.
- FOUCAULT Michel, *L'ordre du discours*, Gallimard, 1971.
- FRYDMAN Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant-LGDJ, 2005.

- GOUNELLE Max, *La motivation des actes juridiques en droit international public*, Pédone, 1979.
- GREWE Constance et RUIZ-FABRI Hélène, *Droits constitutionnels européens*, Presses universitaires de France, 1995.
- GUILLERMET Camille-Julia, *La motivation des décisions de justice : la vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006.
- HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, trad. R. ROSCHLITZ et C. BOUCHINDHOMME, Gallimard, 1997.
- HART Herbert L.A., *Le concept de droit*, trad. Michel VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- HEUSCHLING Luc, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002.
- HUDSON Manley, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, Macmillan, 1943.
- KENNEDY David, *The Dark Sides of Virtue - reassessing international humanitarianism*, Princeton University Press, 2004.
- KENNEDY Duncan, *A Critique of Adjudication – Fin de siècle*, Harvard University Press, 1997.
- KÖCHLER Hans, *The principles of international law and human rights : the compatibility of two normative systems*, International Progress Organisation, 1981.
- KOSKENNIEMI Martti, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2001.
- KOSKENNIEMI Martti, *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument, (Reissue with a new epilogue)*, CUP, 2005.
- KOSKENNIEMI Martti. « Rapport du Groupe d'Étude de la Commission du droit international », (Établi sous sa forme définitive par), *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, 13 Avr. 2006.
- KOSKENNIEMI Martti, *La politique du droit international*, Pédone, 2007.
- LAJOIE Andrée, *Jugements de valeurs*, Presses universitaires de France, 1997.
- LAUTERPACHT Hersch, *International law, Collected Papers*, vol. I, Cambridge University Press, 1970.
- Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 1999.
- LUHMANN Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press, 2004.
- MADSEN Mikael Rask, *La genèse de l'Europe des droits de l'homme*, Presses universitaires de Strasbourg, 2010.
- MILANOVIĆ Marko, *Extraterritorial Application Of Human Rights Treaties: Law, Principles, And Policy*, Oxford University Press, 2011.
- MONCONDUIT François, *La Commission européenne des droits de l'homme*, Sijthoff, 1965.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Gallimard, 1995, tome 1.

- MORRISSON Clovis, *The Dynamics of Development in the European Human Rights Convention System*, Martinus Nijhoff, 1981.
- MOUFFE Chantal, *The Democratic Paradox*, Verso, 2000.
- MOWBRAY Alastair, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004.
- OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Presses universitaires de France, 1992.
- PERELMAN Chaïm et VAN DER ELST Raymond, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.
- PERRY Michael, *Toward a Theory of Human Rights*, Cambridge University Press, 2007.
- RENUCCI Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme : Contentieux européen*, 2010, 4^{ème} éd., LGDJ.
- RIZA ÇOBAN Ali, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004.
- ROUSSEAU Charles, *Principes généraux de droit international public*, vol. I, Pédone, 1944.
- RYNGAERT Cédric, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008.
- SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001.
- SAROOSHI Dan, *The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford University Press, 1999.
- SCELLE Georges, *Manuel élémentaire de droit international public*, Domat-Montchrestien, 1943.
- SHABTAI Rosenne, *Provisional measures in international law : the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford University Press, 2005.
- STAUFFENBERG (Schenk von) Berthold, *Statut et règlement de la Cour permanente de justice internationale – Éléments d'interprétation*, Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Carl Heymanns Verlag, 1934.
- SULLIGER Denis, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Lausanne-Faculté de droit, 1979.
- SUR Serge, *L'interprétation en droit international public*, LGDJ, 1974.
- TAVERNIER Paul, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et règles en droit international public*, Paris, 1970.
- TEITGEN Pierre-Henri, *Faites entrer le témoin suivant. 1940-1958 : de la Résistance à la Ve République*, Ouest-France, 1988.
- TIMSIT Gérard, *Les figures du jugement*, Presses universitaires de France, 1993.
- TURGIS Sandrine, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Pédone, 2011.

TOUZÉ Sébastien, *La protection des droits des nationaux à l'étranger - Recherches sur la protection diplomatique*, Pédone, 2007.

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001.

VAN PRAAG L., *Jurisdiction et droit international public*, Belinfante frères, 1915

WEBER Max, *Économie et société*, Plon, 1971.

ZOLLER Elisabeth, *La bonne foi en droit international public*, Pédone, 1977

II. Articles, communications, chroniques, rapports.

ABI SAAB Georges, « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », *Mélanges Roberto Ago*, Giuffré, 1987, p. 53-65.

AGO Roberto, « Droit positif et droit international », *AFDI*, 1957, p. 14-62.

AKEHURST Michael, « Jurisdiction in International Law », *BYBIL*, 1972, p. 145-257.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « L'État et la société démocratique dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 57.

ASCENSIO Hervé, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, colloque SFDI, Pédone, 2003, p. 189.

BARATTA Roberto, « Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded? », *EJIL*, 2000, vol. 11(2), p. 413-425.

BEAUD Olivier, « Doctrine », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), p. 385.

BEDJAOUI Mohammed, « La "fabrication" des arrêts de la Cour internationale de justice », in *Mélanges Michel Virally*, Pédone, 1991, p. 105.

BEDJAOUI Mohammed, « Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité », in *Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 74.

BENOÎT-ROHMER Florence, « Chronique d'une décision annoncée : l'affaire Senator Lines devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Europe des libertés*, janvier 2001, p. 5.

BENOIT-ROHMER Florence, « À propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, p. 833-835.

BENOIT-ROHMER Florence, « Bienvenue aux enfants de Bosphorus : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales », *RTDH*, 2010, p. 19-37.

BIANCHI Andrea, « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, 1996, p. 63-100.

BINSCHEDLER-ROBERT Denise, « De la rétroactivité en droit international public », in *Mélanges P. Guggenheim*, 1968, Genève, p. 185

BLONDEL André, « Les principes généraux du droit devant la Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de justice », in *Mélanges Guggenheim*, 1968, Institut des Hautes Études Internationales, p. 201.

BOURDIEU Pierre, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, n° 64, p. 4.

BROWNLIE Ian, « The Calling of the International Lawyer: Sir Humphrey Waldock and his Work », *BYBIL*, 1983, p 7-74.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les "nouveaux" revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 335.

CAFLISCH Lucius et CANÇADO TRINDADE Antônio, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004, p. 5-61.

CAFLISCH Lucius, « Provisional Measures in the International Protection of Human Rights: The Mamatkulov Case », in *Festschrift Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, 2006, p. 493-515.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of local Remedies in International Law », 12 *RBDI*, 1976, p. 499.

CAPLAN Lee M., « State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens : A Critique of the Normative Hierarchy Theory », *AJIL*, 2003, p. 771.

CAROZZA Paolo G. , « Subsidiarity as a structural principle of international human rights law », *AJIL*, vol. 97, 2003, p. 38-79.

CARTY Anthony, « A renewed place for doctrine as the source of international law in a time of fragmentation », in *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, R. Huesa Vinaixa et K. Wellens (dir.), Bruylant, 2006, p. 239-261.

CHARNEY Jonathan L., « The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law », *BYBIL*, 1985, p. 1-24.

CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, « The place of the European Convention in international law », in *The European system for the protection of human rights*, R.St.J. Macdonald, F. Matscher et H. Petzold, (éd.), Nijhoff, 1993, p. 15-24.

COCATRE-ZILGIEN André, « Les mesures conservatoires décidées par le juge ou par l'arbitre international », *RGDIP*, 1966, p. 5-48.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988) », *RGDIP*, 1989, p. 273-314.

COHEN-JONATHAN Gérard, « De l'effet juridique des "mesures provisoires" dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel: à propos de l'arrêt Cruz Varas de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RUDH*, 1992, 3(6), p. 205-209.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux », *RGDIP*, 1996-4, p. 915-949.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Conclusions générales : La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque SFDI, Pédone, 1998, p. 307-341.

- COHEN-JONATHAN Gérard, « L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques observations », *RGDIP*, 1998, p. 123-144
- COHEN-JONATHAN Gérard, « Les droits de l'homme et l'évolution du droit international », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 613.
- COHEN-JONATHAN Gérard, « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2002, p. 1069-1082
- COHEN-JONATHAN Gérard, « À propos des arrêts Assanidzé (8 avril 2004), Ilascu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de «juridiction» et d'« injonction » », *RTDH*, 2005, p. 767-785.
- COHEN-JONATHAN Gérard, « Sur la force obligatoires des mesures provisoires, L'arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c Turquie* », *RGDIP*, 2005, p. 422.
- CONDORELLI Luigi, « La Coutume », in *Droit international. Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui (éd.), t. 1, Pédone-UNESCO, 1991, p. 187.
- CONDORELLI Luigi, « Article 1 Premier protocole additionnel », in *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (éd.), 2^{ème} éd., Economica, 1999, p. 986.
- COSTA Jean-Paul, « Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 483-500.
- COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 67-88.
- CÔT Jean-Pierre, « La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre », *RTDH*, 1998, p. 102-116.
- COZIGOU Irène, « La lutte du Conseil de sécurité contre le terrorisme international et les droits de l'homme », *RGDIP*, 2008/1, p. 49-84.
- DECAUX Emmanuel, « Le territoire des droits de l'homme. », *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant - LGDJ, 1995, p. 65-78.
- DECAUX Emmanuel, « Les enjeux de la diplomatie multilatérale », in *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, G. Cohen-Jonathan et W. Schabas (dir.), Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2003, p. 157-180.
- DEHAUSSY Jacques, « Sources du droit international », in *Jurisclasseur Droit international*, vol. 1, fasc. 10, 1958, p. 2.
- DELBRÜCK Joost, « The exhaustion of local remedies rule and the international protection of human rights. A plea for a contextual approach », in *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung, Mélanges Partsch*, Duncker & Humblot, 1989, p. 213-231
- DERICQUEBOURG Régis, « Max Weber et les charismes spécifiques », *Archives de Sciences Sociales des religions*, 1997, p. 22.
- DE SALVIA Michèle, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 373-385.

DE SCHUTTER Olivier, « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme: Un essai en démolition », *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, 1992, vol. 2, p. 83-128.

DE SCHUTTER Olivier, « La protection juridictionnelle provisoire devant la Cour européenne des droits de l'homme », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Pédone, 2003, p. 105-148.

DE SCHUTTER Olivier, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *RTDH*, 2010, p. 535-572

DE SENA Pasquale et DE VITTOR Francesca, « State Immunity and Human Rights : The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case », *EJIL*, 2005, p. 89-112.

DE SENA Pasquale, VITUCCI Maria C., « The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values », *EJIL*, 2009, p. 193-228

DE VISSCHER Charles, « Positivisme et "jus cogens" », *RGDIP*, 1971, p 8.

DHOMMEAUX Jean, « De l'universalité du droit international des droits de l'homme : du pactum ferendum au pactum latum », *AFDI*, 1989, vol. 35, p. 399-423.

DHOMMEAUX Jean, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », *AFDI*, 1995, vol. 41, p. 447-468.

DHOMMEAUX, Jean, « La coordination des réserves à la Convention européenne des droits de l'homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques », in *La Convention européenne des droits de l'homme : Développements récents et nouveaux défis*, FLAUSS, J.-F. (éd.) ; Salvia, M. de, Bruxelles : Némésis - Bruylant, 1997, p. 13-37.

DRZEMCZEWSKI Andrew, « Programmes de coopération et d'assistance aux PECO dans le domaine des droits de l'homme (1990 – septembre 1993) », *RUDH*, 1993, p. 213.

DUCOULOMBIER Peggy, « Les conséquences de la procédure de l'arrêt pilote sur la recevabilité des requêtes, *Demopoulos c. Turquie* », *L'Europe des libertés*, n° 32, mai 2010, p. 16-18.

DUGARD John, *Troisième rapport sur la protection diplomatique*, 54ème session de la CDI, 2002, A/CN.4/523, p. 41-47.

DUPUY Pierre-Marie, « A propos de l'opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l'objecteur persistant », in *Mélanges Michel Virally*, LGDJ, 1991, p. 257-272.

DUPUY Pierre-Marie, « La multiplication des juridictions internationales menace-t-elle le maintien de l'unité de l'ordre juridique international », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1221-1241.

DUPUY Pierre-Marie, « Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi. », *EJIL*, 2005, p. 131-137.

DUPUY René-Jean, « La Commission européenne des Droits de l'Homme », *AFDI*, 1957, p. 458.

- DUPUY René-Jean, « Coutume sage et coutume sauvage », in *Mélanges Charles Rousseau*, Pédone, 1974, p. 75-87.
- DWORKIN Ronald, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, vol. I, p. 61-98.
- ECKES Christina, « EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation », *Modern Law Review*, 2013, p. 254-285.
- EISSEN Marc-André, « Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme, décisions en matière de compétence ratione temporis », *AFDI*, 1963, p. 722.
- EISSEN André-Marc, « Les mesures provisoires dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue des droits de l'homme*, 1969, p. 252-257.
- FABRE-ALIBERT Véronique, « La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1998, p. 465.
- FEINÄUGLE Clemens A., « The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals? », *German Law Journal*, 2008, 9(11), p. 1513-1539.
- FISHER-LESCANO Andreas et TEUBNER Günther, « Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 999-1046.
- FLAUSS Jean-François, « Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse : Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6,1. », *RUDH*, 1993, vol. 5, p. 297-303.
- FLAUSS Jean-François, « Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe », *EJIL*, 1994, p. 1-23.
- FLAUSS Jean-François, « Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1998, p. 435-464
- FLAUSS Jean-François, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque SFDI, Pédone, 1998, p. 11-79.
- FLAUSS Jean-François, « Le renouvellement triennal de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 693-713.
- FLAUSS Jean-François, « La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2003, p. 156-197.
- FLAUSS Jean-François., « Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, G. Cohen-Jonathan et J.F. Flauss (éd.), Bruylant, 2004, p. 73-120.
- FLAUSS Jean-François, « Brèves observations sur le second renouvellement triennal de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, p. 5-32.
- FLAUSS Jean-François, « Les élections de juges à la Cour européenne des droits de l'homme (2005-2008) », *RTDH*, 2008, 713-742.
- FRANCIONI Francesco, « From Utopia to Disenchantment: The Ill Fate of 'Moderate Monism' in the ICJ judgment on The Jurisdictional Immunities of the State », 2012, *EJIL*, vol. 23, p. 1125-1132.

- FROMONT Michel, « République fédérale d'Allemagne : l'État de droit », *RDP*, 1984, p. 1203.
- FRULLI Micaela, « 'The Times they are A-Changing' - the Italian Court of Cassation Denies Germany Immunity from Execution to Allow Compensation to War Crimes' Victims », *JICL*, 2011, p. 1140.
- FRUMER Philippe, « Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence des organes de contrôle », *RGDIP*, 2000, p. 939-963.
- FRUMER Philippe, « Un arrêt définitif sur les mesure provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe. (Commentaire de l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005) », *RTDH*, 2005, p. 799-826.
- FURET Marie-Françoise, « Article 43 », in *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Jean-Pierre COT, Alain PELLET et Mathias FORTEAU (dir.), Economica, 3^{ème} éd., 2005, tome I, p. 1262.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter-Jean, « L'extradition et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1990, p. 5-24.
- GARCIA AMADO Juan Antonio, « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », *Droit et Société*, 11/12, 1989, p. 15-52.
- GATTINI Andrea, « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP*, 2006, p. 303-335.
- GATTINI Andrea, « The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law? », *LJIL*, 2011, p. 173.
- GLENNON Michael J., « De l'absurdité du droit impératif (Jus cogens) », *RGDIP*, 2006, p. 529-536.
- GOODMAN Ryan, « Human rights treaties, invalid reservations, and state consent », *AJIL*, 2002, p. 531-560.
- GREWE Constance, « Quelques réflexions sur la fonction de juger à partir de l'arrêt *Mamatkulov c. Turquie* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 4 février 2005 », in *Festschrift Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, 2006, p. 527-544.
- GUILLAUME Gilbert, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *RIDC*, 2003, p. 23-30.
- GUILLAUME Gilbert, Discutant, « Les techniques interprétatives de la Cour Internationale de Justice », *RGDIP*, 2011, p. 418.
- GUINAND Jean, « La règle de l'épuisement des voies de recours interne dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme », *RBDI*, 1968, p. 471.
- HAEK Y. et BURBANO HERRERA Clara, « Interim Measures in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *NQHR*, 2003, vol. 21, p. 636.
- HAFNER Gehrard et LANGE Leonor, « La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *AFDI*, 2004, vol. 50, p. 45-76.
- HAMON Francis, « Quelques réflexions sur la théorie réaliste de l'interprétation », in *Mélanges Michel Troper*, Economica, 2006, p. 487-500.
- HAPPOLD Matthew, « Bankovic v Belgium and the territorial scope of the European Convention on Human Rights », *HRLR*, 2003, p. 77-90.

HIGGINS Rosalyn, « The ICJ, the ECJ and the Integrity of International Law », *ICLQ*, 2003, p. 1-20.

HIGGINS Rosalyn, « A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the bench », *ICLQ*, 2006, p. 791-804.

JACQUÉ Jean-Paul, « La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1999, p. 83-100.

JACQUÉ Jean-Paul, « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *RTDE*, 2009, p. 169.

JACQUÉ Jean-Paul, « The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *Common Market Law Review*, 2011, p. 995-1023.

JENNINGS Robert, « Gerald Gray Fitzmaurice », *BYBIL*, 1984, p. 1-64.

JENNINGS Robert, « The role of the International Court of Justice », *BYBIL*, 1997, p. 1-63.

JENNINGS Robert, « International Law Reform and Progressive Development », in *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1998, Kluwer, p. 325-338.

JESSUP Philip C., « Jurisdiction », in *Readings in International Law from the Naval War College Review*, R.B. Lillich (ed.), Naval War College, 1980, p. 303.

JOBARD-BACHELLIER Marie-Nöelle, « Droit International », Fascicule 534-1, *Ed. Juris-Classeur*, p. 3.

JOUANNET Emmanuelle, « La pensée juridique de Charles Chaumont », *RBDI*, 2004, p. 258-289.

JOUANNET Emmanuelle, « La communauté internationale vue par les juristes », *AFRI*, 2005, p. 3.

JOUANNET Emmanuelle, « Présentation critique », in Martti KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, Pédone, 2007, p. 7.

KARAGIANNIS Symeon, « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Vaetera et nova », *RTDH*, 2005, p. 33-120.

KENNEDY Duncan, « Form and Substance in Private Law Adjudication », *Harv. L. Rev.*, 1976, p. 1697.

KESSEDJIAN Catherine et SCHREUER Christoph, « Le projet d'articles de la Commission du Droit International des Nations Unies sur les immunités des États », *RGDIP*, 1992, p. 299-341.

KISS Alexandre C., « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? », *Mélanges Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 493-505

KISS Alexandre C., « The Impact of Judgements and Advisory Opinions of the PCIJ-ICJ on Regional Courts of Human Rights », in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer Law International, 2002, p. 1469-1489.

KJELDGAARD-PEDERSEN Astrid, « The Evolution of the Right of Individuals to Seise the European Court of Human Rights », *Journal of the History of International Law*, 2010, vol. 12, p. 267-306.

KNOLL Bernhard et UHL Robert-Jan, « Too little, Too late : The Human Rights Advisory Panel in Kosovo », *EHRLR*, 2007, p. 534.

KOLOSOV Yuri, « Overview of the international law-making process and the role of the International Law Commission », in *Pour un meilleur droit international. La Commission du droit international à 50 ans*, Nations Unies, 1998, p. 202.

KOSKENNIEMI Martti et LEHTO Marja, « The Privilege of Universality, International Law. Economic Ideology and Seabed Resources », *Nordic Journal of International Law*, 1996, p. 533-555.

KOSKENNIEMI Martti, « “The Lady Doth Protest Too Much”. Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law », *MLR*, 2002, p. 64.

KOSKENNIEMI Martti et LEINO Paivi, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *LJIL*, 2002, p. 553-579.

KOSKENNIEMI Martti, « International Law and Hegemony : A Reconfiguration », *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, 2004, p. 197-218.

KOSKENNIEMI Martti, « Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power », *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, 2010, vol. 1, p. 47-58.

KOSKENNIEMI Martti, « International Community from Dante to Vattel », in *Le Droit International de Vattel vu du XXI^e Siècle*, V. Chetail et P. Haggemacher (éd.), Martinus Nijhoff, 2011, p. 49–76.

LABAYLE Henri, « Droits de l’homme, traitement inhumain et peine capitale : réflexions sur l’édification d’un ordre public européen en matière d’extradition par la Cour européenne des droits de l’homme », *JCP*, 20 juin 1990, n° 3452, p. 6.

LAGRANGE Philippe, « Sécurité collective et exercice par le Conseil de sécurité du système d’autorisation de la coercition », in *Les métamorphoses de la sécurité collective : droit, pratique et enjeux stratégiques*, Pédone, 2005, p. 57.

LAGRANGE Philippe, « Responsabilité des États pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations unies », *RGDIP*, 2008, p. 99.

LAMBERT Pierre, « Marge nationale d’appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant, 1998, p. 63-89.

LARSEN Kjetil M., « Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ Test », *EJIL*, 2008, p. 517.

LAWSON Rick, « Life after Bankovic : on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights », in *Extraterritorial application of human rights treaties*, F. COOMANS et M. T. KAMMINGA (éd.), Intersentia, 2004, p. 83.

Lord LESTER OF HERNE HILL, « U.K. Acceptance of the Strasbourg Jurisdiction : What Really went on in Whitehall in 1965 », *Public Law*, 1998, p. 237.

LETSAS George, « International Human Rights and the Binding Force of Interim Measures », *EHRLR*, 2003, p. 526-538.

LOUCAIDES Loukis G., « The concept of “continuing” violations of human rights », in *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 803-815.

LOUCAIDES Loukis G., « The Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Cyprus v. Turkey », *LJIL*, 2002, p. 225-236.

LOUCAIDES Loukis G., « Determining the Extra-territorial Effect of the European Convention : Facts, Jurisprudence and the Bankovic Case », *EHRLR*, 2006, p. 391-407.

LOUCAIDES Loukis G., « Reparation for Violations of Human Rights under the European Convention and Restitutio in integrum », *EHLR*, 2008, p. 183-192.

LOUCAIDES Loukis G., « Is the European Court of Human Rights Still a Principled Court of Human Rights After the *Demopoulos* Case? », *LJIL*, 2011, p. 435-465.

LUHMANN Niklas, « L'unité du système juridique », *APD*, 1986, p. 163-188,

LUHMANN Niklas, « Le droit comme système social », *Droit et Société*, 1994, p. 53-67.

Mc DONALD Ronald St. J., « Interim measures in international law, with special reference to the European system for protection of human rights », *ZaöRV*, 1992, p. 703-740.

MCLACHLAN Campbell, « The principle of systemic integration and article 31(3) (c) of the Vienna Convention », *ICLQ*, 54, 2005, p. 279-301.

MALENOVSKY Jiri, « L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme : de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg », *RGDIP*, 2009, p. 753-783.

MAIER Harold G., « Jurisdictional Rules in Customary International Law », in *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Meessen, K. M. (ed.), Kluwer Law International, 1996, p. 64-102.

MALAURIE Philippe, « Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Petites affiches*, n°166, 21 août 2006, p. 5.

MANOUEV Mita, « Métamorphose de l'article 41 du statut de la CIJ », *RGDIP*, 2002, p. 103-135.

MANTOUVALOU Virginia, « Extending Judicial Control in International Law : Human Right Treaties and Extraterritoriality », *International Journal of Human Rights*, 2005, p. 147-163.

MARAUHN Thilo and RUPPEL Nadine, « Balancing conflicting human rights: Konrad Hesse's notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court » in *International Conference on Conflicts Between Fundamental Rights*, E. Brems (ed.), Intersentia, 2006, p. 279-283.

MARKS Susan, « The European Convention on Human Rights and its "democratic society" », *BYBIL*, 1995, p. 209-238.

MARKS Susan, « Three regional human rights treaties and their experience of reservations », *ICLQ*, 1997, p. 35.

MATSCHER Franz, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle : les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Frédéric SUDRE (dir.), Bruylant, 1998, p. 15-40.

MATSCHER Franz, « Idéalisme et réalisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 881-904.

- MELCHIOR Michel, « Notions “vagues” ou “indéterminées” et “lacunes” dans la Convention européenne des Droits de l’Homme », in *Mélanges en l’honneur de G.J. Wiarda*, Heymann, 1988, p. 411-419.
- MERRILS John G., « Sir Gerald Fitzmaurice Contribution to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *BYBIL*, 1982, p. 115-162.
- MESSINEO Francesco, « Things Could Only Get Better: Al-Jedda beyond Behrami », *Military Law and the Law of War Review*, 2011, p. 321-346.
- MILANOVIĆ Marko, « From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties », 2008, *HRLR*, p. 411-427.
- MILANOVIĆ Marko et PAPIĆ Tatjana, « As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights Behrami and Saramati Decision and General International Law », *ICLQ*, 2009, p. 267-293.
- MILANOVIC Marko, « Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg », *EJIL*, 2012, p. 121.
- MILLER Nathan, « An International Jurisprudence? The Operation “of Precedent” Across International Tribunals », *LJIL*, 2002, p. 483-526.
- MOE Christian, « *Refah* revisited: Strasbourg’s Construction of Islam », in *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, W.C. Durham et al (ed.), Ashgate, 2012, p. 235.
- MONTALDO Rama, « Human rights conventions and reservations to treaties », in *Hector Gros Espiell Amicorum Liber*, vol. 2, Bruylant, 1997, p. 1261-1277.
- MORGENTHAU Hans, « Positivism, Functionalism, and International Law », *AJIL*, 1940, p. 260-280.
- MORIN Jacques-Yvan, « La prééminence du droit dans l’ordre juridique européen », in *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewsky*, Kluwer, 1997, p. 643-690.
- MORRISON Clovis C., « Restrictive interpretation of sovereignty-limiting Treaties: the Practice of the European Human Rights Convention System », *ICLQ*, 1970, p. 361-375.
- MOWBRAY Alastair, « The Interlaken Declaration—The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights? », *Human Rights Law Review*, 2010, vol. 10(3), p. 519-528.
- NALDI Gino J., « Interim Measures in the UN Human Rights Committee », *ICLQ*, vol. 53, 2004, p. 445-454.
- NØRGAARD Carl A. et KRÜGER Hans C., « Interim and conservatory measures under the European system of protection of human rights », in *Festschrift Ermacora*, N.P. Engel, 1988, p. 109.
- NØRGAARD Carl A., « Interim measures under the European system for protection of human rights », in *Festschrift til Ole Due*, GAN, 1993, p. 283
- ONUFI Nicholas, « The Constitution of the International Society », *EJIL*, 1994, p. 1-19.
- ORAISON André, « Le rôle de la doctrine académique dans l’ordonnement juridique international contemporain », *RRJ*, 2000, p. 285-302.
- ORAKHELASHVILI Alexander, « Jurisdictional Immunities of the State », 2012, *AJIL*, 106, p. 609.

OST François, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ? », in *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989, p. 236-329.

OETHEIMER Mario, « La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine », *RTDH*, 2007, p. 63-80.

PASCULACCI Jo M., « Provisional Measures in the Inter-American Human Rights System : an Innovative Development in International Law », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1993-1994, p. 803-863.

PASTOR RIDRUEJO José Antonio, « Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Festschrift für Georg Ress*, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 1077-1083.

PEJIC Jelena, « The European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, 2011, p. 837-851.

PELLET Alain, « La ratification par la France de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *RDPS*, 1974, p. 1319-1379.

PELLET Alain, « La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme » in *Droit international et droits de l'homme - La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, H. Thierry et E. Decaux, (dirs.), Montchrestien, 1990, p. 126.

PELLET Alain, « Remarques sur une révolution inachevée, le projet d'articles de la Commission du Droit international sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 42, 1996, p. 7-32.

PELLET Alain, « La Commission du Droit international. Pour quoi faire ? », in *Mélanges Boutros-Boutros Ghali*, Bruylant, 1998, p. 593.

PELLET Alain, « La CIJ et les réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle », in *Liber Amicorum judge Shigeru Oda*, La Haye, 2002, p. 481-514.

PELLET Alain, « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin ? », *AFDI*, vol. 48, 2002, p. 1-23.

PELLET Alain (Rapporteur spécial) « Dixième rapport sur les réserves aux traités », CDI, 2005, A/CN.4/558.

PERRIN Georges, « La nécessité et les dangers du jus cogens », in *Mélanges Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, 1984, p. 751.

PESCATORE Pierre, « Les mesures conservatoires et les référés », in *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon de la SFDI, Pédone, 1987, p. 350.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, « Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration », *EJIL*, 2002, p. 621-650.

PETZOLD Herbert, « The Convention and the principle of subsidiarity », in *The European system for the protection of human rights*, Macdonald, R.St.J. et al (ed.), Nijhoff, 1993, p. 41-62.

PICHERAL Caroline, « Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 517-539.

- POMIAN Krzysztof, « Totalitarisme », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n°47, juillet-septembre 1995, p. 4-23.
- POTTEAU Aymeric, « À propos d'un pis-aller : la responsabilité des États membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2009, p. 697-716.
- POYNOR Bryony, « Mamatkulov and Askarov v. Turkey : the Relevance of Article 6 to Extradition Proceedings », *EHRLR*, 2005, p. 413.
- PREBENSEN Søren C., « Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights », in *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1123-1137.
- PUÉCHAVY Michel, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1299-1315.
- RASK MADSEN Mikael, « The Protracted Institutionalisation of the Strasbourg Court: From the Diplomacy of Law to Integrationist Jurisprudence », in J. Christoffersen, and M. R. Madsen (eds), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011, p. 43-60.
- RAVAUD Caroline, « Article 36 », in *Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, (éd), Economica, 1989, p. 731.
- REINISCH August, « European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures », *EJIL*, 2006, p. 807.
- RESS Georg, « The changing relationship between state immunity and human rights », *Liber amicorum Carl Aage Norgaard. Nomos*, 1998, p. 177-182.
- RESS Georg, « Problems of extraterritorial human rights violations : the jurisdiction of the European Court of Human Rights : the Bankovic case », *ItYIB*, 2002, p. 51-67.
- RIGAUX François, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant, 1998, p. 41-62.
- RIGAUX François, « L'immigration : droit international et droits fondamentaux », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 720.
- RIGAUX François, « La compétence extraterritoriale des États », *Annuaire de l'IDI*, 2001, p. 13-94.
- ROBERTSON Arthur H., « The European Convention for the Protection of Human Rights », *BYBIL*, 1950, p. 162.
- RUIZ-FABRI Hélène, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », *Mélanges Fromont*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 371-387.
- RYNGAERT Cédric, « The European Court of Human Rights' Approach to the Responsibility of Member States in Connection with Acts of International Organizations », *ICLQ*, 2011, p. 997.
- RYNGAERT Cedric et BUCHANAN Holly, « Member State Responsibility for the Acts of International Organizations », *Utrecht Law Review*, 2011, p. 131-146.

SAROLEA Sylvie, « Quelles vies privée et familiale pour l'étranger ? Pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RQDI*, 2000, p. 266.

SCHACHTER Oscar, « The Invisible College of International Lawyers », *Northwestern Law Review*, 1977, p. 217-226.

SCHAEFER Max, « Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction », *EHRLR*, 2011, p. 566-581.

SCHERMERS Henri G., « Exhaustion of domestic remedies », in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer Law International, 2002, p. 947-975.

SCHWARZENBERGER Georg, « International Jus Cogens », *Texas Law Review*, 1965, p. 455.

SCHWEBEL Stephan M. « The Proliferation of International Tribunals: Threat or Promise? », in *Judicial Review in International Perspective, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, 2000, p. 3-22.

SEIBERT-FOHR Anja, « Unity and Diversity in the Formation and Relevance of Customary International Law : Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order », in Andreas ZIMMERMANN, Rainer HOFMANN, *Unity and Diversity In International Law, Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute of International Law November 4 – 7, 2004*, Duncker & Humblot, 2006, p. 257-283.

SERMET Laurent, « L'obscur clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote », *RGDIP*, 2007, p. 863-878.

SHAH Sangeeta, « Jurisdictional immunities of the state: Germany v Italy », *HRLR*, 2012, 12(3), p. 555-573.

SICILIANOS Linos-Alexandre, « La "réforme de la réforme" du système de protection de la CEDH », *AFDI*, 2003, p. 611-640.

SIMMA Bruno, « Self Contained Regimes », *Netherlands YbIL*, 1985, p. 111-136.

SIMMA Bruno, « International Human Rights and General International Law : A Comparative Analysis », *RCADE*, 1993, vol. 4(2), p. 153-236.

SIMMA Bruno et PAULUS Andreas, « The "International Community" : Facing the Challenge of Globalization », *EJIL*, 1998, p. 266.

SIMMA Bruno et PULKOWSKI Dirk, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *EJIL*, 2006, p. 483.

SOREL Jean-Marc, « Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions interétatiques (C.I.J. et T.I.D.M.) », in *Le contentieux de l'urgence et l'urgence devant les juridictions internationales*, RUIZ-FABRI H. et SOREL J.- M. (dir.), Pédone. 2003. p. 9.

SPIELMANN Anton et SPIELMANN Dean, « La Cour unique et permanente et les mesures provisoires. (La nécessité d'une réforme). », in *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1347-1358.

STERN Brigitte, « La coutume au cœur du droit international », in *Mélanges Paul Reuter*, Pédone, 1981, p. 479-90.

STERN Brigitte, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, p. 7-52

STERN Brigitte, « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires Alvarez Machain, Pâte de bois et de quelques autres... », *AFDI*, 1992, p. 239-312.

STROHMEYER Hansjörg, « Collapse and reconstruction of a judicial system: The United Nations missions in Kosovo and East Timor », *AJIL*, vol. 95, 2001, p. 46-63.

SUDRE Frédéric, « Extradition et peine de mort : arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989 », *RGDIP*, 1990, p. 103-121.

SUDRE Frédéric, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 363-384.

SUDRE Frédéric, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite, trente-cinq années de jurisprudence : 1959 -1994*, P. Tavernier (éd.), Bruxelles, 1996, p. 39.

SUDRE Frédéric, « À propos de l'autorité d'un "précédent" en matière de protection des droits des minorités », *RTDH*, 2001, p. 887-915.

SUR Serge, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *APD*, 1986, p. 105.

SUR Serge, « La coutume internationale, sa vie, son œuvre », *Droits*, 1986 (3), p. 111.

SURREL Hélène, « L'extension audacieuse de la compétence ratione temporis de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *RTDH*, 2012, p. 271.

TAVERNIER Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite*, P. Tavernier (éd.), Bruylant, 1996, p. 17-37.

TAVERNIER Paul, « Le droit international dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: l'apport des arrêts Loizidou c. Turquie », in *Mélanges Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 411-427.

TAVERNIER Paul, « L'identification des règles fondamentales – un problème résolu ? », in *The fundamental rules of the international legal order : jus cogens and obligations erga omnes*, Christian Tomuschat and Jean Marc Thouvenin (éd.), M. Nijhoff, 2006, p. 1.

TIGROUDJA Hélène, « La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme. Observations sous l'arrêt du 6 février 2003, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*. », *RGDIP*, 2003, p. 601-629.

TIGROUDJA Hélène, « La Cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie », *RTDH*, 2006, p. 111-140.

TOMUSCHAT Christian, « L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme », *RGDIP*, 2005, p. 51.

TROPER Michel, « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, p. 51-63à.

TROPER Michel, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, PUS, 2000, p. 244.

TSAGOURIAS Nicholas, « The responsibility of international organisations for military missions », in *International Military Missions and International Law*, Odello, M. and Piotrowicz, R. (eds.), Brill, 2011, p. 250

TYAGI Yogeshi, « The conflict of law and policy on reservations to human rights treaties », *BYBIL*, 2000, p. 181-258.

VALTICOS Nicolas, « Interprétation juridique et idéologies », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1471-1482.

VALTICOS Nicolas, « Les droits de l'homme, le droit international et l'intervention militaire en Yougoslavie », *RGDIP*, 2000, p. 5-17.

VILLIGER Mark, « The principle of subsidiarity in the European Convention on Human Rights », in *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : liber amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff, 2007, p. 623-637.

VIRALLY Michel, « Réflexions sur le jus cogens », *AFDI*, 1966, p. 10.

VIRALLY Michel, « Le rôle des principes dans le développement du droit international », in *Mélanges Guggenheim*, Institut des Hautes Études Internationales, 1968, p. 195.

VIRALLY Michel, « A propos de la *lex ferenda* », in *Mélanges Paul Reuter*, Pédone, 1981, p. 520.

VITANYI Bela, « La signification de la "généralité" des principes de droit », *RGDIP*, 1976, p. 536.

WACHSMANN Patrick, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Organisations internationales. Recueil d'études en la mémoire de Jacques Schwob*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 241.

WACHSMANN Patrick, « Conclusions », in *Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque tenu les 13 et 14 mars 1998, L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruylant, 1998, p. 344.

WACHSMANN Patrick, « Liberté d'expression et négationnisme », *RTDH*, 2001, p. 585.

WACHSMANN Patrick, « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », in *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1687.

WACHSMANN Patrick, « Entre deux lacs – Quelques réflexions sur la Conférence d'Interlaken sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2010, p. 511.

WALLACE Stuart, « Much ado about nothing? The pilot judgment procedure at the European Court of Human Rights », *EHRLR*, 2011, p. 71-81.

WECKEL Philippe, « Les droits fondamentaux et le droit public international (Glücklich des Heimatsloser !) », in *Recueil d'études en la mémoire de Jacques Schwob*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, p. 123-139.

Philippe WECKEL, « L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée », *RGDIP*, 2000, p. 19-35.

WEIL Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 5-30.

WHEATLEY Steven, « Democracy in international law : a European perspective », *ICLQ*, 2002, p. 225-248.

WILDE Ralph, « From Danzig to East Timor and beyond: The role of international territorial administration », *AJIL*, vol. 95, 2001, p. 583-606.

WILDHABER Luzius, « Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Nicolas Valticos*, Pédone, 1999, p. 529-534.

WILDHABER Luzius, « Precedent in the European Court of Human Rights », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 1529-1545.

WILDHABER Luzius, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RUDH*, 2002, vol. 14, p. 1.

WYLER Éric, « Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite », *RDGIP*, vol. 95, 1991, p. 881-914.

III. Cours de l'Académie de La Haye

ANAND Ram P., « Sovereign equality of States in international law », *RCADI*, 1986, t. 197.

BARILE Giuseppe, « La structure de l'ordre juridique international », *RCADI*, 1978, t. 161.

BINDSCHEDLER Rudolf L., « La protection de la propriété privée en droit international public », *RCADI*, 1956, t. 90.

CANCADO TRINDADE Antonio, « International Law for Humankind: Towards A New Jus Gentium », *RCADI*, 2005, t. 316.

CAVARÉ Louis, « Les sanctions dans le cadre de l'O. N. U », *RCADI*, 1952, t. 80.

CHAUMONT Charles, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1970, t. 129.

CHARNEY Jonathan I., « Is international law threatened by multiple international tribunals? », *RCADI*, 1998, t. 271.

DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, 2002, t. 297.

GOMEZ ROBLEDO Antonio, « Le *ius cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *RCADI*, t. 172, 1982.

HIGGINS Rosalyn, « The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law », *RCADI*, 1982, t. 176.

GUGGENHEIM Paul, « Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire », *RCADI*, 1932, t. 40.

LALIVE Jean-Flavien, « L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales », *RCADI*, 1953, t. 84.

MANN Frederick A., « The Doctrine of *Jurisdiction* in International Law », *RCADI*, 1964-I, t. 82.

MANN Frederick A., « International *Jurisdiction* Revisited After Twenty Years », *RCADI*, 1984, t. 186.

NASCIMENTO E SILVA Geraldo Eulalio do, *Le facteur temps et les traités*, RCADI, 1977,

SICILIANOS Linos-Alexandros, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *RCADI*, 2009, vol. 341.

TREVES Tullio, « Codification du droit international et pratique des États dans le droit du le mer », *RCADI*, 1990, t. 223, p. 9-302.

VERDROSS Alfred, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1935, t. 52, p. 196.

WEIL Prosper, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, 1992, t. 237.

YASSEEN Mustafa Kamil, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, 1976, vol. 151.

IV. Numéros spéciaux de revues :

« Niklas Luhmann : autorégulation et sociologie du droit », *Droit et Société*, 11/12, 1989.

« Actes du colloque sur l'avenir de la Cour, 21-22 juin 2002, Université Robert-Schuman de Strasbourg », *RUDH*, vol. 14, no 7-8, 16 décembre 2002.

« From Apologia to Utopia: A Celebration of Martti Koskenniemi's Scholarship in International Law », *German Law Journal*, 2006.

« L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, 2011, p. 7-40.

Liste des arrêts cités :

Commission européenne des droits de l'homme :

Autriche c. Italie, (déc.), 11 janvier 1961, Ann. CEDH IV
CFDT contre les Communautés européennes, subsidiairement: la collectivité des États membres et les États membres pris collectivement, (déc.), 19 juillet 1978, DR 113, p. 231.
Cruz Varas c. Suède, (rapport), 7 juin 1990,
De Becker c. Belgique, (déc.), 9 juin 1958, Ann. CEDH 1958-59
James et autres c. Royaume-Uni, (rapport), 11 mai 1984, Série B 81,
Lawless c. Irlande, (déc.), 30 août 1958, Ann. CEDH II
M. & Co. c. RFA, (déc.), 9 février 1990, DR 64, p. 138.
Nielsen c. Danemark, (déc.), 2 septembre 1959, Ann. CEDH II,
Pretto c. Italie, (déc.), 11 juillet 1979, DR 12,
Retimag SA c. Allemagne, (déc.), 16 décembre 1961, Ann. CEDH IV, pp. 29-42
Touvier c. la France, (déc.), 13 janvier 1997
X et Y c. Suisse, (déc.), 14 juillet 1977, DR 9
X. c. Suède, (déc.), 23 septembre 1955, Ann. CEDH 1958-59, p. 155.

Cour européenne des droits de l'homme :

Abbréviations. GC : Grande chambre ; Ass. Plén. : Assemblée plénière ; déc. : décision

Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, Série A 94
Aerts c. Belgique, 30 juillet 1998, Rec. 1998-V
Affaire linguistique belge, 23 juillet 1968, Série A 6,
Agrotexim et autres c. Grèce, 24 octobre 1995, Série A 330-A
Ahmet Sadik c. Grèce, 15 novembre 1996, Rec. 1996-V
Akdivar et autres c. Turquie, GC, 16 septembre 1996, Rec. 1996-IV
Al Adsani c. Royaume-Uni, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI
Al-Jedda c. Royaume-Uni, GC, 7 juillet 2011
Al-Moayad c. Allemagne, (déc.), 20 février 2007
Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, (déc.), 30 juin 2009
Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, 2 mars 2010, Rec. 2010.
Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni, GC, 7 juillet 2011
Amuur c. France, 25 juin 1996, Rec. 1996-III
Assanidzé c. Géorgie, GC, 8 avril 2004, Rec. 2004-II
Association SOS Attentats et de Boëry c. France, (radiation), GC, 4 octobre 2006
Autronic AG c. Suisse, 22 mai 1990, Série A 178
Azinas c. Chypre, GC, 28 avril 2004, Rec. 2004-III
Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants, (déc.), GC, 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII
Beldjoudi c. France, 26 mars 1992, Série A 234-A
Belilos c. Suisse, 29 avril 1988, Série A 132
Berić et autres c. Bosnie-Herzégovine, (déc.), 16 octobre 2007.
Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège, (déc.), GC, 31 mai 2007
Beygo c. 46 États membres du Conseil de l'Europe, (déc.), 16 juin 2009
Bianchi c. Suisse, 22 juin 2006
Blečić c. Croatie, GC, (déc.), 8 mars 2006, Rec. 2006-III

Boivin c. France et Belgique, et 32 autres États membres du Conseil de l'Europe, (déc.), 9 septembre 2008
Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airlines) c. Irlande, GC, 30 juin 2005, Rec. 2005-VI
Boumediene et autres c. Bosnie-Herzégovine, (déc), 18 novembre 2011
Brannigan et McBride c. Royaume-Uni, 26 mai 1993, Série A258-B
Brogan et autres c. Royaume-Uni, 29 novembre 1988, Série A145-B
Brozicek c. Italie, Ass. plénière, 19 décembre 1989, Série A 167.
Brumărescu c. Roumanie, GC, 28 octobre 1999, Rec. 1999-VII
Bunjevac c. Slovénie, 19 janvier 2006
Burden c. Royaume-Uni, GC, 29 avril 2008
Cañete de Goñi c. Espagne, 15 octobre 2002, Rec. 2002-VIII
Cardot c. France, 19 mars 1991, Série A 200
Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie, 12 avril 2005, Rec. 2005-III
Chapman c. Royaume-Uni, GC, 18 janvier 2001, Rec. 2001-I
Christine Goodwin c. Royaume-Uni, GC, 11 juillet 2002, Rec. 2002-VI
Chypre c. Turquie, GC, 10 mai 2001, Rec. 2001-IV
Conka et autres c. Belgique, décision, 13 mars 2001,
Connolly c. 15 États membres de l'Union européenne, (déc.), 9 décembre 2008
Crémieux c. France, 25 février 1993, Série A256-B
Cruz Varas c. Suède, 20 mars 1991, Série A 201
Cudak c. Lituanie, GC, 23 mars 2010
De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (« Vagabondage »), 18 juin 1971, Série A 12
De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 10 mars 1972, (satisf. équitable), Série A 14
Demir et Baykara c. Turquie, GC, 12 novembre 2008, Rec. 2008.
Demopoulos c. Turquie, GC, 1 mars 2010.
Deumeland c. Allemagne, 29 mai 1986, Série A 100
Drozd et Janousek c. Espagne et France, 26 juin 1992, Série A 240
Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, Série A 45
Engel et autres c. Pays-Bas, du 8 juin 1976, Série A 22
Établissements Biret et Cie S.A. et la société Biret International c 15 États membres du Conseil de l'Europe, (déc.), 9 décembre 2008
ex-roi de Grèce et autres c. Grèce, 23 novembre 2000, Rec. 2000-XII
ex-roi de Grèce et autres c. Grèce, (satisfaction équitable), 28 novembre 2002
Fogarty c. Royaume-Uni, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI
Foti et autres c. Italie, 10 décembre 1982, Série A 56
Fretté c. France, 26 février 2002, Rec. 2002-???
Gasparini contre l'Italie et la Belgique, (déc.), 12 mai 2009.
Gentilhomme et autres c. France, 14 mai 2002
Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, Série A 18
Gorzelik c. Pologne, 17 février 2004, Rec. 2004-I
Guiso-Gallisay c. Italie, (satisfaction équitable), 21 octobre 2008
Guiso-Gallisay c. Italie, GC, (satisfaction équitable), 22 décembre 2009
Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, Série A 39
Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, Série A 2
Hirsi Jamaa et autres c. Italie, GC, 23 février 2012
Hussein c. Albanie et 20 autres États contractants, (déc.), 14 mars 2006
Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie, 8 juillet 2004, Rec. 2004-VII
Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, Série A 25
Issa et autres c. Turquie, 16 novembre 2004
James et autres c. Royaume-Uni, Ass. plén., 21 février 1986, Série A 98
Janowiec et autres c. Russie, 16 avril 2012

John Murray c. Royaume-Uni, GC, 8 février 1996, Rec. 1996-II
Johnston et autres c. Royaume-Uni, 18 décembre 1986, Série A 112
Jorgic c. Allemagne, 12 juillet 2007, Rec. 2007-III
Kadikis c. Lettonie, (déc.), 29 juin 2000
Kalogeroupoulou et autres c. Grèce et Allemagne, (déc.), 12 décembre 2002, Rec. 2002-X
Kefalas c. Grèce, 8 juin 1995, A 318-A
Kirovi c. la Bulgarie et la Turquie, (déc.), 2 octobre 2006
Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, Série A 23
Klass et autres c. Allemagne, 6 septembre 1978, Série A 28
Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, Série A 260-A
Kolk et Kisliyi c. Estonie, (déc.), 18 janvier 2006
Kononov c. Lettonie, GC, 17 mai 2010, Rec. 2010.
Kopecký c. Slovaquie, GC, 28 septembre 2004, Rec. 2004-IX
Korbely c. Hongrie, GC, 19 septembre 2008, Rec. 2008
Kotov c. Russie, GC, 3 avril 2012
Kovačić et autres c. Slovénie, GC, 3 octobre 2008, Rec. 2008
Kress c. France, 7 juin 2001, Rec. 2001-VI
Kudła c. Pologne, 26 octobre 2000, Rec. 2000-XI
Lawless c. Irlande, (exceptions préliminaires), 12 novembre 1960, Série A 1
Lawless c. Irlande (n°3), 1^{er} juillet 1961, Série A 3
Lepojić c. Serbie, 6 novembre 2007.
Les saints monastères c. Grèce, 9 décembre 1994, Série A 301-A.
Lithgow et autres c. Royaume-Uni, 8 juillet 1986, Série A 102
Loizidou c. Turquie, (exceptions préliminaires), GC, 23 mars 1995, Série A-310
Loizidou c. Turquie (fond), GC, 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI
Mc Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, Série A324
Mc Elhinney c. Irlande, GC, 21 novembre 2001, Rec. 2001-XI
Mc Kerr c. Royaume-Uni, 4 avril 2001, Rec. 2001-III.
Malhous c. République tchèque, (déc.), 13 décembre 2000, Rec. 2000-XII
Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie, 6 février 2003
Mamatkulov et Askarov c. Turquie, GC, 4 février 2005, Rec. 2005-I
Manoilescu et Dobrescu contre Roumanie et Russie, (déc.), 3 mars 2005
Mansur c. Turquie, 8 juin 1995, Série A 319-B
Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, Série A 31
Markovic et autres c. Italie, GC, 14 décembre 2006
Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, 2 mars 1987, Série A 113
Matthews c. Royaume-Uni, GC, 18 février 1999, Rec. 1999-I
Medvedyev et autres c. France, GC, Rec. 2010.
Melnitchenko c. Ukraine, 19 octobre 2004, Rec. 2004-X
Mitap et Müftüoğlu c. Turquie, 25 mars 1996, Rec. 1996-II
Moldovan et autres et Rostaş et autres c. Roumanie, (déc.), 13 mars 2001
Nada c. Suisse, GC, 12 septembre 2012
Nasri c. France, 13 juillet 1995, Série A 320-B
Neumeister c. Autriche, 27 juin 1968, Série A 8
Öcalan c. Turquie, décision, 14 décembre 2000
Öcalan c. Turquie, 12 mars 2003, Rec. 2003-III
Öcalan c. Turquie, GC, 12 mai 2005, Rec. 2005-IV
Olaechea Cahuas c. Espagne, 10 août 2006
Opuz c. Turquie, 9 juin 2009
Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 septembre 1994, Série A295-A
Ould Dah c. France, (déc.), 17 mars 2009

Quark Fishing Ltd c. Royaume-Uni, (déc.), 19 août 2006, Rec. 2006-XIV
Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie, GC, 30 janvier 1998, Rec. 1998-I
Papamichalopoulos c. Grèce, 24 juin 1993, Série A 240-B
Papamichalopoulos c. Grèce, 31 octobre 1995, (satisf. équitable), Série A 330-B
Papon c. France (n°2), (déc.), 15 novembre 2001
Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002, Rec. 2002-III
Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne, 12 juillet 2001, Rec. 2001-VIII
Raffineries grecques Stran et Statis Andreadis c. Grèce, 9 décembre 1994, Série A 301
Rasmussen c. Danemark, 28 novembre 1984, Série A 87
Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie, GC, 13 février 2003, Rec. 2003-II
Riad et Idiab c. Belgique, 24 janvier 2008,
Ringeisen c. Autriche, 16 juillet 1971, Série A 13,
Sabri Güneş c. Turquie, GC, 29 juin 2012
Sargsyan c. Azerbaïdjan, GC, (déc.), 14 décembre 2011
Scordino c. Italie (n°3), 6 mars 2007
Selmouni c. France, GC, 28 juillet 1999, Rec. 1999-V
Šilih c. Slovénie, GC, 9 avril 2009
Slivenko c. Lettonie, 9 octobre 2003, Rec. 2003-X
Smoleanu c. Roumanie, 3 décembre 2002
Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, Série A 161
Stafford c. Royaume-Uni, GC, 28 mai 2002, Rec. 2002-IV
Stamoulakatos c. Grèce, 26 octobre 1993, Série A 271
Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, GC, 22 mars 2001, Rec. 2001-II
Stögmüller c. Autriche, 10 novembre 1969, Série A 9.
Stojanović c. Serbie, 19 May 2009.
Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979, Série A 30
S. W. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, Série A 335-B
Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie, 21 février 2006
Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, Série A 26
Üner c. Pays-Bas, GC, 18 octobre, 2006, Rec. 2006-XII.
Van Oosterwijck c Belgique, 6 novembre 1980, Série A 40
Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2), GC, 30 juin 2009.
Waite et Kennedy c. Allemagne, GC, 18 février 1999, Rec. 1999-I
W. K. c. Italie, 20 juillet 2004,
Wemhoff c. Allemagne, 27 juin 1968, Série A 7
Xenides-Arestis c. Turquie, 22 décembre 2005
Khavara et autres c. Italie et Albanie, (déc.), 11 janvier 2001
Yagci et Sargin c. Turquie, 8 juin 1995, Série A 319-A
Yagtzilar et autres c. Grèce, 6 décembre 2001, Rec. 2001-XII
Yumak et Sadak c. Turquie, 8 juillet 2009, Rec. 2008.
Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, Série A 44
Waite et Kennedy c. Allemagne, 18 février 1999, Rec. 1999-I

CPJI

Administration du prince von Pless (Allemagne c. Pologne), ordonnance, 11 mai 1933, (Demande en indication de mesures conservatoires), Série A/B n° 52
Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie), 28 février 1939, Série A/B n°76.

Compagnie d'électricité belge de Sofia et de Bulgarie (Belgique c. Bulgarie), 4 avril 1939, Série A/B n°77
Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (Belgique c. Bulgarie), ordonnance, 5 décembre 1939, Série A/B n°79
Concessions Mavrommatis de Palestine (Grèce c. Royaume-Uni), 30 août 1924, Série A n°2
Losinger (Suisse c. Yougoslavie), ordonnance, 14 décembre 1936, série A/B 69
Lotus (France c. Turquie), 7 septembre 1927, Série A n° 10
Paiement des emprunts serbes émis en France (France c. Yougoslavie), Série A n°20
Prises d'eaux à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique), 28 juin 1937, Série A/B 70
Réforme agraire polonaise (Allemagne c. Pologne), ordonnance, 29 juillet 1933, Série A/B n°58
Phosphates du Maroc (Italie c. France), 4 juin 1938, Série A/B n°74
Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne), compétence, Série A n°9
Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne), arrêt, 13 septembre 1928, Série A n° 17
Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex (France c. Suisse), ordonnance, 19 août 1929, Série A n° 22

CIJ

Arrêts :

Activités armées sur le territoire congolais, (RDC c. Ouganda), arrêt, 3 février 2006, Rec. 2006
Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 27 juin 1986, Rec. 1986
Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt 26 février 2007, Rec. 2007
Ambatielos, Exceptions préliminaires, 1^{er} sept. 1952, Rec. 1952
Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne), arrêt, 5 février 1970, Rec. 1970
Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt, 4 juin 2008, Rec. 2008
Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), Exceptions préliminaires, arrêt, 10 février 2005, Rec. 2005
Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt, 20 juillet 1989, Rec. 1989
Essais Nucléaires (Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, 20 décembre 1974, Rec. 1974
Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie), arrêt, 3 février 2012, Rec. 2012
Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 21 mars 1959, Rec. 1959
Lagrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 27 juin 2001, Rec. 2001
Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt, 6 avril 1955, Rec. 1955
Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique), arrêt, 15 juin 1954, Rec. 1954
Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, arrêt, 24 mai 1980, Rec. 1980
Plateau continental de la mer du Nord (RFA c. Danemark et RFA c. Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, Rec. 1969

Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), arrêt, 3 juin 1985, Rec. 1985

Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis), arrêt, 6 novembre 2003, Rec. 2003

Projet Gabčíkovo-Nagymaros, (*Hongrie c. Slovaquie*), arrêt, 25 septembre 1997, Rec. 1997

Avis :

Admission d'un État comme Membre des Nations Unies, 28 mai 1948, Recueil 1947-1948

Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, 21 juin 1971, Recueil 1971

Arbitrages

Ambatielos, 6 mars 1956, (Grèce c. Royaume-Uni), *RSA*, vol. XII, p. 83-153

Caire, Commission générale pour les plaintes, 1929, *RSA*, vol. V, p. 516

Ile de Palmas, (États-Unis d'Amérique c. Pays-Bas), 4 avril 1928, *RSA*, vol. II., p. 829

Lena Goldfields Company Ltd c. gouvernement soviétique, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, vol. 5 (1929-1930) (affaire n° 258)

Navires Finlandais, 9 mai 1934, (Finlande c. Royaume-Uni), *RSA*, vol. III, p. 1484

Salem (Égypte c. États-Unis d'Amérique), *RSA*, volume II, 1926, p. 1190

Shufeldt (Guatemala c. États-Unis d'Amérique), 24 juillet 1930, *RSA*, vol. II, p. 1095

Texaco Overseas Petroleum Company et California Asiatic Oil Company c. gouvernement de la République arabe de Libye, décision préliminaire, 27 novembre 1975, International Law Reports, vol. 53, 1979, p. 393

Tribunal arbitral mixte germano-polonais, 29 juillet 1924, Rec. T.A.M. V, p. 459

Table des matières détaillée

| | |
|---|-----|
| Remerciements :..... | 5 |
| Liste des abréviations | 7 |
| Table des matières générale | 8 |
| Introduction | 9 |
| Première partie. La réception discrétionnaire du droit international général par la Cour | 32 |
| Titre 1. L'application de principe du droit international général..... | 34 |
| Chapitre 1. Le droit international intégré à la CEDH | 35 |
| Section 1. La réception du droit international général dans la CEDH | 36 |
| § 1. Un texte compatible avec le droit international | 36 |
| A. L'absence de renvoi global vers le droit international..... | 36 |
| B. Le droit international intégré dans la Convention..... | 39 |
| § 2. Un choix respectant les attentes des acteurs | 44 |
| A. Les attentes des acteurs..... | 44 |
| B. Les premières décisions, le respect des attentes des acteurs | 51 |
| § 3. Une intégration justifiée par le droit international | 53 |
| A. Le recours au principe d'intégration systémique..... | 53 |
| B. Les appels croissants au droit international..... | 55 |
| Section 2. La conciliation apparente des objectifs du droit international et de la Convention | 61 |
| § 1. La légitimation des objectifs généraux du droit international | 62 |
| A. Préserver la souveraineté des États | 62 |
| B. Les objectifs de coopération internationale..... | 66 |
| § 2. Une intégration prudente des droits de l'homme au sein de valeurs de l'ordre international..... | 70 |
| A. Les droits de l'homme, fondations de l'ensemble des branches droit international..... | 70 |
| B. Une reconnaissance timide des droits de l'homme comme valeurs impératives du droit international | 72 |
| Chapitre 2. Le droit international vu comme ensemble de positions dominantes .. | 77 |
| Section 1. L'indifférence de la Cour vis-à-vis des sources classiques du droit international..... | 78 |
| § 1. La coutume générale entre volontarisme et objectivisme | 79 |
| § 2. L'appel limité aux principes généraux du droit | 84 |
| Section 2. La détermination de l'interprétation dominante du droit international..... | 86 |
| § 1. Une pratique induite des actes internationaux multilatéraux..... | 86 |
| A. Les traités de codification du droit international..... | 86 |
| B. Les autres preuves de la pratique multilatérale des États | 91 |
| § 2. La prééminence des « moyens auxiliaires » d'interprétation | 93 |
| A. La doctrine, preuve de la « conscience juridique » internationale | 94 |
| B. La jurisprudence internationale, condensation des pratiques dominantes | 103 |
| Conclusion du Titre 1. | 112 |
| Titre 2. Un droit international adapté aux spécificités de la Convention | 114 |
| Chapitre 1. Les méthodes d'interprétation du droit international, fondement des positions européennes | 115 |

| | |
|--|-----|
| Section 1. Le droit international justification d'une interprétation propre à la Convention | 116 |
| § 1. Le recours aux principes généraux de l'interprétation | 118 |
| A. La bonne foi, principe de respect des opinions dominantes | 118 |
| B. Le sens ordinaire, la découverte des opinions dominantes | 120 |
| § 2. Les règles liées à la cohérence de la jurisprudence | 124 |
| A. La détermination du contexte | 124 |
| B. La détermination des objectifs particuliers | 128 |
| Section 2. Le tournant des années 1970, le choix d'un discours spécifique | 130 |
| § 1. Sir Gerald FITZMAURICE, une voix exprimant l'exclusivité des opinions dominantes du droit international | 131 |
| § 2. L'établissement de préférences spécifiques à la CEDH | 136 |
| Chapitre 2 : L'ordre public, fondement d'une exception « européenne » des droits de l'homme | 145 |
| Section 1. Un ordre public européen caractérisé par sa malléabilité | 146 |
| § 1. L'insuffisance du principe de lutte contre les régimes autoritaires | 146 |
| § 2. L'insuffisance de la définition matérielle | 150 |
| A. Préserver la société démocratique européenne | 151 |
| B. Garantir la prééminence du droit | 156 |
| C. Une définition matérielle circulaire | 161 |
| Section 2. Un ordre public européen au service de l'efficacité du système de garantie | 163 |
| § 1. La faiblesse de la dimension européenne collective | 164 |
| § 2. L'efficacité du droit de recours | 168 |
| A. <i>L'arrêt Soering</i> , exception aux autres obligations internationales des États | 169 |
| B. <i>L'arrêt Loizidou</i> : le renforcement institutionnel de la Cour | 172 |
| Conclusion du Titre 2 | 177 |
| Conclusion de la première partie | 180 |
| Deuxième partie. Le droit international, outil de renforcement de la légitimité et des pouvoirs de la Cour | 182 |
| Titre 1. Un outil de renforcement du système européen de supervision | 184 |
| Chapitre 1. L'épuisement des voies de recours internes, mécanisme de protection de la Cour | 186 |
| Section 1. Une règle originellement destinée à protéger les États | 189 |
| § 1. La délimitation de la règle par recours aux opinions dominantes du droit international | 190 |
| § 2. La réception de l'objet de la règle en droit international général | 193 |
| Section 2. Une stabilisation de l'interprétation de la règle par le recours au droit international | 197 |
| § 1. De <i>Ringeisen</i> à <i>Van Oosterwijck</i> : une ligne dans le sable | 199 |
| § 2. Entre défense des États et approche « cloud cuckoo-land » ou <i>pro victima</i> | 203 |
| Section 3. Un recours exceptionnel au droit international marquant l'internalisation de la règle | 210 |
| § 1. Des références exceptionnelles à la jurisprudence internationale | 210 |
| § 2. Les « oublis » de la jurisprudence récente | 218 |
| Chapitre 2. La compétence <i>ratione temporis</i> ou la difficile promotion de l'état de droit | 225 |
| Section 1. La non-rétroactivité, principe de droit international général | 226 |
| § 1. Un principe clair : la non-rétroactivité des traités | 226 |

| | |
|---|-----|
| A. La formulation du principe en droit international | 227 |
| B. La réception du principe dans la CEDH..... | 228 |
| § 2. Un principe complexe..... | 230 |
| A. La détermination de la « date critique » et les déclarations unilatérales | 231 |
| B. Le problème de l'extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale..... | 233 |
| Section 2. La transformation de la non-rétroactivité par la Cour via l'état de droit | 241 |
| § 1. La difficile distinction selon les types d'actes normatifs | 244 |
| A. La distinction entre législation et décisions..... | 245 |
| B. La nature législative des décisions | 248 |
| § 2. L'extension progressive aux ingérences de fait | 254 |
| A. Non rétroactivité et expropriation de fait | 254 |
| B. La rétroactivité relative des violations qui naissent avec la durée | 260 |
| C. Des obligations procédurales détachées des faits | 262 |
| Chapitre 3. Les mesures provisoires, outil d'accroissement des pouvoirs de la Cour | 269 |
| Section 1. Des mesures provisoires longtemps indicatives | 272 |
| § 1. Des mesures provisoires souhaitables dans la CEDH..... | 275 |
| A. Une création prétorienne | 275 |
| B. L'ancienne pratique de la Commission et de la Cour : des mesures suggérées | 279 |
| § 2. Des mesures provisoires « indiquées » par la CIJ..... | 284 |
| A. Les travaux préparatoires, des mesures non contraignantes | 284 |
| B. Les incertitudes de la Cour internationale de Justice jusqu'en 2001 | 286 |
| Section 2. Des mesures provisoires désormais obligatoires..... | 289 |
| § 1. Un mouvement international commun aux juridictions et autres organes internationaux de contrôle | 291 |
| A. Les interprétations basées sur les autres traités droits de l'homme.... | 291 |
| B. L'arrêt <i>Lagrand</i> de la CIJ | 293 |
| § 2. Le développement prétorien du caractère contraignant des mesures provisoires..... | 295 |
| A. La faible justification par l'article 34 CEDH..... | 298 |
| B. Le rôle déclencheur du droit international..... | 302 |
| Conclusion du Titre 1 | 310 |
| Titre 2. Un outil de renforcement de la légitimité de la Cour au regard des activités externes à la CEDH | 312 |
| Chapitre 1. L'extension progressive de la compétence extra-territoriale de la Cour justifiée par le droit international | 314 |
| Section 1. Une juridiction « essentiellement territoriale » | 317 |
| § 1. Une définition importée du droit international..... | 318 |
| A. Une juridiction à construire dans la CEDH..... | 319 |
| B. Une juridiction « essentiellement territoriale » en droit international.... | 321 |
| § 2. Un emprunt malheureux..... | 324 |
| A. L'imposition d'une définition commune en droit international et dans la CEDH | 325 |
| B. Un concept aux contours différents dans la CEDH..... | 327 |
| Section 2. L'extension d'exceptions à la territorialité pour lutter contre l'impunité | 332 |
| § 1. L'extension due au contrôle effectif d'un territoire..... | 333 |
| A. Une extension justifiée par le droit international | 334 |

| | |
|---|-----|
| B. Une extension basée sur le développement de la responsabilité non sur la juridiction | 336 |
| § 2. L'extension fondée sur l'autorité et le contrôle d'un agent étatique | 338 |
| A. Une reconstruction basée sur le droit international..... | 339 |
| B. La résistance à une lecture spécifique au droit international des droits de l'homme..... | 341 |
| Chapitre 2. Les immunités internationales, outil de gestion des interactions avec les autres acteurs internationaux | 345 |
| Section 1. Entre reconnaissance et révision des immunités étatiques | 347 |
| § 1. La lecture prudente des exceptions au principe d'immunité de juridiction | 348 |
| A. Des exceptions limitées à l'immunité juridictionnelle | 349 |
| B. Une immunité d'exécution quasi-absolue | 352 |
| § 2. Le travail d'élargissement des exceptions | 354 |
| A. L'échec du <i>jus cogens</i> comme base de limitation de l'immunité des États | 354 |
| B. Le succès de l'assouplissement des critères de reconnaissance de l'évolution de la coutume..... | 358 |
| Section 2. Entre déférence et contrôle des organisations internationales | 362 |
| § 1. Des transferts acceptables sous réserve d'une protection équivalente | 363 |
| A. Les limites au contrôle de la Cour issues du droit international..... | 364 |
| B. Un nouveau principe de « droit international général », le principe de protection équivalente | 368 |
| § 2. De la déférence au contrôle, les actions approuvées par les Nations unies..... | 373 |
| A. La responsabilité à l'ONU en cas de contrôle ultime, l'arrêt <i>Behrami et Saramati</i> | 374 |
| B. L'établissement du contrôle, l'arrêt <i>Al-Jedda</i> | 379 |
| Conclusion du Titre 2 | 385 |
| Conclusion de la deuxième partie | 388 |
| Conclusion générale. | 389 |
| Bibliographie | 401 |
| I. Ouvrages, monographies, thèses, cours | 401 |
| II. Articles, communications, chroniques, rapports. | 405 |
| III. Cours de l'Académie de La Haye..... | 420 |
| IV. Numéros spéciaux de revues : | 421 |
| Liste des arrêts cités : | 422 |